TEMAS ATUAIS NO STF: DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E POLÍTICA

ORGANIZADORES:

LARISSA RIBEIRO TOMAZONI
PAULO SILAS FILHO
SAMUEL EBEL

SALA DE AULA CRIMINAL

TEMAS ATUAIS NO STF: DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E POLÍTICA

ORGANIZADORES:
LARISSA RIBEIRO TOMAZONI
PAULO SILAS FILHO
SAMUEL EBEL

EDITORA SALA DE AULA CRIMINAL

R. Voluntários da Pátria, 475 – 10° andar – 1001

CEP 80020-000 – Curitiba – PR – Fone: (41) 3323-2043

Email: contato@salacriminal.com *site*: www.salacriminal.com

Coordenador Geral

André Luís Pontarolli

Diretor Executivo

Paulo Incott

Conselho Editorial

André Luís Pontarolli

Paulo Incott

Paulo Silas Filho

Paulo Eduardo P. de Oliveira

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Temas atuais no Supremo Tribunal Federal : diálogos entre direito e política [livro eletrônico] / Larissa Ribeiro Tomazoni, Paulo Silas Taporosky Filho, Samuel Ebel Braga Ramos organizadores. -- 1. ed. -- Curitiba : Larissa Ribeiro Tomazoni, 2020.
300 Kb ; PDF

Bibliografia
ISBN 978-65-991041-0-7

1. Direito e política 2. Brasil. Supremo Tribunal Federal 3. Brasil. Supremo Tribunal Federal Jurisprudência I. Tomazoni, Larissa Ribeiro. II. Taporosky Filho, Paulo Silas. III. Ramos, Samuel Ebel Braga.

20-38713 CDU-347.991:32(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Supremo Tribunal Federal : Direito e política 347.991:32(81)

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964

APRESENTAÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, apontado como sendo o guardião da Constituição, tem enfrentado nos últimos anos diversos temas que lhes chega pelo exercício jurisdicional com o fito de que a última palavra no âmbito jurídico seja dita, estabelecendo assim a interpretação adequada à questão e pondo-se fim à discussão com a resolução do caso. Nesse fenômeno que vem crescendo cada vez mais, em que as diversas causas, de variados âmbitos da seara jurídica, são levadas ao STF para que esse órgão realize e determine a aplicação do Direito ao caso concreto – geralmente com efeitos extensivos -, necessária e devida a atenção da comunidade jurídica para com as questões que atualmente vem sendo discutidas pelo órgão Supremo do Poder Judiciário. Diante disso, com o fito de produzir e disponibilizar estudos direcionados sobre os temas que giram em torno das decisões do STF, estabelecendo e fomentando um debate salutar sobre as temáticas possíveis nesse âmbito, surgiu a proposta da presente obra, a qual reúne discussões tantas que versam sobre as questões mais recentes que foram e continuam sendo objeto de abordagem jurídica do órgão de mais alto grau do Poder Judiciário Brasileiro.

O elemento central para o qual os olhos atentos dos autores se voltam nessa obra constitui um fenômeno próprio. Goste-se ou não, adotando-se uma postura entusiasta ou crítica para com relação ao Supremo figurar como o responsável pela dita mais escorreita aplicação da lei em consonância com uma leitura, em tese, mais adequada no plano constitucional, tem-se que a questão apontada é um fato – e em assim sendo, cabível e devida a análise crítica sobre o que vem sendo realizado nesse sentido, a saber, a leitura dos casos concretos pelo Supremo que lá chegam e sua consequente interpretação constitucional. A abordagem realizada está de acordo com as premissas que erigem uma boa interpretação pela égide da Constituição? Há a observância à uma principiologia concreta e criteriosa quando do exercício hermenêutico? As situações, os casos em si, que são discutidos pelo Supremo, são analisados e abordados em sua totalidade – ou ao menos recebem uma atenção necessário ao considerar as especificidades de cada qual? São essas e tantas perguntas que são realizadas nos artigos que compõem essa obra, sempre sob o crivo crítico dos autores responsáveis pelas análises intentadas.

A proposta, portanto, é de analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal naquilo que tange ao imbricamento entre Direito e Política – âmbito esse que deve ser aqui lido num sentido próprio, mais aberto, mais abrangente, de modo a compreender todo o agir jurisdicional que acaba por repercutir em outras esferas do Poder, sobressaindo-se eventualmente dos limites estabelecidos estruturalmente ao Judiciário. Daí que se diz que o Direito, ao considerar determinada forma do seu proceder jurisdicional, acaba por repercutir no campo político, ensejando aí algumas problemáticas dignas de observância e abordagem crítica. O resultado obtido com essas abordagens é justamente o que se tem na presente obra. Um resultado de peso.

Dentre as tantas temáticas que repercutiram no âmbito do STF, algumas das mais importantes, polêmicas e controvertidas foram escolhidas pelos autores para que o ato de se debruçar sobre a matéria fosse realizado, ensejando nos primorosos apontamentos que aqui se encontram. Daí que o leitor pode contar nesse sentido com a salutar abordagem de Vinicius Hsu Cleto sobre a controvertida leitura realizada pelo STF acerca da presunção de inocência num rompante ocorrido que perdurou certo período. Há também a análise minuciosa de Isadora Beatriz Teixeira Carlos sobre a questão do limite dedutivo com despesas de educação no IRPF julgado na ADI 4.927. A questão do discurso do ódio promovido pela internet em confronto com a liberdade de expressão é o tema que recebe a devida atenção de Denise Oliveira Picussa. Eduardo Tourinho Gomes dialoga sobre o liame existente entre uma decisão política e uma interpretação normal pelo Judiciário quando a temática é a saúde. A questão da repartição de benefícios culturais para com as populações tradicionais é o tema tratado por Beatriz Cobbo de Lara. Já Francielle Elisabet Nogueira de Lima discorre sobre o julgamento do RE 845.779/SC, no qual se abordou a questão do acesso aos banheiros públicos por pessoas trans. O caso Ellwanger é analisado sob uma perspectiva própria por Katiuscya Ayecha Heise Ferreira Binde. As problemáticas ínsitas do direito comparado e sua utilização pelo Judiciário é o tema que recebe a atenção de Paulo Incott Jr., Paulo Silas Filho e Larissa Tomazoni. A definição pelo STF com relação a competência da Justiça Eleitoral para julgar os crimes de sua competência e os a eles conexos é tema debatido por Rui Carlo Dissenha e Paulo Silas Filho. Samuel Ebel Braga Ramos e Guilherme Ebel Braga Ramos discutem uma análise econômica do direito penal, com a aproximação do direito com as teorias econômicas através da discussão sobre o Recurso Extraordinário 548.181/PR. Os direitos das pessoas transgêneras privadas de liberdade é trabalhado por Ana de Mello Côrtes e Antônio Marcos

Quinupa. Por fim, Larissa Tomazoni aborda o impacto do zika vírus na saúde reprodutiva das mulheres brasileiras e a ADI n° 5581.

Como se pode observar, são temos relevantes para o Direito que possuem uma repercussão ainda maior ao considerar a forma com a qual foram interpretados em notórios julgamentos pela mais alta corte do país.

O que fica, por fim, é o convite. Um convite ao leitor no sentido de que avance na proposta de leitura, fazendo-a também num sentido crítico, a fim de que eventualmente se tenha uma crítica da crítica. As abordagens realizadas que aqui estão presentes são análises de interpretações jurisdicionais realizadas sobre pontos controvertidos, notórios, polêmicos ou, no mínimo, de relevante importância ao campo jurídico e social. Deste modo, necessário o estabelecimento do debate pelo campo acadêmico, tratando-se essa, quiçá, do ponto do livro a partir do qual se ponde apontar como sendo o de sua efetiva contribuição para a comunidade jurídica.

Boa leitura! Bons estudos!

Larissa Ribeiro Tomazoni

Paulo Silas Taporosky Filho

Samuel Ebel Braga Ramos

(Organizadores)

SUMÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.927: INCONSTITUCIONALIDADE DO LIMITE DEDUTIVO COM DESPESAS DE EDUCAÇÃO NO IRPF 2

A ABERTURA DO DIÁLOGO CULTURAL COMO FORMA DE REALIZAR-SE A JUSTA REPARTIÇÃO DOS BENEFÍCIOS COM AS POPULAÇÕES TRADICIONAIS22

CIBERESPAÇO: O DISCURSO DE ÓDIO COMO LIMITE LEGÍTIMO AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO 42

CRIMES ELEITORAIS E COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL: UMA ANÁLISE DO INQ. 4435 STF 50

DECISÃO POLÍTICA OU INTERPRETAÇÃO DE NORMAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, UMA QUESTÃO DE SAÚDE 70

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: UM LIMITE LEGÍTIMO NO CIBERESPAÇO 92

O ANTISSEMITISMO NO CASO ELLWANGER E A RAZÃO DE DECIDIR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 104

O PODER NORMATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS CLÁUSULAS PÉTREAS: O CASO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA 124

O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 548.181/PR, RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E A *CRIMINAL LAW AND ECONOMICS:* HÁ A POSSIBILIDADE DE REPRIMENDAS PENAIS PARA A EMPRESA? 138

PESSOAS TRANS E O ACESSO A BANHEIROS PÚBLICOS: PERSPECTIVAS CRÍTICAS ÀS COMPREENSÕES SOBRE SEXO E GÊNERO VERSADAS PELO STF NA SESSÃO DE JULGAMENTO DO RE 845.779/SC 155

PESSOAS TRANSGÊNERAS PRIVADAS DE LIBERDADE: A PRÁTICA E O DEBATE CONSTITUCIONAL 179

REFLEXÕES SOBRE O MÉTODO EM DIREITO COMPARADO: DO FUNCIONALISMO AO CULTURALISMO 195

THE IMPACT OF THE ZIKA VIRUS ON THE REPRODUCTIVE HEALTH OF BRAZILIAN WOMEN, ENVIRONMENTAL RACISM AND THE ACTION FOR DIRECT CONTROL OF UNCONSTITUTIONALITY (ADI) N° 5581 209

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.927: INCONSTITUCIONALIDADE DO LIMITE DEDUTIVO COM DESPESAS DE EDUCAÇÃO NO IRPF

DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY Nº 4.927: UNCONSTITUTIONALITY OF THE DEDUCTIVE LIMIT WITH EDUCATIONAL EXPENSES IN INCOME TAX

Isadora Beatriz Teixeira Carlos[1]

INTRODUÇÃO

O Imposto de Renda no Brasil é origem de inesgotáveis controvérsias; entretanto, é de grande importância e tem função econômico-social, tendo em vista ser um imposto fruto do próprio desenvolvimento da economia[2]. Também demonstra sua importância na possibilidade de ser utilizado como instrumento de equilíbrio das desigualdades socioeconômicas e na melhor distribuição de riquezas para efetivação da justiça fiscal[3].[4]

O artigo 153, inciso III, da Constituição Federal, atribui competência à União para instituir impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza, sempre respeitando a regra matriz constitucional do tributo[5]. O contorno constitucional do Imposto de Renda estrutura-o como um imposto pessoal, geral, universal e progressivo, características essas que devem ser interpretadas levando em conta os demais princípios constitucionais[6].

---

[1] Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Universidade Positivo. Advogada. E-mail: isadorateixeira.c@gmail.com.

[2] RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Imposto de Renda – Pessoa Física. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord). **Curso de Direito Tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 401.

[3] Conforme proclama o Professor Reuven S. Avi-Yonah, a tributação é instrumento público de intervenção na política de mercado e tem três objetivos: a função alocativa, a função estabilizadora e a função redistributiva, essa última ligada ao retorno do tributo ao contribuinte mediante o dever prestacional do Estado quanto aos fundamentos democráticos, aludido pelo referido autor como intrinsecamente ligado à justiça fiscal. Cf. REZENDE, Douglas. Imposto de Renda e Educação: Limites Dedutivos Incompatíveis com o Estado Democrático Brasileiro. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, nº 35, 2016, p. 97-98.

[4] QUEIROZ, Mary Elbe. **Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza**. Barueri: Manole, 2004, p. 64-65.

[5] CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a renda:** (perfil constitucional e temas específicos). 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 32-37.

[6] AMARO, Luciano. Imposto de Renda: Regime Jurídico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord). **Curso de Direito Tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 369.

Assim, os conceitos de renda e de proventos de qualquer natureza são juridicamente definidos pela Constituição para que não haja tributação indevida no exercício da competência tributária. A fim de garantir a acertada identificação do fato jurídico tributário e, por conseguinte, a correta construção da regra matriz de incidência tributária, esses conceitos devem ser lidos e expostos mediante interpretação constitucional sistemática, devendo o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172 de 1966) respeitar o disposto na Lei Maior.

As deduções legais no Imposto de Renda da Pessoa Física, estabelecidas no artigo 8º, inciso II, da Lei Federal nº 9.250 de 1995, que alterou a legislação do imposto de renda, modificaram em grande forma o cálculo do imposto e sua base de cálculo.

Dedução, dessa forma, é o direito legal de reduzir da base de cálculo do imposto de renda certos valores determinados e devidamente comprovados de despesas do contribuinte e seus dependentes.

A Lei nº 9.250 de 1995 traz, em seu artigo 8º, inciso II, alínea "b"[7], a possibilidade de dedução de despesas com instrução, ou seja, com educação, do contribuinte ou de seus dependentes – cabendo ressaltar que as despesas dedutíveis limitam-se a o pagamento de mensalidades ou anuidades escolares, não incluindo as despesas com aulas extracurriculares, conhecimentos específicos ou materiais escolares, transporte exclusivo escolar, obtenção de livros e materiais didáticos diversos e demais custos que a educação promove.

Assim, a iniciativa do legislador de gerar abatimento aos que utilizam o ensino privado demonstra-se ineficiente tendo em vista os valores limites mostrarem-se defasados frente à realidade econômica, muito aquém do necessário para atender os gastos com educação, o que na prática impossibilita a real dedução dos valores efetivamente gastos com educação, tornando assim tal dispositivo legal questionável frente à inexistência de limitação para outras deduções, os princípios constitucionais aplicáveis à tributação de renda e o importante direito fundamental social à educação.

---

[7] Art. 8º A base de cálculo do imposto devido no ano-calendário será a diferença entre as somas: [...] II – das deduções relativas:[…]; b) a pagamentos de despesas com instrução do contribuinte e de seus dependentes, efetuados a estabelecimentos de ensino, relativamente à educação infantil, compreendendo as creches e as pré-escolas; ao ensino fundamental; ao ensino médio; à educação superior, compreendendo os cursos de graduação e de pós-graduação (mestrado, doutorado e especialização); e à educação profissional, compreendendo o ensino técnico e o tecnológico, até o limite anual individual de […].

Assim, acerca da inconstitucionalidade dos limites tão reduzidos para dedução com despesas de educação da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Física e da sua incompatibilidade de valores com a realidade econômica fática, no ano de 2013, a Ordem dos Advogados do Brasil propôs ao Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, ainda pendente de julgamento, que está sob o número 4.927/DF e relatoria da Ministra Rosa Weber.

Mediante revisão bibliográfica e análise documental, buscar-se-á fundamentar e sustentar a inconstitucionalidade dos limites legais às deduções com educação no Imposto de Renda da Pessoa Física na forma atualmente apresentada no ordenamento jurídico brasileiro, como requer declarada a proponente da ação, primeiramente apresentando os argumentos trazidos na peça exordial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.927 e, posteriormente, deslindando os conceitos e princípios constitucionais aplicáveis ao caso em tela para comprovar tecnicamente a necessidade da declaração da inconstitucionalidade do artigo 8º, inciso II, alínea "b", da Lei Federal nº 9.250 de 1995.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.927

O questionamento quanto à validade constitucional da limitação de deduções com despesas de educação no âmbito do Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF) é uma realidade no sistema jurídico brasileiro, uma vez que podem ser encontradas diversas ações judiciais com o propósito de realizar a dedutibilidade de forma integral ou acrescentar a ela outros gastos não compreendidos pelo rol constante na letra da lei.

O questionamento judicial mais significativo ao tema é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.927, proposta ao Supremo Tribunal Federal (STF) em 25 de março de 2013, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), com pedido de cautelar contra a Câmara dos Deputados, o Senado Federal e a Presidência da República, ainda pendente de julgamento, que está sob a relatoria da Ministra Rosa Weber.[8]

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.927. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, 15/04/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4384177>.

A ação apenas baseia-se nos limites dedutivos com instrução previstos na Lei Federal nº 9.250 de 1995, artigo 8º, II, alínea "b", constantes nos itens 7, 8 e 9, referentes aos anos-base de 2012 a 2014, questionando uma inconstitucionalidade por ação: a conduta ativa do legislador de fixar limite de dedução "claramente irrealista"[9].

O CFOAB, requerente da ação, alega que a imposição de limites tão módicos à dedutibilidade com instrução ofende os ditames constitucionais do conceito de renda, capacidade contributiva, vedação ao confisco, direito à educação, que a Constituição admite não ser plenamente garantido pelo Poder Público, dignidade humana, a proteção da família e a razoabilidade.

A peça exordial requer a declaração de inconstitucionalidade dos tetos dedutivos com educação especificamente nos anos-bases de 2012 a 2014 (pois à época da proposição da ação 2014 era o último período para o qual o tema estava disciplinado em lei), pois os termos fixados mostram-se inconstitucionais, uma vez que inexiste "imperativo lógico ou jurídico quanto à fixação de um limite de desconto das despesas com educação"[10].

Também, destaca a inicial que a eliminação dos tetos dedutivos "em nada prejudicaria a coerência interna do tributo", ainda mais se levado em conta a inexistência de limites para dedução com saúde, entre outros. Ainda, declara que não está judicializando políticas públicas e não cabe a invocação da reserva do possível, pois trata de prestações em sentido negativo do Estado, ou seja, abster-se de comportamentos que dificultem o acesso à educação particular.[11]

Ao tratar da inconstitucionalidade material dos dispositivos legais discutidos, traz-se a tona, num primeiro momento, as insuficiências da educação pública e o custo médio da instrução particular no Brasil, apresentando dados do Censo Escolar do ano de 2011, para apoiar o argumento quanto à insuficiência da educação pública quanto ao oferecimento de vagas; apresentando dados do índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB), para apoiar o argumento quanto à insuficiência da educação pública no que se refere à qualidade do ensino e, ainda, apresenta alguns demonstrativos de valores de anuidades escolares,

---

[9] Petição inicial da ADI nº 4.927/DF, p. 3. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.927. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, 15/04/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4384177>. Acesso em: 06 mar 2020.

[10] Idem.

[11] Idem.

mensalidades escolares e valores de mensalidades de cursos superiores[12], concluindo que "os custos anuais com a educação privada, em qualquer nível, situam-se muito além dos tetos de dedutibilidade estabelecidos na legislação do IRPF"[13].

Num segundo momento, traz-se a argumentação quanto aos comandos constitucionais ofendidos pelos limites quantitativos questionados.

Inicia essa argumentação repisando que a Constituição autoriza o ensino privado; também existe o reconhecimento, por parte do ordenamento jurídico, da incapacidade do Estado, atualmente, em satisfazer de forma direta e integral a necessidade de vagas e eficiência da instrução pública, pois "imuniza a impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços das instituições educacionais sem fins lucrativos que atendam aos requisitos da lei" alcançando, em alguns casos, as contribuições para a seguridade social. Essas "franquias tributárias" sinalizam que o constituinte trata das vedações (prestações negativas) impostas ao Poder Público em favor da educação.[14]

Ressalta o direito à educação como direito fundamental, decorrência e pressuposto da dignidade humana e sua relação com o mínimo existencial (pressupostos materiais mínimos e indispensáveis para existência digna que devem ser excluídos da tributação), destacando que esse direito possui eficácia imediata e ambivalente positiva e negativa quando "paralisante das regras jurídicas que o amesquinhem" e que todas as normas constitucionais sobre ele devem ser interpretadas no sentido de plena e efetiva realização. Também alude a "necessária integração da educação entre os gastos a que se deve garantir dedutibilidade plena – ou quando nada, limitada a montante comprometido com a realidade", pois os gastos com educação, frente ao fato de que a população se vê forçada a migrar para as instituições privadas de ensino por conta da insuficiência das instituição públicas de ensino, mostram-se necessários e involuntários.[15]

---

[12] Resumo dos argumentos trazidos na ADI nº 4.927/DF feito tendo como base as ponderações de Caroline Falco Fernandes Valpassos em sua Tese de Doutorado. Cf. VALPASSOS, Caroline Falco Fernandes. **A Educação e o Gasto Tributário Social:** Origem, pressupostos e implicações da dedução das despesas com instrução no Imposto de Renda Brasileiro. 2015. 232 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 25.

[13] Petição inicial da ADI nº 4.927/DF, p. 17. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.927. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, 15/04/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4384177>. Acesso em: 18 abr 2020.

[14] Idem.

[15] Idem.

Conclui o requerente que: “a dedutibilidade das despesas com instrução da base de cálculo do IRPF não é favor fiscal sujeito ao alvedrio do legislador, mas consequência direta e inafastável, pelo menos, dos comandos constitucionais: (i) do conceito de renda, que contém “um núcleo mínimo insuprimível que o equipara, para as pessoas físicas, ao valor disponível após o abatimento de despesas essenciais à existência digna do contribuinte e de seus dependentes”; (ii) da capacidade contributiva, “que só se manifesta para além do mínimo existencial”; (iii) do não-confisco, “que obsta a apropriação pelo Estado de valores necessários à satisfação deste mínimo”; (iv) do direito fundamental à educação pública ou privada; (v) da dignidade humana, “de que a educação é promotora”, além desses, o “estabelecimento de limites de dedução irrealistas, ao lado desses dispositivos, ofende ademais a” (vi) razoabilidade, visto que esta exige uma harmonização entre as normas e as condições externas de aplicação dessas e que a desvinculação da realidade ofende os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal e, no tocante aos dependentes, o princípio da (vii) proteção da família, considerando que o dever de educar os filhos menores não pode acarretar consequências fiscais gravosas.[16]

Em tópico seguinte, a peça trata da estimativa dos valores em discussão, apresentando o número de pessoas que apresentaram declaração de imposto de renda em 2011, ano-base 2010 (23,96 milhões), a soma dos rendimentos tributáveis (R$ 946,24 bilhões), a soma das deduções realizadas (R$ 232,50 bilhões), representando a arrecadação total do IRPF no montante de R$ 81,11 bilhões, sendo que os gastos declarados como com instrução foram de R$ 31,37 bilhões, porém o teto de dedução limitou-a a R$ 15,46 bilhões. Assim, “R$ 15,91 bilhões em despesas com educação que não puderam ser abatidos pelos contribuintes”. O texto da inicial, com base nesses valores, faz um cálculo hipotético de que “a redução de arrecadação decorrente da procedência desta Ação Direta não superaria os R$ 4,37 bilhões em 2010 (se o pedido se estendesse a períodos pretéritos, **o que não é o caso**)” que, em relação ao valor de investimentos públicos em educação (R$ 213,15 bilhões em 2010) e considerando a relevância social da matéria, mostra-se baixo, mas que “acarreta ônus elevados para aqueles a quem o abatimento é negado”.[17] Além disso, faz-se um exercício matemático hipotético para comprovar tal ônus elevado.

---

[16] Petição inicial da ADI nº 4.927/DF, p. 20-23. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.927. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, 15/04/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4384177>.

[17] Idem

Diante disso, nos pedidos requereu-se a concessão de medida cautelar, por decisão monocrática ou pronta inclusão em pauta, para a suspensão dos itens questionados antes da audiência da Presidência da República e do Congresso Nacional, bem como da manifestação da Advocacia Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, e a procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade dos itens 7, 8 e 9 do inciso II do artigo 8º da Lei Federal nº 9.250 de 1995.

Em 15 de abril de 2013 a Relatora do Processo, Ministra Rosa Weber, através de Despacho publicado em 17 de abril de 2013, se pronunciou no sentido de que:

> Sopesados os requisitos legais necessários à concessão da tutela de urgência, porquanto reputo contemplar, a matéria, relevância e especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, submeto a tramitação da presente ADI ao que disposto no art. 12 da Lei 9.868/1999.[18]

Diante disso, à ação foi adotado o rito do artigo 12 da Lei Federal nº 9.868 de 1999, Lei que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, que determina:

> Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.[19]

Assim, procedeu-se a intimação da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e da Presidência da República para prestarem informações. Foi-lhes concedido o prazo de dez dias e determinado que após esse prazo, o Advogado-Geral da União (AGU) e o Procurador-Geral da República (PGR), teriam prazo de vistas ao processo de cinco dias.

---

[18] Idem.

[19] BRASIL. Lei nº 9.868 de 1999. Institui sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, 10 nov. 1999..

A Câmara dos Deputados apenas mencionou a regularidade do trâmite da Lei impugnada; a União defendeu a constitucionalidade das disposições e alega não existir previsão no texto constitucional quanto a se assegurar aos contribuintes do IRPF direito à dedução de despesas com educação em instituição privadas, afirmando que a camada mais desfavorecida da população utiliza os serviços públicos de educação, e que possibilitar a dedução integral de uma minoria da população que possui condições econômicas para arcar com os custos do ensino provado, reduziria os recursos a serem destinados às escolas públicas, aludindo que uma decisão favorável representaria indevida atuação do Poder Judiciário, pois a concessão de benefício fiscal está na esfera de conveniência e oportunidade do Poder Legislativo, que pelo entendimento do STF a ofensa à vedação de confisco somente pode ser tida pela totalidade dos tributos de cada ente tributante, não em função de cada tributo e que caso reconhecida a possibilidade dedução integral requerida estima-se a perda de R$ 50 bilhões de arrecadação por exercício, segundo a Receita Federal do Brasil; o Senado Federal manifestou-se pela improcedência do pedido por entender que a Constituição "atribui ao Parlamento o poder de conceder, ou não, isenções e deduções relativas ao imposto de renda"; e a Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da ação e, quanto ao mérito, por entender que a concessão de benefícios fiscais é competência do legislador, pela improcedência do pedido.[20]

O Parecer da Procuradoria-Geral da República, de relatoria do Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, datado de 1º de abril de 2014, alude que caso declarada a inconstitucionalidade, isso não exigiria do Poder Judiciário a elaboração de norma que implique inovação do ordenamento jurídico, assim não representaria indevida atuação do Poder Judiciário como legislador positivo. Quanto ao mérito da ação reconhece o direito fundamental social à educação e expressa que esse direito, no Estado Democrático, deve ser universal, obrigatório (pelo menos nos níveis iniciais), gratuito, garantido pelo Estado e que as escolas particulares pagas complementam o ensino público gratuito, assim os indivíduos podem escolher onde matricular seus filhos (em instituições privadas ou públicas), "mas isso não se traduz em obrigação de o Estado custear, ainda que de forma indireta, tais despesas" e a ofensa ao direito à educação só ocorreria se o Estado obstasse o acesso à educação "estabelecimentos oficiais de ensino, não nos particulares". Também, entende procedente o argumento de que a camada mais desfavorecida da população utiliza os serviços públicos de

[20] Idem.

educação, e que possibilitar a dedução integral de uma minoria da população que possui condições econômicas para arcar com os custos do ensino provado, reduziria os recursos a serem destinados às escolas públicas, mas ao mesmo tempo ressalta as deficiências da educação pública, porém destacando que essas não podem ser generalizadas.[21]

O Parecer da PGR, quanto à alegada ofensa ao conceito constitucional de renda, aduz que na hipótese da legislação ser totalmente omissa em prever algum nível de dedução existiria inconstitucionalidade por contrariedade ao conceito constitucional de renda. Mas que a determinação de qualidade e quantidade de deduções pertence ao juízo de conveniência e oportunidade do legislador, "pois não há preceito constitucional que determine parâmetro de dedutibilidade", não existindo inconstitucionalidade nos dispositivos questionados. Quanto à contrariedade da vedação, alude ao fato de só ser possível avaliar no caso concreto, e no que se refere ao princípio da capacidade contributiva, alega que a jurisprudência do STF firmou que a verificação da ofensa a esse e ao confisco depende da análise em relação à carga tributária total e não em face de tributo isolado e que essa avaliação não pode ser feita em hipótese. Assim, conclui que mesmo que exista a necessidade de manter as deduções compatíveis com os custos reais, "não parece correto sustentar que os valores relativamente reduzidos dos importes dedutíveis acarrete caracterização de natureza confiscatória do tributo".[22]

Assim, a Procuradoria-Geral da República concluiu pela inexistência de ofensa às normas constitucionais e opinou pela denegação da medida cautelar e pela improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade.

Nesse contexto, em consideração a importância do tema e sua relevância prática para o Estado brasileiro, aguarda-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4.927 para modificações legais e remodelamento do cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Física.

---

[21] Parecer da Procuradoria-Geral da República na ADI nº 4.927/DF. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.927. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, 15/04/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4384177>.

[22] Idem.

INCONSTITUCIONALIDADE DO LIMITE DE DEDUÇÕES

Depois de apresentada essa marcante ação e retratadas suas peças mais importantes, mostra-se indispensável traçarmos uma análise própria quanto ao tema proposto.

A limitação às deduções das despesas com instrução do Imposto de Renda da Pessoa Física, desde o advento e entrada em vigor da Lei Federal 9.250 de 1995, gera importantes posicionamentos no âmbito do Direito Tributário brasileiro, sendo que os contrários à existência da limitação baseiam-se, em sua maioria, na inconstitucionalidade frente a diversos princípios orientadores do Imposto de Renda e demais princípios constitucionais.

O impedimento legal do abatimento integral das despesas educacionais subjaz problema mais complexo e que está associado à *restrição de direitos fundamentais*, isto é, às normas que reprimem *bens fundamentais* (essencialmente liberdade e patrimônio).[23]

Os bens fundamentais da liberdade e patrimônio, direitos fundamentais de primeira dimensão, requerem a proteção e garantia do Estado de forma a não interferirem ou macularem esses direitos. Assim, é evidente que existe importante relação desses direitos fundamentais ao tema do limite das deduções de gastos com educação no âmbito do Imposto de Renda da Pessoa Física, uma vez que o citado tributo recai exatamente sobre o patrimônio dos cidadãos contribuintes. Tais direitos fundamentais violam-se na medida em que não se respeita o conceito constitucional de renda, o princípio da capacidade contributiva, a vedação ao confisco e a definição legal da base de cálculo do Imposto de Renda; uma vez que, ao restringir a dedução das despesas com instrução, o legislador acaba por tributar de fato a própria despesa, não a renda, desvirtuando o âmbito de competência tributário determinado pela Constituição e pelo Código Tributário Nacional. Pois o Imposto de Renda da Pessoa Física "[...] há de incidir sobre a renda e não recair sobre um decréscimo patrimonial, que representa ausência de disponibilidade econômica ou jurídica de renda".[24]

Portanto, os direitos fundamentais da liberdade e do patrimônio devem sim ser levados em consideração na análise da constitucionalidade desses limites dedutivos.

---

[23] REZENDE, Douglas. Imposto de Renda e Educação: Limites Dedutivos Incompatíveis com o Estado Democrático Brasileiro. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, nº 35. 2016, p. 99.

[24] Ibidem, p. 103.

Ao tributar a despesa e não somente a renda ou os proventos, na forma do acréscimo patrimonial, violam-se os preceitos constitucionalmente estabelecidos e a própria delimitação constitucional quanto à competência tributária, considerando-se que ao não possibilitar a dedução do que se tem como gastos de fato, a regra matriz de incidência tributária é extrapolada, tanto quanto ao critério material (núcleo da hipótese de incidência do tributo, ou seja, a ação que será origem da tributação), quanto em seu critério quantitativo, mais especificamente no que se refere à base de cálculo do tributo determinada pelo artigo 44 do Código Tributário Nacional[25], ou seja, a "tributação da renda real, apurada à vista dos rendimentos efetivamente percebidos e de certas despesas efetivamente suportadas pelo contribuinte"[26]. Assim, não ocorrendo à adaptação do fato à norma tributária, a tributação não é legalmente possibilitada.

O princípio da capacidade contributiva, intimamente relacionado ao princípio da vedação ao confisco, expresso na Constituição Federal, vincula a tributação como o incidente sobre a renda, determinando assim que o contribuinte suporte uma carga tributária que seja compatível com a sua aptidão para pagar tributos, não comprometendo a subsistência pessoal e familiar[27].

A capacidade contributiva para ser satisfeita importa na necessidade de se descontar dos rendimentos obtidos as despesas pessoais e familiares dos contribuintes, considerando as circunstâncias individuais de cada contribuinte[28].

Consequentemente, pelo princípio da capacidade contributiva em sua leitura constitucional, excluem-se da base de cálculo as despesas, para que apenas os acréscimos patrimoniais de fato sejam tributados e não ocorra qualquer característica confiscatória por parte da tributação, respeitando assim o fato gerador e a base de cálculo do Imposto de Renda, conforme estabelecido pelo Código Tributário Nacional.

---

[25] Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

[26] AMARO, Luciano. Imposto de Renda: Regime Jurídico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord). **Curso de Direito Tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 380-381.

[27] LEONETTI, Carlos Araújo. **Humanismo e Tributação:** Um caso concreto. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21045-21046-1-PB.pdf>, 2003, p. 9.

[28] VIEIRA, José Roberto. Imposto de Renda e Educação: A Caminho da Catástrofe!. **Gazeta do Povo - Caderno Justiça & Direito**, Curitiba-PR, p. 8 - 8, 13 jun. 2014. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/artigos/imposto-de-renda-e-educacao-a-caminho-da-catastrofe-9ha3vt34627lc6dkuwmk6z3ny>, não paginado.

O Imposto de Renda é, segundo determinado pela Constituição Federal, um imposto pessoal, portanto a tributação é realizada tendo em consideração as condições pessoais do contribuinte; por conseguinte, tributa-se atendendo a capacidade econômica e contributiva do sujeito contribuinte, devendo a base de cálculo considerar as diferentes condições para manter a subsistência pessoal e dos dependentes do sujeito a ser tributado.

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, existem várias técnicas para graduar os impostos pessoais segundo a capacidade econômica do contribuinte, sendo a autorização de deduções de despesas pessoais essenciais (como educação) da base de cálculo do imposto uma das mais comumente utilizadas pelo legislador.[29]

Destaca-se o importante entendimento de Sacha Calmon Navarro Coêlho, contrariando doutrina que alude que o princípio da capacidade contributiva tem sua realização atribuída a uma prudente apreciação do legislador, de que "O legislador não tem que ser prudente; deve ser obediente à Constituição. E na hipótese de não 'ser prudente' em sua apreciação dos fatos e da norma constitucional, cabe ao Judiciário corrigi-lo".[30]

Nessa esteira, continua ensinando:

> Entre nós, princípio constitucional que é, a capacidade contributiva subordina o *legislador* e atribui ao Judiciário o dever de controlar a sua efetivação enquanto poder de controle da constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos administrativos.[31]

Isso posto, é inegável a atribuição e dever ao Supremo Tribunal Federal, enquanto ator principal da jurisdição constitucional no Brasil, atuar na apreciação do questionamento da constitucionalidade aqui enfrentada.

Diante do exposto, manifesta-se inequívoco que a capacidade contributiva deve ser analisada e tida de fato, não somente fundamentando-se em presunções, pois mesmo

---

[29] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente (Coautor). **Direito tributário na constituição e no STF:** teoria e jurisprudência. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 21.

[30] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 85.

[31] Idem..

sendo uma condição volúvel, revela-se de fácil demonstração e constatação no âmbito do pagamento do Imposto de Renda, em especial nas comprovações de despesas educacionais.

> [...] a incidência do imposto sobre *despesas educacionais* causa desmedido constrangimento ao primado da capacidade contributiva (CF, art. 145, parágrafo 1º), porquanto não se preserva a intangibilidade do mínimo existencial.[32]

Nesse sentido, "as despesas com a educação, do contribuinte e seus dependentes, não podem integrar a renda tributável, sob pena de se violar direito fundamental".[33]

Portanto, as deduções, como amplamente elucidado, são fundamentalmente forma de adequar a tributação da renda e proventos de qualquer natureza à capacidade contributiva de fato do contribuinte. Porém, as limitações de valores estabelecidas legalmente de forma desassociada à interpretação pessoal e caso a caso, como se faz necessária para a avaliação e determinação de fato da capacidade contributiva, não efetivam essa graduação no imposto, sendo essas deduções, portanto, presunções legais que não condizem com a realidade econômica.

Aliado à capacidade contributiva, encontra-se o mínimo existencial, substrato do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito brasileiro. Esse princípio se caracteriza na "quantidade ínfima para que o indivíduo e sua família possam atender às suas necessidades vitais e viver com dignidade"[34].

Dessa forma, em uma leitura do princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, extrai-se que o mínimo existencial é intimamente ligado ao caráter material, ou melhor, ao mínimo material necessário à existência digna; sendo a dignidade humana uma apreciação mais abrangente e abstrata do que apenas às necessidades materiais a serem atendidas. Destarte, o mínimo existencial pode ser considerado o núcleo básico da dignidade da pessoa humana.

---

[32] REZENDE, Douglas. Imposto de Renda e Educação: Limites Dedutivos Incompatíveis com o Estado Democrático Brasileiro. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, nº 35. 2016, p. 101.

[33] COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e justiça tributária:** Exeqüibilidade de Lei Tributária e Direitos do Contribuinte. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 301.

[34] REZENDE, Douglas. Imposto de Renda e Educação: Limites Dedutivos Incompatíveis com o Estado Democrático Brasileiro. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, nº 35. 2016, p. 99.

Para que o princípio da dignidade humana e, em especial, sua essência do mínimo existencial, seja respeitado na tributação à renda e proventos de qualquer natureza, o norte para se estabelecer os elementos capazes de expressar esse critério é a Constituição Federal, pois orienta expressamente o legislador e especifica as necessidades básicas e os consumos, custos e despesas essenciais à manutenção da dignidade humana, que deve ser assegurada[35].

Por consequência, a tributação deve sempre respeitar e proteger a dignidade da pessoa humana e a manutenção do mínimo existencial, a julgar pelos princípios já expostos e tendo como basilar o princípio de que o tributo não deve ter efeito confiscatório – a vedação ao confisco.

Importante ter em conta que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, não se enquadrando no rol de direitos e garantias fundamentais, mas sim na condição de princípio jurídico-constitucional fundamental, constituindo-se como valor-guia de toda a ordem jurídica; sendo assim, o princípio da dignidade da pessoa humana enunciado na Constituição Federal contém não apenas norma, mas também fundamento de normas definidoras de direitos, garantias e também deveres fundamentais. A partir disso, tem-se que a dignidade da pessoa humana não pode ser ela mesma concedida pelo ordenamento jurídico, mas sim seu reconhecimento, respeito, proteção e promoção[36].

Seguindo a linha de raciocínio de Ingo Sarlet, extrai-se que o princípio da dignidade da pessoa humana estabelece limites à ação do Estado[37]. Assim sendo, a dignidade da pessoa humana limita a atuação do Estado, estabelecendo-se como intransponível, pois é fundamento do Estado Democrático brasileiro e demarca uma orientação às ações da Administração Pública, que além de não violar, devem enaltecer e garantir a proteção desse princípio; por isso, a tributação não pode violar esse princípio de interpretação extensiva, devendo, no exercício de suas competências, auxiliar na manutenção da dignidade da pessoa humana.

---

[35] QUEIROZ, Mary Elbe. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Barueri: Manole, 2004, p. 57.

[36] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 61-72.

[37] BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** (por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade). 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 231.

O direito ao mínimo existencial fundamenta-se na concepção de que o Estado tem como papel assegurar as condições materiais mínimas de vida, de fato o mínimo material que se mostra essencial a uma existência digna, não apenas individual, mas na abrangência sociocultural. Juridicamente localiza-se o fundamento normativo do mínimo existencial no princípio da dignidade da pessoa humana, que invoca a democracia e o atendimento das necessidades básicas das pessoas, assim como a garantia das condições materiais básicas de vida. Isto posto, o mínimo existencial opera como limite aos atos do Estado e também se estabelece como fundamento de direitos prestacionais, assim sendo, a ideia de que o Estado deve manter, proteger e auxiliar a conquista do mínimo existencial por todos os cidadãos, conforme os objetivos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal[38].[39]

A esse respeito, a correlação do conceito constitucional de renda e do mínimo existencial é evidente, concebendo-se que de acordo com a leitura correta e constitucional da determinação legal da hipótese de incidência, regra matriz do tributo e base de cálculo do tributo, a tributação deve considerar a renda tributável o correspondente a receitas menos as despesas necessárias à existência digna do contribuinte.

> [...] o conceito constitucional de renda está a exigir que a legislação reconheça ao contribuinte o direito de abater, da base de cálculo do tributo, não só as despesas necessárias à obtenção da riqueza nova, como as que lhe garantem a subsistência e a de seus dependentes econômicos (deduções com estudos [...]). Evidentemente, o Poder Judiciário pode ser contrastado para fazer valer esse direito, sob pena de acabarem sendo tributados meros rendimentos brutos – fenômeno que implica ofensa aos princípios informadores da tributação em tela. [...] Enfim, o rendimento só se torna tributável quando leva em conta as necessidades do contribuinte, bem como as de seus dependentes econômicos.[40]

Portanto, a tributação deve garantir a manutenção do mínimo existencial, não extrapolando o conceito constitucional de renda e as necessidades básicas do contribuinte e seus dependentes. Sendo o direito à educação um direito fundamental social, garantia

---

[38] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[39] SARMENTO, Daniel. Reserva do possível e mínimo existencial. In: **Comentários à Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 382-385.

[40] CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a renda:** (perfil constitucional e temas específicos). 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 80-81.

constitucional e fundamento da democracia, cidadania e dignidade da pessoa humana[41], este deve ser respeitado como mínimo existencial.

Tendo esses princípios e fundamentos em vista, possibilitar a integral dedução das despesas com educação no Imposto de Renda das pessoas físicas torna-se essencial para manutenção da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e do respeito ao princípio da capacidade contributiva, através do cumprimento do conceito constitucional de renda e de proventos de qualquer natureza e do princípio da vedação ao confisco, respeitando globalmente a competência instituída, conforme estabelece a Constituição Federal.

Ademais, a possibilidade de dedução integral das despesas com educação é instrumento para o alcance da justa tributação e, consequentemente, da justiça social consagrada como objetivo do Estado Social e Democrático de Direito brasileiro, considerando além do aspecto da capacidade contributiva também a isonomia, uma vez que o direito fundamental social à saúde (direito de patamar equivalente ao direito à educação), desde que atendidos os critérios legais, não encontra limitações em suas deduções no Imposto de Renda da Pessoa Física.

A desigualdade no tratamento do direito fundamental à saúde e do direito fundamental à educação quanto à possibilidade de dedução da base de cálculo do IRPF ser integral para um direito e limitada anual e individualmente para o outro, mostra mácula à isonomia.

Assim sendo, pelo menos em tese, o princípio da igualdade garante um sistema tributário justo, ou seja, que não dá lugar as arbitrariedades e aos privilégios, pois "assegura que situações equivalentes venham tratadas do mesmo modo, e situações não equivalentes, de modo diverso".[42]

Essa distinção, ou melhor, discriminação, declarada na Lei Federal nº 9.250 além de ilegal (frente ao Código Tributário Nacional) e inconstitucional (por todos os motivos aqui

---

[41] MOREIRA, Orlando Rochadel. **Políticas públicas e direito à educação.** Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 58-62.

[42] KUNTZ, Tatiele Gisch; RODRIGUES, Hugo Thamir. A tributação progressiva do Imposto de Renda da Pessoa Física como instrumento auxiliar na busca pela concretização da justiça fiscal no Brasil. In: XXV Congresso do CONPEDI, 2016, Curitiba. **Anais do XXV Congresso do CONPEDI**, Direito Tributário e Financeiro I, p. 65-83, 2016, p. 78.

expostos), mostra-se aviltantemente injusta, no aspecto da justa tributação, no aspecto da justiça social e principalmente no aspecto da justiça tributária.

CONCLUSÃO

Considerando que a constitucionalidade da limitação às deduções com despesas em educação é questionada tendo em conta o direito social fundamental à educação e outros princípios constitucionais tributários e fundamentais, desde a finalidade das deduções legais frente ao Imposto de Renda, como também quanto a seu papel constitucional, temos que a educação deve ser preservada, pois é direito social fundamental e intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental ao Estado Democrático de Direito brasileiro, conforme a Constituição Federal. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana e sua essência, o mínimo existencial, são afrontadas pela Lei Federal que estabelece a limitação à dedutibilidade com as despesas com educação.

O respeito à subsistência, à dignidade humana e ao mínimo existencial, que encontram respaldo constitucional, deve ser anteferido em qualquer relação do Estado com o particular, por isso, o legislador não deve desprezar esses princípios, independente da imprescindibilidade da arrecadação.

Ao impossibilitar a dedução integral do valor despendido em educação, o legislador ultrapassa sua competência constitucional e as delimitações feitas no Código Tributário Nacional quanto ao fato gerador e base de cálculo do Imposto de Renda e passa a tributar o que não constitui de fato acréscimo patrimonial.

Ao recair sobre as despesas educacionais e ultrajar o conceito constitucional de renda, o legislador tributa despesa e não renda, o que é decréscimo patrimonial e ausência de disponibilidade econômica ou jurídica, não representando capacidade contributiva.

Assim, extrapola-se a competência dada pela Constituição Federal e ferem-se os princípios constitucionais do direito à educação, da capacidade contributiva, incluindo de forma enaltecida a vedação ao confisco, a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

Diante do exposto, o artigo 8º, inciso II, alínea "b", e seus itens periodicamente atualizados, da Lei Federal nº 9.250 de 1995, são inconstitucionais e também ferem diretamente o estabelecido no Código Tributário Nacional, pois violam a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, o princípio da capacidade contributiva, o princípio da vedação ao confisco, o conceito constitucional de renda, a isonomia, a norma de competência tributária e, ademais, os direitos fundamentais da liberdade, do patrimônio e o do direito à educação.

Nesse contexto, aguarda-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4.927 no Supremo Tribunal Federal, com o intuito de, enfim, termos uma resposta a essa questão – que está suspensa por tantos anos – de importância ímpar aos contribuintes e a todos os cidadãos brasileiros, que irá atestar se o nosso órgão máximo do Poder Judiciário e maior guardião da Constituição Federal, que deve exercer a função de jurisdição constitucional direta e inequívoca e verificar a constitucionalidade das disposições infraconstitucionais, irá aplicar de forma técnica e desprovida de tendências políticas a Constituição Federal, especialmente levando em conta seus princípios, objetivos e fundamentos, proferindo uma decisão que modificará a tributação brasileira ao remodelar o cálculo do Imposto de Renda da Pessoas Físicas.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente (Coautor). **Direito tributário na constituição e no STF:** teoria e jurisprudência. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

AMARO, Luciano. Imposto de Renda: Regime Jurídico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord). **Curso de Direito Tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** (por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade). 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 12 fev. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 05 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 fev. 2017.

_____. **Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9250.htm>. Acesso em: 12 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.927**. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, 15/04/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4384177>. Acesso em: 10 jul. 2016.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a renda:** (perfil constitucional e temas específicos). 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e justiça tributária:** Exeqüibilidade de Lei Tributária e Direitos do Contribuinte. São Paulo: Malheiros, 2007.

KUNTZ, Tatiele Gisch; RODRIGUES, Hugo Thamir. A tributação progressiva do Imposto de Renda da Pessoa Física como instrumento auxiliar na busca pela concretização da justiça fiscal no Brasil. In: XXV Congresso do CONPEDI, 2016, Curitiba. **Anais do XXV Congresso do CONPEDI**, Direito Tributário e Financeiro I, p. 65-83, 2016.

LEONETTI, Carlos Araújo. **Humanismo e tributação:** um caso concreto. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21045-21046-1-PB.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2016.

MOREIRA, Orlando Rochadel. **Políticas públicas e direito à educação.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

QUEIROZ, Mary Elbe. **Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza**. Barueri: Manole, 2004.

REZENDE, Douglas. Imposto de Renda e Educação: Limites Dedutivos Incompatíveis com o Estado Democrático Brasileiro. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, nº 35, 2016.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Imposto de Renda – Pessoa Física. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord). **Curso de Direito Tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. Reserva do possível e mínimo existencial. In: **Comentários à Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VALPASSOS, Caroline Falco Fernandes. **A Educação e o Gasto Tributário Social:** Origem, pressupostos e implicações da dedução das despesas com instrução no Imposto de Renda Brasileiro. 2015. 232 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

VIEIRA, José Roberto. Imposto de Renda e Educação: A Caminho da Catástrofe! **Gazeta do Povo - Caderno Justiça & Direito**, Curitiba-PR, p. 8 - 8, 13 jun. 2014. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/artigos/imposto-de-renda-e-educacao-a-caminho-da-catastrofe-9ha3vt34627lc6dkuwmk6z3ny>. Acesso em: 8 jul. 2016.

A ABERTURA DO DIÁLOGO CULTURAL COMO FORMA DE REALIZAR-SE A JUSTA REPARTIÇÃO DOS BENEFÍCIOS COM AS POPULAÇÕES TRADICIONAIS

A CULTURAL OPENING OF DIALOGUE AS A WAY TO REALIZE THE FAIR DISTRIBUTION OF BENEFITS WITH TRADITIONAL POPULATIONS

Beatriz Cobbo de Lara[43]

INTRODUÇÃO

A promessa de uma nova economia baseada, sobretudo, na biodiversidade, aponta para uma corrida tecnológica e informacional entre os países nos próximos anos. A Bioeconomia é uma realidade. E países em desenvolvimento como o Brasil, ricos em biodiversidade devem estar – ao menos quanto à regulamentação – preparados.

Nesse contexto, as populações tradicionais que detêm os conhecimentos tradicionais associados (CTAs) exercem papel de destaque. A um, porque resguardam a biodiversidade, a dois porque seus saberes reduzem significativamente o tempo entre a pesquisa, a coleta e a produção de bens e serviços por grandes empresas, nacionais e internacionais.

Aí porque o artigo se debruça em aprofundar o conteúdo da mais recente normativa sobre o assunto, a Lei da Biodiversidade. A Lei número 13.123 de 2015 que regulamenta o artigo 225 da Constituição Federal e alguns outros artigos da Convenção da Diversidade Biológica (CDB) é considerada marco regulatório no que diz respeito à proteção dos conhecimentos tradicionais associados (CTAs) e a justa repartição de benefícios.

[43] Possui graduação em Direito pela Universidade Positivo (2013). Especialista em Direito Tributário (UP). Especialista em Relações Internacionais e Diplomacia (UNICURITIBA). Especialista em Direito Aplicado (EMAP). Especialista em Direito Civil (LFG). Especialista em Direito Público (ESMAFE). Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia (UNIBRASIL). Advogada OAB-PR (número 72.875). Membro da Comissão de Direito Ambiental OAB-PR. E-mail: beatrizde.lara@hotmail.com

Assim, o proposito medular do artigo é indagar sobre a real situação das populações tradicionais no que se refere à repartição dos benefícios por meio dos contratos e principalmente demonstrar quais os ajustes necessários à efetivação do conteúdo da Lei da Biodiversidade (Lei 13.123 de 2015) – leia-se aqui, portanto: os reparos necessários à concretização da proteção dos conhecimentos tradicionais associados (CTAs) à biodiversidade.

Para tanto, a fim de contextualizar o leitor, num primeiro momento, a pesquisa apresenta alguns dos dispositivos da Lei da Biodiversidade (Lei 13.123 de 2015) que tocam a valoração da biodiversidade e a consequente repartição de benefícios com as populações tradicionais, mais especificamente os artigos 19, 20 e 21 da Lei que dispõem sobre a forma como se dá essa repartição.

A grande questão aqui é que os referidos artigos classificaram a repartição dos benefícios com as populações tradicionais em monetária e não monetária e, estabeleceram um percentual fixo – sem possibilidade de majoração, apenas de redução – no que diz respeito aos benefícios provenientes dos conhecimentos tradicionais associados (CTAs). Em outras palavras, a Lei considerou apenas o aspecto econômico da biodiversidade quando da repartição dos benefícios com os povos tradicionais.

Em seguida e, nesse contexto, o capítulo 3 ocupou-se em analisar a palestra proferida pelo professor e economista Júnior Garcia sobre "Valoração dos Recursos Naturais" realizada no dia 23 de outubro de 2019, no Campus Botânico da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e, sua relação com a valoração da biodiversidade e os conhecimentos tradicionais associados (CTAs). Aqui, almejou-se aproximar a pesquisa jurídica de outro campo do saber – economia – justamente para demonstrar a importância da intersecção dos saberes quando da construção normativa sobre a proteção da biodiversidade e a repartição dos benefícios com os povos tradicionais.

Por fim, no último capítulo, a fim de prestar contribuição com relação ao tema, intentou-se sugerir que tão importante quanto abrir o diálogo para outras áreas do conhecimento quando da construção normativa sobre a biodiversidade e a repartição dos benefícios com as populações tradicionais é permitir, sobretudo, aos próprios povos tradicionais que se manifestem – de alguma forma – sobre a biodiversidade e seus conhecimentos tradicionais, sob pena de, se assim não acontecer, rebaixar a norma a um

grupo de preceitos inócuos. Razão pela qual o último capítulo confronta a Lei da Biodiversidade (Lei 13.123 de 2015) com a Teoria Discursiva de Jurgen Habermans.

A REPARTIÇÃO DOS BENEFÍCIOS NA LEI DA BIODIVERSIDADE (LEI NÚMERO 13.123 DE 2015)

No século XXI a biotecnologia e a informação representam as principais matérias-primas para o desenvolvimento dos países. Se antes os países desenvolvidos apostavam no petróleo e nas usinas hidrelétricas como fonte de energia e consequentemente, de desenvolvimento. Hoje, a aposta está na biodiversidade que permite ao homem extrair inúmeros produtos através de um único recurso. Por isso a especulação econômico-tecnológica em relação à biodiversidade[44].

Na região Amazônica, por exemplo, do breu (protium sp) – amirina extrai-se óleo essencial, do camu-camu (myrciaria dubia) extrai-se a vitamina C, do pracaxi (pentaclethara macroloba) extrai-se óleo rico em ácido behênico, do açaí extrai-se palmito (valor alimentício) e óleos diversos (valor cosmético)[45]. Alias, estima-se que só o açaí represente cerca de 1,8 bilhões de dólares por ano para a Amazônia[46].

Outro bom exemplo é o "nambu tutato" (eleutherie plicata) também da região amazônica, que é utilizado pelas populações tradicionais em forma de chá para tratar diarreia e amebíase, porque possui propriedades analgésicas e antidematogênicas[47].

O costume de "coleta, análise e mesmo comércio de material biológico é tão antigo quanto à civilização humana. Cita-se como o mais antigo exemplo de bioprospecção, a

---

[44] NOBRE, Carlos. **Amazônia e Bioeconomia**. USP TALK. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=k-AOoopfwwA> Acesso em: 14 de ago. de 2019.

[45] CANHOTO, Olinda. **Palestra sobre a "Biotecnologia na Amazônia e o potencial da biodiversidade para a inovação**". Centro de Biotecnologia da Amazônia – CBA – 1 Expedição Amazônia 21, oferecida pela Academia Amazônia Ensina, realizada na cidade de Manaus, na Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Tupé, Parque nacional de Anavilhanas, Parque Estadual Rio Negro setor norte, área de Preservação Ambiental do Alto Cueiras e Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Rio Negro. 27 de janeiro a 3 de fevereiro de 2019.

[46] Op cit.

[47] SANTOS Deyvison Luz; MORAES, Jones Souza; ARAÚJO, Zilah Therezinha de Souza; silva, Iracely Rodrigues da; **Saberes tradicionais sobre plantas medicinais na conservação da biodiversidade amazônica**. Universidade Estadual de Campinas. Ciências em Foco, v. 12, n. 1, p. 86-95,2019, p. 86.

coleta de plantas em 1495 a.C, em uma expedição organizada por uma rainha egípcia com o objetivo de fabricar incenso"[48].

No Brasil, o processo de bioprospecção teve início na Amazônia, com a chegada dos portugueses ao país. O caso mais conhecido é do expedicionário britânico Henry Wickham. O expedicionário levou um barril de sementes da árvore seringueira até as colônias britânicas na Malásia e anos mais tarde a região se tornou a maior exportadora de látex do mundo, prejudicando consideravelmente o Brasil[49].

Nesse contexto, os conhecimentos tradicionais associados (CTAs) exercem papel fundamental porque com eles "as empresas reduzem em muito o tempo de pesquisa, de coleta de plantas, de isolamento de propriedades, de resultados e, consequentemente, o tempo de conversão da pesquisa em lucros. O custo-benefício é baixíssimo" [50]

Essa preocupação com a repartição dos benefícios provenientes das plantas, animais e microorganismos faz sentido porque a biodiversidade além de significar variedade de vida, significa também matéria-prima para as mais diferentes áreas da indústria. Por isso é que países megadiversos como o Brasil devem possuir legislação sólida sobre o assunto.

Numa perspectiva interna, no ano de 2000, um contrato entre uma organização da Amazônia e uma empresa farmacêutica suíça estimulou a esbaforida edição da Medida Provisória número 2.186-16 de 23 de agosto de 2001 que permaneceu em vigor até 2015 e foi revogada pela Lei 12.123 de 2015 (Lei da Biodiversidade).

Em linhas gerais, a revogação da Medida Provisória aconteceu porque o setor industrial não estava satisfeito com o seu conteúdo. E como os casos de biopirataria (bioprospecção ilícita) permaneciam acontecendo, o país foi forçado a apresentação de normas sobre o assunto no âmbito internacional (Convenção da Diversidade Biológica). Assim, no período de 2 (dois) meses, algumas formalidades como prazos, votações e consultas foram dispensadas para dar azo à Lei da Biodiversidade.

---

[48] COSTA, Fernanda Bianco de Lucena. **Biodiversidade amazônica, biopirataria e direito de patente**. Revista Direito e Biodiversidade. Coordenadora Carla Amado Gomes. Curitiba: Juruá, 2010, p. 99.

[49] Ibidem. p. 100.

[50] MESSIAS, Marcos Perez; LEITE, Werley Barbosa. **Bioprospecção dos recursos genéticos dos conhecimentos tradicionais associados no Brasil: autorização ou liceça administrativa?** Revista de Direito e Política. Volume 16 – jan-abril – 2008 – Ano V. São Paulo: Letras Jurídicas.

A Lei da Biodiversidade (Lei 13.123 de 2015) foi sancionada pela presidente Dilma Roussef e teve um total de 173 emendas até sua aprovação. “Na visão de Dalllagnol “isso no máximo tornou a lei menos pior””[51].

A edição da Lei n.º 13.123 de 2015 - Lei da Biodiversidade - regulamentou o inciso II do §1º e o §4º do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; bem como os artigos 1º, a alínea “j” do artigo 8º, a alínea “c” do artigo 10, o artigo 15 e os §§3º e 4º do artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica.

Estes dispositivos tratam dos seguintes aspectos respectivamente: preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético do País; utilização sustentável de componentes da diversidade biológica; acesso a recursos genéticos e acesso à tecnologia e transferência de tecnologia.

Tal normativa dispõe ainda sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para a conservação e o uso sustentável da biodiversidade, além de revogar a Medida Provisória n.º 2.186-16, de 23 de agosto de 2001.

O novo marco legal da biodiversidade, trouxe inúmeras inovações se comparado àquela regulamentação anterior, como por exemplo: novos conceitos; reconhecimento do conhecimento tradicional associado como patrimônio cultural brasileiro; estabelecimento de um novo método de acesso aos recursos genéticos brasileiros; mudanças na composição do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético; modificações a respeito da repartição de benefícios; a criação do Fundo Nacional de Repartição de Benefícios e o Programa Nacional de Repartição de Benefícios[52].

Aparentemente, o pretexto da referida normatização foi humanitarista, benevolente e altruísta para com os Povos e Comunidades Tradicionais do país e também em relação ao meio ambiente[53].

---

[51] SHIRAISHI NETO, Joaquim; RIBEIRO, Thayana Bosi Oliveira; RABÊLO, Laíza Braga. **A proteção do conhecimento tradicional associados à biodiversidade diante de um novo marco legal**. Revista de Direito econômico e socioambiental, Curitiba, v. 9, n. 3, ISSN 2179-8212, p. 161-184, set. /dez., 2018, p.

[52] BRITO, Ana Carolina Lucena; POZZETTI, Valmir César; **Biodiversidade, conhecimentos tradicionais associados e repartição de benefícios**. V., 69 - Janeiro/Junho, 2018.

[53] O Decreto n.º 8.750, de 9 de maio de 2016, ao instituir o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais, no parágrafo 2º do seu artigo 4º elenca um rol de segmentos da sociedade civil que

Diz-se aparentemente, porque da análise pormenorizada do seu conteúdo deduz-se que alguns dispositivos destoaram claramente do teor dos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte e, da própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Compulsando a Lei da Biodiversidade vê-se que alguns dos seus dispositivos põem em evidência a legalidade de toda a norma, tanto da perspectiva do controle de convencionalidade quanto sob a ótica do controle de constitucionalidade[54].

A crítica dos critérios legais da valoração na repartição de benefícios se dá no sentido de que a Lei 13.123 de 2015 (Lei da Biodiversidade) quando regula o assunto prevê dois modos: monetária e não monetária.

Na modalidade monetária, o valor para fins de repartição será o equivalente a 1% da receita anual líquida obtida da exploração economica, sendo possível a redução desse percentual até 0,1% desde que autorizada pela União sob a justificativa de se garantir a competitividade de determinado setor econômico.

E na modalidade não monetária, será o equivalente a 75% do calculado para a modalidade monetária[55]. Vejamos:

---

devem ser representados neste Conselho - por intermédio de um titular e dois suplentes - e, assim, acaba por listar quais grupos de pessoas são consideradas Povos e Comunidades Tradicionais no Brasil. São eles: 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[53].

[54] O controle de constitucionalidade é, em linhas gerais, o controle do conteúdo formal (vigente) e material (validade) das normas inferiores em relação às normas superiores, ou seja, no âmbito interno, das normas infraconstitucionais em relação às normas constitucionais. Esse controle pode se dar de maneira difusa ou concentrada. O controle difuso ocorre quando os Tribunais Superiores pátrios, podem, desde logo, compatibilizar o texto infraconstitucional com a Constituição Federal. O controle concentrado ocorre quando o controle concentra-se em um único tribunal. O controle de convencionalidade é, em suma, uma adaptação do modelo de controle de constitucionalidade. É o controle do conteúdo formal (vigente) e material (validade) das normas internas – nacionais – em relação ao conteúdo dos Tratados Internacionais ratificados pelo país. Da mesma forma, pode se dar via sistema difuso ou concentrado, a depender do tema abordado pelo Tratado (de acorco com o que preceitua o artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – Emenda Constitucional 45 de 2004).

[55] RIBEIRO, Hebe Morganne Campos; FERREIRA, Fernanda Neves. **O valor da biodiversidade e o mecanismo de acesso e repartição de benefícios na Amazônia**. Beatriz Souza Costa. Anais do "V Congresso Internacional de Direito Ambiental e Desenvolvimentos Sustentável: Pan-Amazônia – Integrar e Proteger" e do "I Congresso da Rede Pan-Amazônia". Belo Horizonte: Editora Dom Helder, 2018.

> Art. 19. A repartição de benefícios decorrente da exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado poderá constituir-se nas seguintes modalidades: I - monetária; ou II - não monetária, incluindo, entre outras: (...)
>
> Art. 20. Quando a modalidade escolhida for a repartição de benefícios monetária decorrente da exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético, será devida uma parcela de 1% (um por cento) da receita líquida anual obtida com a exploração econômica, ressalvada a hipótese de redução para até 0,1 (um décimo) por acordo setorial previsto no art. 21.
>
> Art. 21. Com o fim de garantir a competitividade do setor contemplado, a União poderá, a pedido do interessado, conforme o regulamento, celebrar acordo setorial que permita reduzir o valor da repartição de benefícios monetária para até 0,1% (um décimo por cento) da receita líquida anual obtida com a exploração econômica do produto acabado ou do material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado de origem não identificável. Parágrafo único. Para subsidiar a celebração de acordo setorial, os órgãos oficiais de defesa dos direitos de populações indígenas e de comunidades tradicionais poderão ser ouvidos, nos termos do regulamento.
>
> Art. 22. Nas modalidades de repartição de benefícios não monetárias correspondentes às alíneas a, e e f do inciso II do caput do art. 19, a repartição de benefícios deverá ser equivalente a 75% (setenta e cinco por cento) do previsto para a modalidade monetária, conforme os critérios definidos pelo CGen[56].

Nesse sentido, a Lei 13.123 de 2015 (Lei da Biodiversidade) pecou quando estabeleceu valores fixos para fins da repartição de benefícios com as comunidades tradicionais. Isso porque não considerou variáveis extremamente importantes. Prevê um teto, com possibilidade de redução. Não permite que na repartição dos benefícios provenientes dos conhecimentos tradicionais associados (CTAs) haja a majoração.

Segundo Hebe Morganne Campos Ribeiro e Fernanda Neves Ferreira, a metodologia empregada para quantificar o valor da biodiversidade constante nas normativas – leia-se aqui: Convenção da Diversidade Biológica (CDB), Protocolo de Nagoya e da Lei da Biodiversidade (13.123 de 2015) – sobre o assunto é errônea, pois considera apenas o valor econômico do recurso[57].

---

[56] BRASIL. LEI NÚMERO 13.123 DE 2015 (LEI DA BIODIVERSIDADE) Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm> Acesso em 10 out. 2019.

[57] RIBEIRO, Hebe Morganne Campos; FERREIRA, Fernanda Neves. **O valor da biodiversidade e o mecanismo de acesso e repartição de benefícios na Amazônia**. Beatriz Souza Costa. Anais do "V Congresso Internacional de Direito Ambiental e Desenvolvimentos Sustentável: Pan-Amazônia – Integrar e Proteger" e do "I Congresso da Rede Pan-Amazônia". Belo Horizonte: Editora Dom Helder, 2018.

Para as autoras a função taxonômica, a genética, a ecossistêmica e a de função também devem integrar o cálculo do "valor" da biodiversidade para fins de regulamentação do acesso e da justa repartição de benefícios com as populações tradicionais.

Em linhas gerais, a taxonômica diz respeito à categoria biológica que o recurso se enquadra (classe, família, etc), a função genética está relacionada à variedade dentro da espécie e das várias espécies existentes, a ecossistêmica é o papel que o recurso representa numa dada paisagem e, o aspecto da função significa a atuação do recurso dentro dos processos evolutivos, ecológicos[58].

Prosseguindo, as autoras ainda apontam para um valor cognitivo, espiritual, a recreação dos recursos em relação ao ser humano. Nesse sentido, na valoração do recurso natural deve-se primeiro apontar sua importância ecológica para depois analisar seu aspecto social e econômico. São muitas variáveis relevantes, como por exemplo, o benefício atual do uso do recurso e o benefício futuro do uso do recurso[59].

Percebe-se aqui uma conotação puramente mercadológica do conhecimento tradicional associado (CTA) à biodiversidade quando da valoração da biodiversidade e da consequentemente, repartição de benefícios. Aliás, muitas dos conceitos trazidos pela lei como conhecimento tradicional identificável, conhecimento tradicional não-identificável, elemento principal de agregação de valor, são vagos, abertos e amplos o suficiente para demandar interpretações errôneas por parte de empresas interessadas em usurpar os conhecimentos tradicionais associados (CTAs) sem a justa repartição dos benefícios.

Assim, tendo em vista a impossibilidade de reunir todos os atores envolvidos na questão dos conhecimentos tradicionais associados (CTAs) e a justa repartição dos benefícios e, intentando aproximar outros campos dos saberes com o fim de aprimorar as normas e políticas públicas sobre o assunto, o próximo tópico (tópico 3) se prestará a análise da palestra proferida pelo economista e professor Junior Garcia sobre a valoração dos recursos naturais e sua relação com a Lei da Biodiversidade.

---

[58] RIBEIRO, Hebe Morganne Campos; FERREIRA, Fernanda Neves. **O valor da biodiversidade e o mecanismo de acesso e repartição de benefícios na Amazônia**. Beatriz Souza Costa. Anais do "V Congresso Internacional de Direito Ambiental e Desenvolvimentos Sustentável: Pan-Amazônia – Integrar e Proteger" e do "I Congresso da Rede Pan-Amazônia". Belo Horizonte: Editora Dom Helder, 2018

[59] Idem.

A REPARTIÇÃO DOS BENEFÍCIOS E A VALORAÇÃO DOS RECURSOS NATURAIS: UMA ANÁLISE JURÍDICO-ECONÔMICA

Na palestra proferida pelo professor do departamento de economia da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e economista Junior Garcia, no Campus Botânico, mas especificamente no Setor de Ciências Sociais Aplicadas, no dia 23 de outubro de 2019, sobre "Valoração dos recursos naturais" foi possível compreender – dentre muitas – as raízes dos problemas que a Lei da Biodiversidade e seu respectivo regulamento, o Decreto 8.772 de 2016, enfrentam[60].

Ademais, foi possível captar por qual razão, na prática, permanecemos degradando a biodiversidade e marginalizando as minorias – leia-se aqui: as populações tradicionais.

Segundo o professor, só realizamos a valoração dos recursos naturais porque precisamos inseri-los nas tomadas de decisões. Porém, atualmente, não temos de fato a dimensão ambiental incorporada nessas tomadas de decisões.

Ou seja, ainda persiste o modelo econômico convencional, sem a menção à natureza e que percebe o meio ambiente como externalidade. Tanto é que os manuais de economia sequer mencionam os recursos naturais em seus conteúdos. Frise-se aqui que este é um paradigma reproduzido em todas as instituições de ensino.

Ocorre que, essa concepção começou a transmutar a partir do momento em que a degradação ambiental começou a afetar nosso bem-estar. No atual estágio, estamos em vias de construção de uma compreensão de que o tradicional modelo insumo-produto que desconsidera o meio ambiente é insuficiente para solucionar os problemas contemporâneos e,

[60] Professor do Curso de Graduação em Ciências Econômicas e do Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Econômico (PPGDE) do Departamento de Economia da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharel em Ciências Econômicas pela UFPR (2005), mestre em Desenvolvimento Econômico Agrícola e Agrário (2007) e doutor em Desenvolvimento Econômico Espaço e Meio Ambiente pelo Instituto de Economia da Unicamp (2012). Coordenador do Grupo de Estudos em MacroEconomia Ecológica (www.gemaeco.ufpr.br) e diretor executivo da Sociedade Brasileira de Economia Ecológica (www.ecoeco.org.br). Áreas de atuação: economia ecológica, economia aplicada, economia agrária, agrícola e regional e valoração e gestão dos recursos naturais.

que a natureza não deve ser tomada como um setor (microssistema), mas como um sistema maior (Terra) no qual todos os outros microssistemas (econômicos e sociais) estão inseridos[61].

Segundo o economista, o atual modelo econômico é deveras simplista no sentido de que se recusa à complexidade do macrossitema (Terra). Porque na verdade o que temos é um subsistema socioeconômico-ecológico aberto, ou seja, todos os sistemas mantêm relações ininterruptas com o resto do mundo. E que tanto o sistema social como o sistema econômico não sobrevivem sem o sistema ambiental.

Tudo o que há é fluxo de matéria e energia. Ou seja, o sistema social e o sistema econômico dependem da entrada e da saída de matéria e energia. E para o professor, esse fluxo de matéria e energia observa a Lei da Termodinâmica ("nada se perde, nada se cria, tudo se transforma") e a Lei da Entropia ("em todo processo de transformação de matéria e energia, terei perda").

Ou seja, para o economista não é possível a construção de processos essencialmente limpos, não há uma saída sustentável posta nesse momento. Por isso que sustentabilidade tem haver com permanência, tem haver com compensação. E por isso que, diante dessa situação, o que nos aparece como solução é internalizar as externalidades. Mas como internalizar as externalidades? Segundo o professor, por meio do contrato.

Ocorre que, em relação à biodiversidade, temos diversas dificuldades em internalizar as externalidades por meio do contrato. Como por exemplo, o custo para fazer o contrato, o problema da ausência do direito de propriedade – por exemplo, tenho ausência de direitos de propriedade da Floresta Amazônica – e, sendo assim, todos podem utilizar a biodiversidade, de maneira consciente ou inconsciente.

Hoje bem público significa bem sem titular, bem de mercado significa bem com titular. Ou seja, a concepção de bem é no sentido de que no momento em que eu utilizo um bem, eu excluo outra pessoa de utilizar o mesmo bem, é o chamado "bem rival". E que bens não exclusivos e "não-rivais", como a biodiversidade, são chamados de "bens públicos puros". Sendo assim, como são bens que não consigo me apropriar não há incentivo para proteger.

---

[61] CAPRA, Fritjof. A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2006.

Para Junior Garcia, uma forma de contornar o problema da ausência de direitos de propriedade é estabelecer contratos com direitos bem definidos, justamente para que as pessoas utilizem os recursos naturais da melhor maneira possível.

Ocorre que contratos geram mercados e mercados funcionam com base em preços. Por isso a necessidade de estabelecer o "preço da biodiversidade". Ou seja, mercado pressupõe valor que pressupõe contrato que pressupõe propriedade. Dessa forma é que surgem os mercados de direitos de propriedades ambientais, também conhecidos como meios para privatização da natureza.

Ocorre que, na valoração da biodiversidade só possui valor aquilo que reconhecemos como importante. Ou seja, a percepção de valor é nossa, a percepção é própria. E mais, as diferentes percepções resultam em diferentes tipos de valores. Dessa forma, na valoração de um recurso natural, a sociedade ocidental irá eleger alguns valores como importantes, enquanto as populações tradicionais irão selecionar outros valores como relevantes. Por isso que a valoração está intimamente relacionada com a comunicação.

No caso da valoração da biodiversidade associada aos conhecimentos tradicionais (CTAs) são múltiplas as variáveis que devem ser consideradas (valoração econômica e valoração não econômica). Importante destacar aqui que para o professor na valoração da biodiversidade não é preciso fazer a internalização das externalidades necessariamente com a valoração econômica.

Ademais, a valoração dos recursos naturais para Junior Garcia é um exercício multidisciplinar e não monodisciplinar, portanto o exercício da valoração para fins de tomada de decisões jurídicas, políticas, econômicas e sociais, deve abranger várias áreas do conhecimento, como juristas, cientistas naturais, antropólogos, sociólogos e assim por diante. É preciso levantar informações que não são fáceis.

Segundo o economista o Ministério Público de São Paulo (MPSP) e o Ministério Público do Mato Grosso do Sul (MPMS) já possuem documentos no sentido de valoração dos recursos naturais a fim de justificar e apresentar critérios com relação aos recursos naturais. No Paraná estar-se-á em vias de construção de um documento que defina os critérios da valoração.

Da palestra extraem-se inúmeras considerações relevantes para a elaboração das políticas públicas e da normatização dos conhecimentos tradicionais associados (CTAs), da valoração dos recursos da biodiversidade e, consequentemente, da repartição de benefícios.

Mas a principal delas é a de que a noção da biodiversidade como bem público está sendo relativizada no sentido de que estão surgindo mercados que definem a propriedade dos recursos naturais, com características bem definidas, porém que estão desconsiderando aspectos culturais (populações tradicionais) e aspectos ambientais (meio ambiente ecologicamente equilibrado). Para o modelo político-jurídico ocidental, fica mais "fácil" proteger a biodiversidade se a biodiversidade é delimitada, é propriedade.

Atualmente o que se percebe é uma tendência, ao menos na doutrina jurídica, para permear as relações privadas – leia-se aqui: contratos – com noções de Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, no sentido de uma clara constitucionalização do Direito Civil.

Tanto é que despontaram institutos como a função social do contrato, a função social da propriedade e assim por diante. A doutrina está no sentido de sobrepor o público em relação ao privado. Portanto, a percepção contratual que marcou os séculos anteriores está sendo relativizada e substituída no sentido de reconhecer outros aspectos (não econômicos) da propriedade e do contrato.

Aqui importa destacar alguns ensinamentos da também professora e pesquisadora da Universidade Federal do Paraná (UPR) Rosalice Fidalgo Pinheiro[62], para quem o Direito Privado é o "autêntico baluarte da liberdade burguesa". Ou seja, para a professora o contrato tradicional foi formulado para a burguesia oitocentista que à época tinha como propósito emancipar-se do absolutismo. Dessa forma, o contrato clássico surgiu como instrumento de ideologia.

---

[62] Pós-doutora junto à Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne (UMR 8103). Doutora em Direito das Relações Sociais junto à Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito das Relações Sociais junto à Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito junto à Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora adjunta de Direito Civil do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Professora adjunta de Direito Civil do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil. Líder do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil e Constituição. Pesquisadora do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora convidada do Centre de Recherche "Droit, Science et Technique" (2015). Revisora dos periódicos Espaço Jurídico (ISSN 2179-7943), Pensar (ISSN 1519-8464), Direito Empresarial (ISSN 1806-910X-00015), Direitos Fundamentais e Justiça (ISSN 1982-1921) e Revista da Ajuris (1679-1363). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: contratos, contrato e biotecnologia, contratos imobiliários, contratos de consumo, responsabilidade civil, direitos fundamentais, metodologia e ensino jurídico.

Com a distribuição desigual de riquezas, as grandes guerras e a produção em série, houve a necessidade da intervenção Estatal para controlar a economia e integrar os marginalizados. Iniciou-se um processo de reivindicação de direitos pelas minorias.

Assim, nesse contexto do pós-guerra, um "novo humanismo" ganha forma no sentido de reforçar os Direitos Humanos. Há uma releitura do modelo clássico de contrato, "toma lugar uma hipertrofia dos direitos fundamentais".[63]

Neste ponto, destaca-se nova função ao contrato. Considerando-o como categoria jurídica que não está mais confinado aos limites do Direito Privado, passa a ser lido à luz da tábua axiológica, inscrita pela Constituição. Ele recebe como atribuição constitucional a realização dos Direitos Fundamentais[64].

Daí extrai-se que o contrato é instrumento criado pela sociedade ocidental, que invariavelmente reveza ideologias (liberal – social) e que se adapta de acordo com o tempo e o espaço. O contrato, portanto, é, sobretudo, reflexo do momento histórico experimentado.

Por isso que os problemas atuais – leia-se, inclusive: biopirataria, patentes da biotecnologia e a repartição dos benefícios com as populações tradicionais – forçam a releitura do modelo tradicional de contrato que foi esboçado até aqui. O momento histórico vigente constrange-nos a pensar em alternativas ao obsoleto modelo de contrato.

Ocorre que, o instrumento do contrato pode não se aplicar a todas as situações postas, justamente porque é criação genuína de tão somente um modelo de sociedade.

Nesse contexto, transportando os ensinamentos do professor Júnior Garcia e da professora Rosalice Fidalgo Pinheiro para o presente problema, têm-se que os contratos de repartição de benefícios sobre os conhecimentos tradicionais (CTAs) relacionados à biodiversidade possuem variáveis muito além da meramente econômica. E essa consciência tem de estar presente tanto no processo de valoração dos recursos naturais relacionados aos conhecimentos tradicionais associados (CTAs) como no próprio conteúdo legislativo e contratual.

Outro ponto de destaque da palestra sobre a valoração dos recursos naturais que afetam diretamente a Lei da Biodiversidade – leia-se: repartição dos benefícios – é a

---

[63] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 45
[64] Idem.

multiplicidade de possiblidades. Não existe um valor pronto e acabado, mas sim vários valores para calcular o custo da biodiversidade associada aos conhecimentos tradicionais (CTAs).

São muitas as variáveis e são muitos os métodos para calcular o dígito da biodiversidade. A valoração a fim de repartição de benefícios tem de necessariamente levar em consideração aspectos culturais, sociais, ambientais e quiçá outros que ainda não foram pensados.

Assim, tendo em vista a complexidade na valoração dos recursos naturais e na consequente justa repartição dos benefícios, o próximo tópico se ocupará em demonstrar a importância da abertura do diálogo cultural com as populações tradicionais, sob pena de desproteger as comunidades e de tornar a Lei da Biodiversidade, pelo menos nesse ponto, ilegítima.

A ABERTURA DO DIÁLOGO CULTURAL COMO FORMA DE REALIZAR-SE A JUSTA REPARTIÇÃO DOS BENEFÍCIOS COM AS POPULAÇÕES TRADICIONAIS

Conforme visto, a valoração dos recursos naturais, bem como a repartição dos benefícios com as populações tradicionais é exercício multidisciplinar que necessariamente deve considerar outras áreas do conhecimento, sobretudo, a partição das próprias populações tradicionais, resguardadas – ainda que aparentemente – pela Lei da Biodiversidade (Lei 13.123 de 2015).

Um caso emblemático sobre o assunto foi do adoçante Stevia, dos Guaranis, no Paraguai, aqui o problema foi a ausência de repartição de benefícios com a população Guarani que utilizava das propriedades do Stevia a muito tempo e que produziu uma campanha mundial (Berne Declaration) em favor dos indígenas, que foram posteriormente recompensados e tiveram suas terras demarcadas[65]. Nesse caso, não houve – pelo menos

[65] IDO, Vitor Henrique Pinto. **Direitos Intelectuais indígenas no Brasil: instrumentos jurídicos e conflitos ontológicos**. Revista de Direitos Empíricos de Direito. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies, vol. 5, n. 3, dez. 2018, p. 176-186, p.

inicialmente – repartição de benefícios, tampouco participação das comunidades tradicionais nas tratativas sobre a repartição dos benefícios.

Nesse contexto, segundo Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Nathalia Bastos do Vale, alguns dispositivos do novo marco da biodiversidade – Lei 13.123 de 2015 – destoam do que Jurgen Habermans propõe em sua Teoria Discursiva. Isso porque, para Habermans a legitimidade da norma está na ampla participação de todos os atores envolvidos no assunto, com iguais oportunidades de se expressar.

Para os autores, a Lei número 13.123 de 2015 não refletiu os interesses das populações tradicionais envolvidas, bem como não abriu possibilidades às populações para participação[66].

Nesse contexto, a linguagem funciona como pedra angular a todos os direitos. Sem participação por meio da linguagem não há legitimidade na norma, ou seja, a razão deve ser utilizada de forma a libertar o ser humano e não de forma instrumental, a servir interesses.

A chamada teoria da razão comunicativa, donde a razão comunicativa transformada em agir comunicativo, proporciona uma efetiva democracia. Isso porque, quando no processo legislativo não há participação concreta de todos os atores sociais envolvidos, acaba-se por alcançar apenas uma democracia aparente[67].

É certo que alguns assuntos, em especial, os conhecimentos tradicionais associados (CTA) à biodiversidade possuem vários grupos sociais envolvidos (Estados, sociedade civil, multinacionais, populações tradicionais e assim por diante). Ocorre que, sobretudo, as minorias devem ser ouvidas no processo de construção normativa porque a teoria da razão comunicativa pressupõe pelo menos dois polos que podem concordar e discordar sobre muitos pontos.

O agir comunicativo implica no direito de discordar. O que também não ficou expresso na Lei da Biodiversidade (Lei número 13.123 de 2015).

---

[66] RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; BRITO, Nathalia Bastos do Vale. **Participação das comunidades tradicionais na lei de acesso aos recursos genéticos: diálogos com a Teoria Discursiva em Habermas**. Revista brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 14, n.1, p. , Jan-Abr., 2018.

[67] Idem.

Por obvio é difícil haver um consenso total do conteúdo da norma, mas pode haver uma redução de desigualdades e uma proteção da biodiversidade muito maior[68].

Habermans entende que a sociedade vive o esgotamento de um modelo de racionalidade que se tornou predominante e que esta não trouxe consequências benéficas, já que por ser reducionista e instrumental, abre possibilidade para um processo de opressão e dominação, no qual a razão é utilizada como meio para controlar a natureza e submetê-la aos domínios técnicos-científicos.

Em linhas gerais, a Teoria Discursiva de Habermans, baseada na teoriza da razão comunicativa e materializada no agir comunicativo pressupõe antagonismo, debate, voz aos interesses. E nessa linha, desponta a importância das "condições ideias de fala" no sentido de igualdade de oportunidades de se expressar, articular ideias sem cerceamento. Seus interesses devem estar em pauta. E a acessibilidade das minorias, das populações tradicionais, quando da elaboração normativa se dá inclusive por meio de políticas públicas.

A principal crítica do Decreto que antecedeu a Lei da Biodiversidade foi a burocracia da pesquisa sobre os recursos naturais (bioprospecção). No projeto de Lei 7.735 de 2014 – o qual resultou mais tarde na Lei da Biodiversidade – foi ínfima a participação das Universidades.

Na Câmara dos Deputados o projeto foi analisado por um grupo especial, que não realizou audiência pública. No Senado Federal, houve audiência pública, porém como o assunto é de extrema complexidade, houve pouco consenso acerca do conteúdo normativo. Frise-se que houve deficiência na participação das populações tradicionais e também dos agricultores de pequeno porte[69].

A privação na participação da elaboração da Lei da Biodiversidade deixou as populações tradicionais completamente insatisfeitas, o que foi reproduzido na Carta Circular Aberta, elaborada pelas próprias comunidades e assinada por 80 entidades da sociedade civil.

Ocorre que, uma carta não abre possibilidade para discussão no sentido de argumentação, contestação, controvérsia. É apenas um chamamento unilateral que traduz

---

[68] Idem.

[69] RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; BRITO, Nathalia Bastos do Vale. **Participação das comunidades tradicionais na lei de acesso aos recursos genéticos: diálogos com a Teoria Discursiva em Habermas**. Revista brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 14, n.1, p. 12

irresignação. Apenas o setor empresarial foi protagonista na discussão, não foram concedidas as mesmas oportunidades de fala e de tempo de fala aos povos tradicionais.

Assim, de acordo com a Teoria Discursiva de Habermans, a Lei da Biodiversidade número 13.123 de 2015 não é legitima porque não espelha todos os interesses envolvidos[70].

Ocorre que as populações tradicionais têm papel central nessa discussão desenvolvimentista via repartição justa de benefícios. São muitos interesses envolvidos no que diz respeito aos conhecimentos tradicionais associados (CTAs). Interesses legítimos, autênticos, verdadeiros, para o bem, como interesses arbitrários, clandestinos, infundados, para o mal. E a apropriação dos recursos naturais tem consequências benéficas e maléficas que devem ser repartidas. Por isso, a necessária abertura do diálogo tanto do ponto de vista com outras áreas do conhecimento técnico (economia, física, química e assim por diante), como sob a perspectiva cultural (populações tradicionais).

De tudo o que até aqui foi dito, restou claro que a Lei da Biodiversidade errou em estabelecer valores fixos na repartição de benefícios porque não considerou variáveis importantes (ecológica e social) na valoração dos recursos e, mais, a elevada complexidade do assunto hoje nos força a chamar ao diálogo outras linhas dos conhecimentos (economistas, biólogos, químicos e assim por diante) e as próprias comunidades tradicionais, que estão envolvidas diretamente com o tema. É utópico pensar em uma legislação realmente protetora da biodiversidade e da justa repartição dos benefícios decorrentes dos conhecimentos tradicionais associados (CTAs) que afaste a interdisciplinariedade.

CONCLUSÃO

Intentando não se distender com discursos radicais foi possível extrair: que há um problema de consciência em perceber a Terra como um todo igualitário; que há um problema cultural e metodológico na construção das disciplinas que fundamentam as tomadas de decisões, tendo em vista que não inserem os recursos naturais /natureza no centro dos

[70] RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; BRITO, Nathalia Bastos do Vale. **Participação das comunidades tradicionais na lei de acesso aos recursos genéticos: diálogos com a Teoria Discursiva em Habermas**. Revista brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 14, n.1, p. ,

respectivos conteúdos; que a biodiversidade é uma promessa e realidade para os países megadiversos; que a bioprospecção é lícita; que a biopirataria é bioprospecção ilícita; que deve haver uma abertura do diálogo com outras ciências quando da elaboração de normas relacionadas à biodiversidade e à justa repartição dos benefícios decorrentes dos conhecimentos tradicionais associados (CTAs), como economia, química, sociologia e assim por diante; que deve haver uma abertura no diálogo cultural com as próprias populações tradicionais, pois na prática são as mais afetadas pelas tomadas de decisões com relação à biodiversidade, aos contratos de repartição de benefícios e aos conhecimentos tradicionais associados (CTAs); que o assunto é deveras complexo, razão pelas quais normas efetivas sobre o assunto devem levar em consideração não apenas o conhecimento jurídico; que o modelo contratual clássico é insuficiente às complexidades contemporâneas afetas a biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais associados (CTAs); que há uma tendência para constitucionalização do Direito Civil no sentido de permear os contratos com aspectos não meramente econômicos; que os contratos podem apresentar uma solução nesse momento, desde que adaptados ao momento histórico experimentado; que a noção da propriedade tradicional é ultrapassada para problemas que envolvem a biodiversidade; que a valoração dos recursos naturais está diretamente amarrada à repartição justa dos benefícios provenientes da biodiversidade; que de acordo com a Teoria Discursiva de Habermans, a Lei da Biodiversidade (Lei 13.123 de 2015) é ilegítima – ou melhor, dizendo, alguns dos seus dispositivos (artigos 19, 20 e 21) estão em evidente desacordo com tudo o que a norma preconiza, inclusive com tratados internacionais sobre o assunto; que como a valoração da biodiversidade está diretamente ligada á diferentes percepções do mundo, a comunicação é elemento indispensável no processo de valoração dos recursos naturais, por isso a necessidade da abertura do diálogo cultural efetiva às populações tradicionais na formação de normas e políticas públicas sobre o assunto; que quando a Lei da Biodiversidade prevê sobre a repartição de benefícios na modalidade monetária, nos artigos 20 e 21, um teto de 1% (um por cento) com possiblidade de redução para até 0,1% (um décimo), desconsidera uma complexidade de fatores dos recursos naturais e populações tradicionais; que a Lei da Biodiversidade não engloba a importância que o recurso natural representa para o equilíbrio ecológico em escala regional e global, tampouco compreendem seu significado cultural/religioso para a população tradicional detentora daquele conhecimento tradicional associado à biodiversidade (CTAs) e, que a Lei da Biodiversidade (Lei 13.123 de 2015) é bastante rudimentar nesse ponto – de fixação de valores – sobre repartição dos benefícios com as populações tradicionais detentoras dos conhecimentos tradicionais associados (CTAs).

REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI NÚMERO 13.123 DE 2015 (LEI DA BIODIVERSIDADE) Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm> Acesso em 10 out. 2019.

BRITO, Ana Carolina Lucena; POZZETTI, Valmir César; **Biodiversidade, conhecimentos tradicionais associados e repartição de benefícios**. V., 69 - Janeiro/Junho, 2018.

CANHOTO, Olinda. **Palestra sobre a "Biotecnologia na Amazônia e o potencial da biodiversidade para a inovação**". Centro de Biotecnologia da Amazônia – CBA – 1 Expedição Amazônia 21, oferecida pela Academia Amazônia Ensina, realizada na cidade de Manaus, na Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Tupé, Parque nacional de Anavilhanas, Parque Estadual Rio Negro setor norte, área de Preservação Ambiental do Alto Cueiras e Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Rio Negro. 27 de janeiro a 3 de fevereiro de 2019.

_____ DECRETO 8750 DE 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8750.htm> .

GARCIA, JUNIOR. Palestra proferida pelo professor do departamento de economia da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e economista Junior Garcia, no Campus Botânico, mas especificamente no Setor de Ciências Sociais Aplicadas, no dia 23 de outubro de 2019, sobre "Valoração dos recursos naturais".

IDO, Vitor Henrique Pinto. **Direitos Intelectuais indígenas no Brasil: instrumentos jurídicos e conflitos ontológicos**. Revista de Direitos Empíricos de Direito. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies, vol. 5, n. 3, dez. 2018, p. 176-186.

MESSIAS, Marcos Perez; LEITE, Werley Barbosa. **Bioprospecção dos recursos genéticos dos conhecimentos tradicionais associados no Brasil: autorização ou liceça administrativa?** Revista de Direito e Política. Volume 16 – jan-abril – 2008 – Ano V. São Paulo: Letras Jurídicas, p.

NOBRE, Carlos. **Amazônia e Bioeconomia**. USP TALK. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=k-AOoopfwwA> Acesso em: 14 de ago. de 2019.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009.

RIBEIRO, Hebe Morganne Campos; FERREIRA, Fernanda Neves. **O valor da biodiversidade e o mecanismo de acesso e repartição de benefícios na Amazônia**. Beatriz Souza Costa. Anais do "V Congresso Internacional de Direito Ambiental e Desenvolvimentos Sustentável: Pan-Amazônia – Integrar e Proteger" e do "I Congresso da Rede Pan-Amazônia". Belo Horizonte: Editora Dom Helder, 2018.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; BRITO, Nathalia Bastos do Vale. **Participação das comunidades tradicionais na lei de acesso aos recursos genéticos: diálogos com a Teoria Discursiva em Habermas**. Revista brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 14, n.1.

SANTOS Deyvison Luz; MORAES, Jones Souza; ARAÚJO, Zilah Therezinha de Souza; silva, Iracely Rodrigues da; **Saberes tradicionais sobre plantas medicinais na conservação da biodiversidade amazônica**. Universidade Estadual de Campinas. Ciências em Foco, v. 12, n. 1, p. 86-95,2019, p. 86.

SHIRAISHI NETO, Joaquim; RIBEIRO, Thayana Bosi Oliveira; RABÊLO, Laíza Braga. **A proteção do conhecimento tradicional associados à biodiversidade diante de um novo marco legal**. Revista de Direito econômico e socioambiental, Curitiba, v. 9, n. 3, ISSN 2179-8212, p. 161-184, set. /dez., 2018.

CIBERESPAÇO: O DISCURSO DE ÓDIO COMO LIMITE LEGÍTIMO AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

CYBER SPACE: HATE SPEECH AS A LEGITIMATE LIMIT TO THE EXERCISE OF FREEDOM OF EXPRESSION

O escritor Umberto Eco, citado por Silva, por ocasião do recebimento do título de doutor *honoris causa* em Comunicação e Cultura, assim se manifestou em discurso proferido na Universidade de Turin:

> "As redes sociais deram o direito à palavra a legiões de imbecis que, antes, só falavam nos bares, após um copo de vinho, e não causavam nenhum mal para a coletividade. Nós os fazíamos calar imediatamente, enquanto hoje eles têm o mesmo direito de palavra do que um prêmio Nobel. É a invasão dos imbecis."[71]

Comparado a outros meios de comunicação que há tempos já existia, como a imprensa, a televisão e o rádio, o surgimento da rede mundial de computadores trouxe como marca distintiva a codificação digital da informação. Isso significa, de forma particular, que o tratamento das informações passou a ser fluido, rápido e acessível em tempo real, hipertextual e interativo.

Pode-se afirmar que o modo de produção e propagação de informações foram profundamente modificados. De uma hora para outra, surgiu o ciberespaço e as pessoas, cada uma por si, foram tendo acesso e aprendendo a usar. Foi a democratização das informações e do direito de se expressar através da rede mundial de computadores.

Conceitualmente, ciberespaço é um espaço de comunicação inaugurado pela interconexão mundial dos computadores abrangendo a infraestrutura material da comunicação

---

[71] SILVA, Yane Marcelle Pereira. **"ESSES NORDESTINOS...":discurso de ódio em redes sociais da *internet* na eleição presidencial de 2014**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Centro de Estudos Avançados Multidisciplinar, 2016, p. 57.

digital, o universo oceânico de informações que ela abriga, bem como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo.[72]

Através do ciberespaço, teoricamente, qualquer usuário da internet pode fazer uso de ferramentas de comunicação interativas, tais como páginas pessoais, fóruns, blogs, grupos de discussão e compartilhamento, comunidades virtuais. Com isso, em tese, é ampla a potencialidade de os sujeitos se auto representarem no virtual, tendo ao seu dispor um espaço, um púlpito que pode ser utilizado para externar opiniões, gostos, expressar visões de mundo, julgamentos, posicionar-se publicamente. Os sujeitos que acessam o ciberespaço possuem diversos canais de manifestação, podendo formar uma rede de apoiadores de suas ideias e gozar de alguma autoridade.[73]

É fato que a existência de opiniões diferentes em uma sociedade pluralista. Somado a isto, tem-se que o sistema de informação no Brasil foi edificado assimetricamente e tendente a exclusão de pessoas e grupos que acharam nessas redes sociais o instrumento disseminarem conteúdos de todos os tipos e, assim, aumentando a desarmonia.[74]

Retomando o discurso de Umberto Eco, a afirmação do escritor revela um certo incômodo quanto à ampliação do direito à palavra no ciberespaço, antes seletivo e concentrado em autoridades intelectuais, políticas e midiáticas. Por outro, o que Eco chama de "mal para a coletividade" seria trazido pelos sujeitos que não mais conseguem ser calados. Estaria o cerne do problema, desse mal, nas redes sociais ou mesmo na *internet,* ao criarem espaços que pluralizam o direito de fala?[75]

A internet surge como espaço que reflete desigualdades e contradições existentes na sociedade e que acaba por impactar numa desigualdade na representação dos sujeitos, devendo tal situação ser considerada na observação dos fenômenos desse contexto.

O fato que deve ser encarado é que a internet abriu portas para tudo quanto é tipo de manifestação, uma forma de comunicação que intensifica a linguagem entre as pessoas,

---

[72] LÉVY, P. A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2003, p.14.

[73] SILVA, Yane Marcelle Pereira. "ESSES NORDESTINOS...":discurso de ódio em redes sociais..., 2016, p. 55.

[74] STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM)**, v. 10, n. 2, 2015, p. 6.

[75] Op. cit, p. 58.

que favorece (talvez?) o abuso da liberdade de expressão e, desse modo, entrou com maior intensidade a veiculação do "discurso de ódio", ecoando nas redes sociais sob a desculpa de ser uma terra sem lei.

Quanto ao tema da facilidade do alastramento das redes sociais, o motivo se dá pela atual democratização da educação e à evolução dos meios de comunicação. A evolução ocorreu em todos os meios de comunicação, rádio e televisão, mas sobretudo na internet. É certo que tudo isso colaborou para um maior e mais rápido compartilhamento de informações, mas, não há como negar, que também favoreceu os conteúdos prejudiciais, dentre eles, o discurso de ódio, além de dificultar qualquer tipo de investigação para se chegar ao autor de um discurso odiento.[76]

A difusão de mensagens de ódio através da internet e que ofende bens jurídicos penalmente protegidos, chama-se de ciberódio. Esse ciberódio atrai a discutida tensão entre direitos fundamentais e a solução jurídica para o conflito suscitado finalmente passará por uma inevitável avaliação constitucional dos bens confrontados, uma vez que, diante do direito fundamental à liberdade de expressão, por um lado, existem os direitos fundamentais à honra, dignidade ou direito. não ser discriminado, sobre o qual o legislador construiu alguns dos tipos criminosos que integram (mas não esgotam) a categoria de "crimes de ódio", como um reverso desses direitos fundamentais.[77]

Entretanto, essa "terra sem lei" que alguns julgam ser a internet, é uma visão completamente equivocada. Como já visto anteriormente, essas manifestações entendidas como "discurso de ódio" não estão protegidas pelo direito fundamental da liberdade de expressão. O direito de se expressar através da internet (em seus diversos segmentos) não é absoluto. Assim como nos demais espaços da vida em sociedade, no ciberespaço os usuários

---

[76] SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe. **Discursos de ódio em...,** 2011, p. 449-450.

[77] "[...] dentro de la categoría del ciberodio fundamentalmente se encuadran las realizadas bajo el pretendido amparo del ejercicio de la libertad de expresión o, lo que es lo mismo, la difusión de mensajes de odio a través de este medio. En esta medida, la solución jurídica al conflicto planteado pasará finalmente por una inevitable valoración constitucional de los bienes confrontados, pues frente al derecho fundamental a la libertad de expresión, por un lado, se encuentran los derechos fundamentales al honor, la dignidad o el derecho a no ser discriminado, sobre los cuales el legislador ha construido algunos de los tipos delictivos que se integran (aunque no agotan) la categoría de «crímenes de odio», como reverso de estos derechos fundamentales." – tradução livre - (TOQUERO, M.ª Aránzazu Moretón. El ciberodio, la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión. **Revista Jurídica de Castilla y León**. n.º 27, mayo/2012. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4224783 Acessado em: 23 nov. 2019).

também se sujeitam a limites morais, éticos e jurídicos, bem como à responsabilização pelos danos causados.

Em âmbito internacional, poucos países contemplam especificamente o ciberódio em suas legislações, sendo que a solução dos conflitos que surgem através da *internet* é resolvida mediante a aplicação de legislação geral, incluindo a internet entre o gênero "mídia".[78]

O Direito brasileiro, tal como se mostra hoje, tem encontrado muitos desafios pelos constantes acontecimentos no ambiente social, sobretudo nas questões de propagação de conteúdos destinados a inflar o ódio de uma maneira geral. Corrobora para isto, o fato da legislação pátria não conceder, ainda, tratamento legal específico para a maioria dos discursos de ódio existentes. Apenas alguns discursos de ódio possuem uma legislação específica.

Nesse sentido, a Lei n. 7.716/89, em seu artigo 20, §3°, II e III, prescreve sendo "crime a prática de discriminação por critério de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional", permitindo que o juiz "determine a extinção das transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio, bem como a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores", acrescentando em seu §1º a punibilidade de atos divulgadores do nazismo.[79]

Destarte, qualquer discurso portador do conteúdo acima listado, é considerado crime para a lei brasileira. Aos demais discursos danosos, ensina Sarlet, a lei não previu seu tratamento como crime; contudo, deve ser aplicado a estes discursos medidas que se compatibilizam com o princípio da dignidade humana. Isso porque, esse princípio é norma fundamental de eficácia plena que valida e confere unicidade à ordem constitucional brasileira e aos princípios a ele ligados, como a igualdade tanto perante a lei como o de gênero e a proibição do tratamento desumano ou degradante.[80]

---

[78] "En el ámbito internacional, como ocurre con la categoría de delitos de odio, son pocos los países que contemplan el ciberodio de forma específica en su legislación. La solución a los conflictos que surgen a través de Internet son resueltos mediante la aplicación de la legislación general incluyendo Internet entre los medios de comunicación." – tradução livre - (Ibidem, 2012, p. 15).

[79] STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Liberdade de expressão e discurso do ódio...,** 2015, p. 8.

[80] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito...**, 2017, p. 91.

Uma vez que, dentro desse contexto há, no ordenamento jurídico brasileiro, discursos de ódio considerados crimes e outros tidos como não crime, é importante ressaltar que, em ambos, os conteúdos violam direitos fundamentais e são danosos. No entanto, apenas aqueles que são considerados crimes, é que a lei comina uma pena por sua prática.[81]

Já no âmbito dos Tratados Internacionais, pode-se citar diversos princípios elencados que proíbem a propaganda a favor da guerra , a disseminação ao ódio nacional quanto a raça ou religião; a proibição de discriminação racial; princípios que visam acabar com a violência contra a mulher e, também, princípios relacionados à liberdade de expressão, no qual é aconselhado a elaboração de um texto de lei que trate do discurso do ódio.[82]

Conclui-se, dessa forma, que há uma viabilidade concreta de limitação da liberdade de expressão frente ao discurso de ódio. Mesmo frente a falta de um regramento específico quanto ao discurso de ódio, a concretização desse discurso como limite ao direito da liberdade de expressão, em especial o veiculado pela internet, está ganhando cada vez mais importância e efetividade em leis e tratados relativos ao combate à discriminação e à intolerância, tendo em vista que se aproveitam da liberdade de expressão para alastrar violência através do discurso de ódio.

CONCLUSÃO

A liberdade de expressão é a máxima dentro das liberdades clássicas, compreendida como uma autonomia que o sujeito possui e consagrada, há tempos, pelo Estado como um direito fundamental, estando presente nas Constituições.

No sistema liberal é entendida como negativa caracterizando-se pelo Estado não dever intervir em assuntos sobre a liberdade de expressão, isto é, o Estado deve ser neutro sobre o conteúdo da expressão. Já no modelo social, existe um cuidado em regulamentar a liberdade de expressão como direito fundamental que encontra limites.

---

[81] SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe. **Discursos de ódio em...,** 2011, p. 450.

[82] STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM)**, v. 10, n. 2, 2015, p. 5.

Não tem como ignorar o fato de que a liberdade deve conviver em harmonia com o ordenamento jurídico, respeitando todas as outras normas constitucionais, sendo, portanto, um direito sujeito a limites. Sendo assim, haverá sempre a ponderação de valores em face de conflitos entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais.

A liberdade de expressão, tida como a externalização do pensamento, se apresenta em conflito com outros direitos protegidos constitucionalmente e, dentro dessas hipóteses, estão as manifestações de conteúdo violento, intolerante e preconceituosos, definido como discurso de ódio. O meio de veiculação mais atual do discurso de ódio é através do ciberespaço.

Restou claro que o ciberespaço não é tratado como um espaço sem lei, em que tudo se pode fazer ou expressar-se. Cada vez mais leis e tratados estão concretizando o discurso de ódio como limite legítimo ao direito da liberdade de expressão.

Logo, o debate acerca dos limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio é relevante e ganha espaço nas ciências jurídicas porque, embora trate de um problema antigo, algumas questões continuam sendo tratadas de forma superficial sendo de extrema necessidade uma lei específica sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.. Revista de Direito Administrativo, n. 235, jan./mar. 2004. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026 Acessado em: 25 nov. 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

2007. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/541 Acessado em: 23 nov. 2019.

CASTRO, Matheus Felipe; FREITAS, Riva Sobrado. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão**. Sequência,** Florianópolis, n. 66, p. 327-355, jul. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/seq/n66/14.pdf Acessado em: 23 nov. 2019.

FARIAS, Edilson Pereira. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional.** Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina UFSC, 2001. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/79426/182787.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acessado em: 23 nov. 2019.

FRANCA LUNA, Nevita; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e Discurso de ódio no Brasil. **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN** – v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014.

HABERLE, Peter. **A dignidade humana e a democracia pluralista – seu nexo interno.** Tradução de Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*: algumas aproximações. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007,

LÉVY, P. A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2003.

LOURINHO, Luna Cléa Corrêa. Os limites da liberdade de expressão: uma análise sobre a liberdade negativa e a liberdade positiva. In: Revice - **Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v.2, n.1, p. 460 - 467, jan./jul. 2017. Disponível em:

https://periodicos.ufmg.br › index.php › revice › article › download Acessado em 23 nov. 2019.

MELO, Auricélia do Nascimento. Liberdade de expressão: um direito fundamental na concretização da democracia. Fortaleza: Premus, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n.16, p. 1-39, maio/jul./ago., 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: campo de tensão. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 6, n. 6, p. 1- 10, jul./dez., 2009. Disponível em: http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/6 Acessado em 23 nov. 2019.

SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 7, n. 2, p.445-468, dez. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-43220110002000004&script=sci_abstract&tlng=pt

Acessado em 23 nov. 2019.

SILVA, Yane Marcelle Pereira. **"ESSES NORDESTINOS...":discurso de ódio em redes sociais da *internet* na eleição presidencial de 2014**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Centro de Estudos Avançados Multidisciplinar, 2016.

STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM)**, v. 10, n. 2, 2015.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira. Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp125727.pdf Acessado em: 25 nov. 2019.

TOQUERO, M.ª Aránzazu Moretón. El ciberodio, la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión. **Revista Jurídica de Castilla y León**. n.º 27, mayo/2012. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4224783 Acessado em: 23 nov. 2019.

CRIMES ELEITORAIS E COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL: UMA ANÁLISE DO INQ. 4435 STF[83]

ELECTORAL CRIMES AND COMPETENCE OF ELECTORAL JUSTICE: AN ANALYSIS OF INQ. 4435 STF

Rui Carlo Dissenha84

Paulo Silas Filho85

INTRODUÇÃO

No quarto Agravo Regimental no Inquérito 4.435-DF, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento, por maioria, no sentido de estabelecer a Justiça Eleitoral como a competente para julgar os crimes conexos aos eleitorais. A votação foi apertada. Votando em determinado sentido, os Ministros Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, enquanto votando em sentido diverso, os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Carmem Lúcia[86]. Seis votos a cinco, portanto. Conforme se fez constar na ementa do acórdão, "*compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe*

[83] Artigo apresentado como requisito para a conclusão das atividades do Grupo de Pesquisa Recortes da relação entre Judiciário, Executivo e Legislativo na perspectiva penal: a conformação do poder punitivo diante da complexa interação entre Poderes (UNINTER), coordenado pelo professor Rui Carlo Dissenha

[84] *Diplôme Supérieur de l'Université* na *Université Paris II/Panthéon-Assas*. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. *Masters in Law* em Direito Internacional Público com especialização em Direito Penal Internacional na *Leiden University*. Doutor em Direito Humanos pela Universidade de São Paulo com pesquisas doutorais realizadas na *Università di Bologna*. Professor da graduação e da pós-graduação (stricto sensu) do Centro Universitário Internacional (UNINTER) e da Universidade Federal do Paraná nas disciplinas de Prática Penal e de Direito Penal. Advogado. E-mail: rui@dissenha.adv.br.

[85] Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER); Especialista em Ciências Penais; Especialista em Direito Processual Penal; Especialista em Filosofia; Professor de Processo Penal na Universidade do Contestado (UnC); Professor de Direito Penal no Centro Universitário Internacional (UNINTER); Professor na pós-graduação em ciências criminais da FESP; Advogado; Membro da Comissão de Prerrogativas da OAB/PR; Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura; Diretor de Relações Sociais e Acadêmico da Associação Paranaense dos Advogados Criminalistas (APACRIMI); E-mail: paulosilasfilho@hotmail.com

[86] STF. Quarto Agravo Regimental no Inquérito n. 4.435/Distrito Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. Acórdão. Julgamento em 14/03/2019.

forem conexos", de modo que nesses termos a questão foi sedimentada com base em previsão constitucional e legislação ordinária.

Assim, a discussão trazida à pauta pelo Supremo Tribunal Federal acabou por estabelecer, no julgado em comento, que a cabe à Justiça Eleitoral o processamento e julgamento de crimes eleitorais e delitos comuns eventualmente conexos, prevalecendo, portanto, a competência da Justiça Eleitoral sobre a Justiça Comum nesses casos[87]. A importância do tema é notória e merece análise aprofundada uma vez que pode implicar em sérias modificações estruturais no processo penal ao considerar as possíveis consequências da escolha de uma ou outra Justiça a partir de critérios de especialização, estruturação ou outro argumento justificador eventualmente eleito.

Diante disso, considerando que a discussão temática não se limita ao caso em comento, uma vez que o tema permeia o campo jurídico em suas variadas manifestações – doutrina e jurisprudência –, busca-se analisar o Inquérito 4435 do Supremo Tribunal Federal e a produção doutrinária que enfrenta a questão nesse especificidade, com o fim de se buscar estabelecer o melhor entendimento acerca da competência da Justiça Eleitoral quando crimes eleitorais forem conexos com crimes comuns. Ou seja, busca-se debater se foi mesmo acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal e por quais motivos.

O trabalho foi discutido e desenvolvido sob a égide das pesquisas realizadas junto ao grupo de estudos "Recortes da relação entre Judiciário, Executivo e Legislativo na perspectiva penal: a conformação do poder punitivo diante da complexa interação entre Poderes". Objetivando uma ampla abordagem sobre o tema, o plano de trabalho estabelecido previamente discutiu, em três momentos diferentes, as seguintes questões: (i) quais são as normativas aplicáveis à definição de competência para crimes eleitorais, especialmente para verificar a sua correlação com complexos crimes de corrupção; (ii) qual o teor da discussão dos votos da decisão em comento, escrutinando os argumentos apresentados pelos julgadores do STF; (iii) quais proposições críticas dos argumentos usados pelos julgadores podem ser feitas diante da dogmática aplicável e da principiologia sensível, bem como a partir da contextualização das consequências da decisão para a atuação investigativa do Poder Executivo e do Ministério Público. Entretanto, é importante esclarecer que neste trabalho

[87] Diz a ementa do julgado: "COMPETÊNCIA – JUSTIÇA ELEITORAL – CRIMES CONEXOS. Compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos – inteligência dos artigos 109, inciso IV, e 121 da Constituição Federal, 35, inciso II, do Código Eleitoral e 78, inciso IV, do Código de Processo Penal".

desenvolve-se um recorte mais estrito do julgado, analisando-se a decisão do STF apenas no tocante à questão da competência da Justiça Eleitoral poder ou não ser excepcionada. Isso porque é esse o tema que mais se adequa a linha de pesquisa do projeto desenvolvido.

Todos os debates também foram orientados por uma bibliografia especializada que, apensar de rarefeita, veio ao debate comum por conta justamente das discussões trazidas à baila pela discussão no STF. Portanto, acompanha a metodologia exploratória da análise do caso, uma pesquisa bibliográfica profunda na doutrina contemporânea sobre o tema, especialmente crítica. Assim tendo sido feito, deu-se início à abordagem reflexiva sobre o tema, produzindo-se uma análise crítica por meio do presente escrito.

Salientadas as questões metodológicas que orientaram o presente trabalho, evidencia-se a importância da abordagem sobre a temática. Como é notório, nos últimos tempos o cenário jurídico brasileiro vem passando por um forte escrutínio midiático que tem um foco ainda maior quando se tratam das decisões da mais alta corte do país. Como consequência, não é raro que algumas operações policiais e seus consequentes processos acabem recebendo atenção especial da população, criando-se um vetor de pressão importante sobre as decisões do Poder Judiciário. Esse poder não parece imune a essa potestade popular e, por isso, existe o risco de que decisões sejam determinadas com fundamentos divergentes daqueles expressos em textos normativos. Nesse contexto, portanto, e especialmente em temas delicados como o "combate à corrupção", por exemplo, políticas criminais passam, também, a serem engendradas pelas decisões dos tribunais, especialmente do STF, dado seu caráter de instância constitucional em substituição aos clássicos papéis exercidos pelos poderes Legislativo e Executivo.

Diante desse cenário em que parcela de representantes do Poder Judiciário passa a adotar uma postura mais ativa (qualquer que seja a justificativa embasante para tal agir), decisões têm sido norteadas mais por aportes utilitaristas do que legais, rejeitando-se textos normativos claros em favor de interpretações complexas de princípios constitucionais. E os efeitos de decisões nessa linha podem acarretar complexas consequências, inclusive na própria estrutura do Poder Judiciário, mas certamente servem a tornar ainda mais complexa a relação entre poderes e a construção ordenada e coesa de políticas públicas. Os efeitos desse quadro diante do tema proposto, aquele da definição precisa da competência criminal na Justiça Eleitoral conforme estabelecido no Agravo Regimental no Inquérito 4.435-DF pelo STF, repercutem diretamente na esfera processual penal. No cenário observado parece

produzir-se uma espécie de "aposta subjetiva", e não normativa, em determinadas Justiças (num viés organizacional-estrutural), como se algumas fossem mais estruturadas ou preparadas para lidar com determinados tipos de processo ou crimes. O debate em torno disso, com base em situações práticas que ocorreram justamente diante do cenário ora em comento, resultou na discussão que aqui se lança sobre o julgamento do Inquérito 4435 do STF. É do que se passa a tratar.

A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL ESTABELECIDA NO INQUÉRITO 4435 DO STF: OS VOTOS DOS MINISTROS SOBRE A QUESTÃO

O quarto agravo regimental no inquérito 4.435 DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, trazia à discussão diversas questões de ordem processual. Dentre os requerimentos formulados pelos agravantes, no qual pleiteavam a reconsideração de ato que foi agravado, o pedido de fixação de competência da Justiça Eleitoral do Rio de Janeiro ganhou grande enfoque no julgado, uma vez que as discussões norteadas pelos Ministros pairaram sobre a temática em questão. A razão de tal pleito se deu diante do fato de que em investigação estavam supostas práticas de crimes ditos comuns que estariam conexos com crimes eleitorais. Assim, diante da existência de uma Justiça especializada para julgar os crimes eleitorais, a atração da competência dessa Justiça via conexão deveria ocorrer para com todos os supostos crimes em investigação, cabendo assim, portanto, à Justiça Eleitoral julgar o que ali estava *sub judice.*

A dúvida mais importante que se colocava, como evidenciado nos termos do próprio julgado, era se a Justiça Eleitoral deveria mesmo julgar todos os crimes conexos aos crimes eleitorais, colocando-se em xeque a aplicabilidade absoluta do artigo 78, IV, do Código de Processo Penal, que determina que, na determinação da competência penal por conexão ou continência, "*no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta*". Afinal, para a Procuradoria Geral da República, a atribuição para análise do caso em espécie (em que havia crimes eleitorais cometidos em conexão com crimes comuns) deveria ser repartida entre a Justiça Eleitoral e a Justiça Federal, tanto por determinação de normativas de ordem constitucional quanto porque – e aqui a questão mais delicada e complexa colocada à prova do STF –, em argumentação de ordem prática, ocorreria "*ausência de aparelhamento*

da Justiça Eleitoral para processar e julgar delitos de alta complexidade, como os relacionados à Operação Lava Jato[88]".

O tema recebe ares de controverso ao considerar a já apontada divisão de votos que se deu no Supremo, uma vez que o entendimento que foi definido no julgado em questão se deu por uma apertada maioria. Seis votos a cinco definiram que compete à Justiça Eleitoral o julgamento de crimes eleitorais e aqueles a eles conexos. Mas a definição da questão foi precedida de amplo debate e de uma leitura constitucional da questão, sustentada em um substrato de ordem principiológica processual penal, que afastou, como se observa da leitura dos votos, pretensões mais pragmáticas ou de ordem utilitarista.

A pressionar a discussão sobre a questão, havia o argumento dos procuradores da "Operação Lava Jato", com a anuência da Procuradora-Geral da República, de que determinar a competência dos crimes conexos aos eleitorais para a Justiça Eleitoral acarretaria em prejuízo para o combate à corrupção no Brasil. Em que pese a existência de dispositivos legais expressos sobre a questão, o argumento nesse sentido, portanto, embasa-se num viés eminentemente utilitarista, pois se pretendia justificar a pretensão defendida com assertivas que se justificam visando um determinado fim, empregando-se aqui o termo naquele sentido que Dworkin explana:

> o pragmático adota uma atitude cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude de qualquer decisão atual.[89]

Num sentido inverso, defendia-se que a decisão sobre a competência, conforme regulada e determinada na lei processual penal, não suportava a exceção pretendida pelo órgão acusador. A argumentação de que a Justiça Eleitoral não estava apta ao julgamento das complexas questões tratadas na Operação Lava-Jato não poderia servir a suplantar a determinação legal que regulava a espécie porque, de fato, uma interpretação constitucional e

---

[88] STF. Quarto Agravo Regimental no Inquérito n. 4.435/Distrito Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. Acórdão. Julgamento em 14/03/2019, p. 04.

[89] DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 185

principiológica do processo penal não ensejaria o afastamento dos dispositivos aplicáveis em nome de raciocínios de ordem pragmática.

Analisando os votos dos julgadores, verifica-se que o Ministro Marco Aurélio fez constar em seu voto a observação de que a Constituição Federal ressalva de maneira expressa os casos cuja competência é da Justiça Eleitoral, estabelecendo que "a ressalva prevista no artigo 109, inciso IV, bem assim a interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais, afastam [...], a competência da Justiça comum, federal ou estadual, e, ante a conexão, implica a configuração [...] da competência da Justiça Eleitoral"[90]. Assim, o voto do Ministro relator foi no sentido de estabelecer a competência da Justiça Eleitoral para julgar os crimes dito políticos e os que lhe forem conexos.

O Ministro Alexandre de Moraes iniciou seu voto fazendo questão de salientar a necessidade de um maior respeito aos Ministérios Públicos estaduais, reunificando, portanto, a Justiça como um todo, e não em compartimentos estanques. Isso seria necessário porque vários membros do Ministério Público Federal teriam feito alegações desrespeitosas aos membros do *Parquet* estadual atuantes na Justiça Eleitoral, na medida em que os teriam "*tratados com total desprezo*"[91]. Enfatizou o Ministro que "não existe [...] salvadores da pátria, não existem vigilantes mascarados", pois "o que leva um país é o fortalecimento institucional"[92] – e a conduta de diversos Procuradores da República estariam indo em sentido contrário a esse apontado fortalecimento institucional. Registrou que para além de posturas que visam criticar o trabalho desempenhado pela Justiça Eleitoral, a questão em discussão, acerca da competência *sub judice,* dizia respeito a uma interpretação constitucional da temática. Registrou não ser a Justiça Federal uma Justiça especializada por conta da matéria, pois apenas três seriam as Justiças especializadas existentes na estrutura do Poder Judiciário, sendo a Eleitoral uma delas. A questão a ser ali resolvida não seria complexa, portanto, pois tanto a jurisprudência como a própria Constituição Federal são bastante claras ao pontuar que a Justiça Eleitoral é que possui competência para julgar os crimes conexos aos crimes eleitorais. Ao final de seu voto, enfatizou que:

---

[90] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. COMPETÊNCIA – JUSTIÇA ELEITORAL – CRIMES CONEXOS. Compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos – inteligência dos artigo 109, inciso IV, e 121 da Constituição Federal, 35, inciso II, do Código Eleitoral e 78, inciso IV, do Código de Processo Penal. **Quarto Agravo Regimental no Inquérito 4.435 Distrito Federal**. Ministério Público Federal e Pedro Paulo Carvalho Teixeira. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJE 21/08/2019 – Ata n.º 115/2019. DJE n.º 182, divulgado em 20/08/2019. p. 15

[91] Idem.

[92] Ibidem. p. 18

> o Executivo entende a mesma coisa, tanto que mandou um projeto de lei complementar; o Legislativo, a mesma coisa; os tribunais. Agora, porque um determinado grupo de procuradores acha que se não forem eles a conduzir a investigação, o mundo vai acabar; porque um determinado grupo, determinadas pessoas entendem que seus juízes, os seus colegas de Justiça Eleitoral, que são do MP estadual, os juízes estaduais não têm competência - aqui competência popular - ,não tem capacidade de analisar investigações sobre lavagem de dinheiro, ou seja, o que se pretende é a criação de uma vara única central desrespeitando totalmente a Constituição; a Constituição aqui é clara em relação a isso. E não houve jamais, nesses trinta anos - é importante salientar -, mudanças jurisprudenciais, alteração;[93]

O Ministro Edson Fachin abriu a divergência nos votos ao fazer uma divisão dos fatos que estavam sob investigação em três blocos, tomando o fator temporal como critério para tal divisão. Pontuou que o Código de Processo Penal, em seu artigo 80, possibilita a cisão de processos no sentido proposto e desejado pela acusação, nesse sentido assentando como premissa a viabilidade da divisão da investigação com base nos três grupos de fatos atribuídos aos investigados[94] – e assim passou a fazer, considerando que em cada bloco existiriam investigações sobre crimes diversos, que ora determinariam a competência como sendo da Justiça Eleitoral, ora como sendo da Justiça Federal. Com relação à interpretação constitucional realizada pelo Ministro, pontuou que havia dentre os crimes investigados alguns cuja competência para julgamento seria atribuída à Justiça Federal – e que tal determinação possuiria embasamento constitucional (artigo 109), de modo que "*na hipótese de concorrência de órgãos jurisdicionais com competências igualmente fixadas na Constituição Federal, o caminho a ser tomado, à escorreita observância do princípio do juiz natural, parece[...] não ser outro senão o da cisão de processos*"[95]. Deste modo, o voto do Ministro foi no sentido de se cindir os fatos em investigação no inquérito em discussão, com a remessa da investigação sobre crimes eleitorais para a Justiça Eleitoral e a consequente remessa da parte do inquérito que versava sobre crimes comuns para a Justiça Federal.

Nesse mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso defendeu que a 2ª Turma do STF teria mudado o entendimento da corte acerca do assunto em discussão, no que foi refutado pelo Ministro Gilmar Mendes. De todo modo, o voto do Ministro Barroso se baseou na estrutura das Justiças, chegando a falar em vocação que as Justiças possuiriam para julgar

---

[93] Ibidem. p. 26

[94] No caso, discutiam-se acusações de fatos praticados nos anos de 2010, 2012 e 2014, justamente o que justificaria, na visão defendida, a cisão do processo.

[95] Ibidem. p. 37-38

determinados crimes. Mencionou que "*a Justiça Eleitoral não está aparelhada para o julgamento de casos criminais*"[96], ausência de especialização na matéria apontada essa que não significaria em demérito, chegando a fazer uma analogia com a área médica: "*afirmar que um grande oftalmologista não é o profissional adequado para fazer uma cirurgia de fígado não significa desmerecer a grandeza do oftalmologista*"[97]. O Ministro afirmou que a função do Direito Penal seria o de fazer valer a prevenção geral, pelo que o movimento contra a corrupção, observado pelas "*ações do Ministério Público Federal perante a Justiça Federal*" que "*levaram à condenação inúmeros saqueadores do Estado brasileiro*"[98] serviria e evitar crimes porque os acusados passariam a não mais delinquir pelo temor de serem punidas. Notadamente, os argumentos lançados pelo Ministro em seu voto são de cunho utilitarista, aduzindo explicitamente achar que não faria bem que fosse transferida "*depois de anos de sucesso no enfrentamento da corrupção, uma estrutura que está dando certo e funcionando para uma estrutura que absolutamente não está preparada para isso*"[99]. Assim, o Ministro Luís Roberto Barroso votou alinhado com a divergência que fora aberta pelo Ministro Luiz Edson Fachin.

A Ministra Rosa Weber lamentou o fato de a Justiça Eleitoral estar sendo "*alvo de manifestações que terminam por desprestigiá-la ou a emparelhar-lhe a qualificação*".[100] Em seu voto, analisou as teses controvertidas em discussão, pontuando o seu entendimento no sentido de que a prorrogação de competência decorreria meramente de previsões normativas infraconstitucionais, a saber, o Código Eleitoral e o Código de Processo Penal, os quais não teriam assim o condão de excepcionar a competência constitucionalmente fixada da Justiça Federal e da Justiça Eleitoral, de modo que pelo primado da supremacia da Constituição, não enxergaria no texto constitucional "*comando que autorize a prorrogação da competência em favor da Justiça Eleitoral, nas hipóteses em que se investiguem ou se processem crimes conexos afetos à competência da Justiça Federal comum*"[101]. Assim, seu voto foi no sentido de determinar a cisão do feito, remetendo-se parte à Justiça Eleitoral e parte à Justiça Federal.

O Ministro Luiz Fux iniciou seu voto pontuando que o que estava em discussão era a análise processual de uma investigação, ou seja, estando o feito na fase de inquérito,

---

[96] Ibidem. p. 71
[97] Idem.
[98] Idem.
[99] Ibidem. p. 74
[100] Ibidem. p. 78
[101] Ibidem. p. 89

pelo que em tal fase deveria se falar de atribuição e não de competência. Deste modo, propôs em sede de preliminar que estaria ali havendo "*uma antecipação em se aferir competência em inquérito*"[102], entendendo ser inadequado a discussão acerca da competência na fase inquisitorial. Sobre a matéria, estabeleceu que "*as competências absolutas são improrrogáveis*"[103], pontuando inclusive que as previsões de tipos penais constantes no Código Eleitoral são de crimes próprios, não possuindo qualquer "*vinculação com esses mega delitos de organizações criminosas*" que estariam sendo "*apurado em inquéritos*"[104]. Utilizando-se de fundamentos de análise econômica do Direito, pontuou que a eficiência da Justiça é um dos fins visados por essa ótica, de modo que entendeu, por fim, pela divisão dos fatos ali investigados, remetendo-se parte da investigação para a Justiça Eleitoral e parte para a Justiça Federal.

A Ministra Carmem Lúcia declarou que não se estaria "*a pôr qualquer tipo de questionamento sobre a eficiência da Justiça Eleitoral*", pois se trataria, ali, de "*uma questão jurídica*"[105]. Estabeleceu seu voto assim acompanhando o Ministro Edson Fachin exatamente nos termos por ele expostos, visto entender que a interpretação que melhor atenderia à finalidade da norma constitucional também deveria levar em conta que quando das previsões do artigo 78, inciso II do Código de Processo Penal e artigo 35, inciso IV do Código Eleitoral, "*sequer estava em curso no Brasil a Justiça Federal*"[106], o que justificaria a cisão do feito.

O Ministro Ricardo Lewandowski se manifestou entendendo não haver dúvidas de que, diante de um crime conexo a um crime eleitoral, competiria à Justiça Eleitoral o seu julgamento. Contrariando os argumentos que refutou em seu voto, o Ministro registrou que "*ninguém pode se arvorar mais do que qualquer outro juiz no que tange ao combate à corrupção*"[107], chegando a citar parábolas bíblicas para contrariar argumentos extrajurídicos como desse tipo. Deste modo, acompanhou integralmente o voto do relator Ministro Marco Aurélio, fixando a competência da Justiça Eleitoral para o julgamento de crimes eleitorais e os a ele conexos.

---

[102] Ibidem. p. 95
[103] Ibidem. p. 96
[104] Ibidem. p. 98
[105] Ibidem. p. 109
[106] Ibidem. p. 112
[107] Ibidem. p. 133

Para que se ilustre a veemência dos debates que se estabeleceram durante aquela sessão em plenário no Supremo Tribunal Federal, veja-se a crítica do Ministro Gilmar Mendes, que disse, referindo-se aos integrantes da "Lava Jato", que "*se estudaram em Harvard, não sabem nada. São uns cretinos. Não sabem o que é processo civilizatório. Não sabem o que é processo. Até porque quem trabalha em processo não se apaixona pelo processo*"[108]. Em seu voto, entretanto, de forma mais comedida, amparou-se na garantia do princípio do juiz natural e em demais critérios constitucionais e legais para a fixação de competência. Para o Ministro, a fixação da competência deve sempre observar certas características, como a legalidade, a imodificabilidade e a indelegabilidade, além de que se trataria "*de matéria de ordem pública, posto que fundada em princípios de interesse geral*"[109]. Acerca da conexão de crimes comuns com crimes eleitorais, pontuou que "*a tradição constitucional e a opção do legislador tem sido pela reunião dos feitos em um só Juízo, evitando-se, dessa forma, soluções díspares sobre fatos semelhantes*"[110], pelo que a opção tanto do legislador ordinário quanto a do legislador constituinte privilegiou o processamento de feitos assim perante a Justiça especializada. O Ministro assim refutou o argumento de que a competência da Justiça Federal seria absoluta, apontando nesse sentido para entendimentos anteriormente firmados em julgados pelo próprio Supremo Tribunal Federal, nos quais encaminharam-se processos que versavam sobre crimes eleitorais conexos a crimes comuns para a Justiça Eleitoral, pontuando ainda que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) segue esse mesmo entendimento – e foi justamente nesse sentido que se deu o voto do Ministro, ressaltando que "*não resta outra solução a não ser reconhecer a competência da Justiça Eleitoral para o processamento de crimes eleitorais conexos a crimes comuns de competência da Justiça Federal ou Estadual*"[111].

O Ministro Celso de Mello votou no sentido de estabelecer a Justiça Eleitoral como sendo a competente para julgar os crimes conexos aos eleitorais e se amparou principiologicamente nas premissas do juiz natural e devido processo legal para justificar o

[108] POMPEU, Ana. Supremo mantém julgamento de crimes comuns com a Justiça Eleitoral. **Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mar-14/supremo-mantem-julgamento-crimes-comuns-justica-eleitoral. ISSN: 1809-2829. Acesso em: 25/12/2019

[109] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. COMPETÊNCIA – JUSTIÇA ELEITORAL – CRIMES CONEXOS. Compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos – inteligência dos artigo 109, inciso IV, e 121 da Constituição Federal, 35, inciso II, do Código Eleitoral e 78, inciso IV, do Código de Processo Penal. **Quarto Agravo Regimental no Inquérito 4.435 Distrito Federal**. Ministério Público Federal e Pedro Paulo Carvalho Teixeira. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJE 21/08/2019 – Ata n.º 115/2019. DJE n.º 182, divulgado em 20/08/2019. p. 136

[110] Ibidem. p. 136

[111] Ibidem. p. 148

seu entendimento. Refutando os argumentos que invocavam a "impunidade" como suposta consequência de uma decisão como a que o Ministro julgou, pontuou que "*a resposta do poder público ao fenômeno criminoso* [...] *há de ser uma reação pautada por regras que viabilizem a instauração de procedimentos que neutralizem as paixões exacerbadas dos agentes da persecução penal*"[112], dizendo ainda que *"o procedimento estatal* [...] *não pode transformar-se em instrumento de prepotência nem converter-se em meio de transgressão ao regime da lei*"[113], uma vez que "*a observância dos direitos e garantias constitui fator de legitimação da atividade estatal*"[114]. Nesse sentido, o Ministro destacou que a solução dos casos trazidos ao Estado-jurisdição deve se amparar sempre na Constituição e nas leis, e não em uma "*busca pragmática de resultados*". Somado a isso, apontando para o entendimento ali firmado, demonstrou que a 2ª Turma do STF já vinha julgando no sentido de competir à Justiça Eleitoral as infrações penais comuns quando conexas a crimes eleitorais. Não obstante, trouxe um contexto histórico-constitucional, demonstrando que nas Constituições de 1946, 1967 e 1969 havia previsão expressa da conexão dos crimes comuns com os eleitorais, onde deveria prevalecer a competência da Justiça Eleitoral para o processamento desses. Na Constituição Federal de 1988, destacou o Ministro que a competência da Justiça Eleitoral como sendo a competentes nessa hipótese foi estabelecida via reserva constitucional de lei complementar, sendo que essa se faria pela Lei n.º 4.737/65, cujo artigo 35 prevê competir aos juízes da Justiça Eleitoral "*processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos* [...]" (*inciso II*). A previsão, para o Ministro, possui assento constitucional, tendo sido recepcionada pela Constituição de 1988, uma vez que não afeta "*o âmbito de atuação da Justiça Federal comum ou, quando for o caso, da Justiça Estadual comum*"[115]. Deste modo, acentuou-se que "*a competência penal da Justiça Eleitoral estende-se* [...] *aos delitos que, embora incluídos na esfera de atribuições jurisdicionais da Justiça Federal comum, guardem relação de conexidade com aquelas infrações delituosas eleitorais referidas no Código Eleitoral*"[116]. Assim, interpretando-se o que preveem os artigos 35, II do Código Eleitoral e o artigo 78, IV do CPP, "*no concurso entre a jurisdição penal comum e a especial (como a eleitoral), prevalecerá esta na hipótese de conexão entre um delito eleitoral e uma infração penal comum*", citando inclusive autores que também defendem esse entendimento.

---

[112] Ibidem. p. 153-154
[113] Ibidem. p. 154
[114] Ibidem. p. 155
[115] Ibidem. p. 162
[116] Ibidem. p. 164

Sedimentando ainda o seu entendimento, o Ministro trouxe vários julgados consoantes com o seu – trazidos do STF, do STJ e ainda dos Tribunais dos estados. É por assim ser que firmou o entendimento no sentido de que "*prevalece a competência da Justiça Eleitoral sobre a Justiça Comum* [...] *para processar e julgar os crimes eleitorais e os delitos comuns que lhes forem conexos*"[117], salientando por fim que a Justiça Eleitoral possui plena capacidade para desempenhar a função que lhe compete na seara penal.

O Ministro Dias Toffoli manifestou que seu voto seguiu a linha da jurisprudência já existente no próprio Supremo Tribunal Federal, acompanhando então o voto do relator Ministro Marco Aurélio.

Assim votaram os Ministros, razão pela qual foi proclamado que, por maioria, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que "*compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos*"[118].

ARGUMENTADO SOBRE O *DECISUM*: O QUE SE PODE ENTENDER DA DECISÃO?

Com base nas discussões presentes nos votos e aqui resumidas, há de se enfrentar a questão de saber se foi acertada a decisão estabelecida por maioria sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal.

Fica evidenciada uma discussão importante sobre a questão que parece produzir um fenômeno interessante de pressão no Judiciário que outrora era produzida no Legislativo. A norma posta cria limites aos movimentos políticos naturais no processo democrático e é justamente com essa função que a legalidade se erigiu como princípio central do sistema jurídico penal. De fato, ao racionalizar a configuração política do Estado em todas as suas formas, inclusive e especialmente no que tange à gestão do poder punitivo, a legalidade garante previsibilidade à ação do Estado e limites humanizadores às opções e opiniões políticas que o conformam. Entretanto, essa tensão se dava, na forma original da separação de poderes moderna, comumente no espaço do Legislativo – ou do Executivo, em certa medida – lugar em que agentes eleitos pela população e que, portanto, espelhavam os plurais ideais

[117] Ibidem. p. 164
[118] Ibidem. p. 181

presentes no caldo valorativo nacional, debatiam os limites para a atuação do poder público. Ao Judiciário caberia um espaço menor de gestão jurídica desses limites e, no Estado Constitucional, especialmente, de verificação da constitucionalidade das decisões do legislador, aferindo o texto legal diante dos valores centrais a um Estado Democrático de Direito.

Entretanto, causa certo espanto que a questão seja posta em termos que ultrapassam a questão jurídica. Verifica-se que os argumentos ditos *pragmáticos* (como aqueles apresentados, por exemplo, no voto do Ministro Barroso) competem com argumentos normativos e interpretativos. O que parece haver é um pretender ir além do jurídico, "interpretando" dispositivos legalmente estáticos de forma elástica para que se atinjam finalidades políticas (aqui entendidas como aquelas que se produzem pelo debate de ideias), sejam elas justificáveis ou não.

Isso parece ser natural quando o Poder Judiciário passa a assumir um protagonismo importante na construção das soluções políticas que tratam das questões mais centrais e que despertam o interesse público. E talvez não haja questões que despertem maior debate popular, no que tange à política, do que aquelas de natureza criminal. Seria por isso, portanto, que as respostas dos ministros do Supremo Tribunal Federal ao problema e a questão que lhes é posta soariam tão figadais e despertariam debates tão intensos cuja forma e a retórica, inclusive, combinam muito mais com a atuação do Poder Legislativo, não do Poder Judiciário clássico.

É importante destacar que existe alguma dissonância doutrinária sobre o tema. Evânio José de Moura Santos destaca a prevalência da Justiça Eleitoral quando da conexão de crimes, uma vez que "*essa regra vai ao encontro da Código Eleitoral (art. 35, II), considerando para fins de delimitação de competência como lei complementar constitucional (art. 121 da CF)*"[119]. A afirmativa teria tamanha força que sustenta o autor que mesmo na hipótese de prescrever o crime eleitoral em situações como similares "*subsiste a competência da Justiça especializada para o crime comum, devendo o feito seguir o seu curso regular*"[120]

[119] SANTOS, Evânio José de Moura. **Princípio do juiz natural e a competência penal da Justiça Eleitoral**. Dissertação de mestrado. São Paulo: PUCSP, 2010. p. 287

[120] Ibidem. p. 289

– sendo que tal questão já foi enfrentada pela Justiça Eleitoral e assim foi decidida (vide *HC n. 325 - TSE*[121]).

Por outro lado, entretanto, é importante, para fomentar o debate, apontar que há vozes divergentes. Para o entendimento de Silva Batini, Procuradora Regional da República, há necessidade de mudanças com relação a competência criminal da Justiça Eleitoral. A ideia defendida é a de que deveria ser excluída a "*apreciação dos crimes eleitorais que deveriam ser remetidos `justiça comum federal*"[122], pois, em seu entendimento, os "*crimes eleitorais não configuram modalidade de crime político*"[123], sendo análogos, portanto, a outros crimes, inexistindo razão de especialização da jurisdição. Em que pese reconheça que há situações que exigem a especialização de certos temas mediante a criação de varas especializadas, isso jamais se daria no âmbito da jurisdição. Nessa linha, defende-se que "*a competência criminal da justiça eleitoral padece de parcial inconstitucionalidade*"[124], dado o fato de que a estrutura e composição dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Tribunal Superior Eleitoral, que contam com advogados não togados como julgadores, não "*impede que um juiz não togado* [...] *emita juízos condenatórios ou absolutórios em ações penais*"[125]. Prezando pela agilidade na busca por soluções pacíficas aos conflitos eleitorais, o qual seria o objetivo da Justiça Eleitoral, a autora pontua como urgente a necessidade de alteração pelo legislador das regras de conexão e continência previstas no processo penal brasileiro, que determinam a prevalência da Justiça Eleitoral nos casos ora em discussão. A justificativa se dá especialmente com base na "Operação Lava Jato", cujo processo (e seus vários desdobramentos) não comportaria ser julgado no âmbito da Justiça Eleitoral[126]. É por essas razões que a autora defende que a Justiça Federal é que deve ficar com a tarefa da competência criminal nos casos em apreço.

Sobre o tema, Aury Lopes Junior pontua que "*na relação da Justiça Eleitoral com as Justiças Comuns (Federal e Estadual) existe uma prevalência da Especial Sobre a Comum*"[127], estabelecendo que no caso da Justiça Especial Eleitoral, essa sempre prevalecerá sobre a Justiça Comum, de modo que, quando em situações de conexão de crime comum com

---

[121] TSE – HC: 3254420156000000 São Paulo/SP 117282015, Relator: Min. João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 03/06/2015, Data de Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico – 12/06/2015 – página 35-36.

[122] BATINI, Silvana. **Competência Criminal da Justiça Eleitoral – é tempo de mudanças**. In: Revista Justiça Eleitoral em Debate - Rio de Janeiro, v. 5. n. 4. outubro a dezembro de 2015. p. 26

[123] Ibidem. p. 26

[124] Ibidem. p. 27

[125] Ibidem. p. 28.

[126] Ibidem. p. 27.

[127] LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 460

crime eleitoral, "*a competência para julgamento de ambos (reunião por força da conexão) será da Justiça Eleitoral*"[128] – havendo a cisão no processo entre as Justiças apenas no caso de quando existir crime militar *sub judice*.

Gustavo Badaró aduz que a regra prevista no artigo 78, inciso IV do Código de Processo Penal vai ter aplicação quando ocorrer o concurso entre crime comum e crime eleitoral, "*uma vez que as regras constitucionais não definem, expressamente, as competências de tais Justiças, relegando tal tarefa à legislação infraconstitucional*"[129].

O ponto nevrálgico da questão em discussão diz respeito, pelo que tudo aponta, ao princípio do juiz natural. É que a partir do momento em que há a previsão estabelecida constitucionalmente acerca da competência sobre determinada matéria, estabelece-se assim o juiz natural da causa, não podendo ocorrer subterfúgios de qualquer espécie (retórico, utilitarista ou qualquer outro) que acabem por relativizar tal princípio. Conforme ensina Alexandre Morais da Rosa, "*não se podem criar juízos de conveniência, devendo-se analisar a competência em face dos juízos existentes no momento da imputação*"[130]. Assim, discursos que se utilizam como embasamento o "combate à corrupção" e a "qualidade" de determinada Justiça em detrimento da outra para justificar a cisão entre processos ou a definição de competência distinta da Justiça Eleitoral para julgar casos em que haja conexão entre crimes comuns e eleitorais está em sentido contrário ao que prevê a Constituição Federal e os princípios jurisdicionais que norteiam a atividade judiciária.

Não deixa de ser interessante, na linha de raciocínio, o recurso à "operação Lava Jato" como *fundamento* da decisão ou dos apoios doutrinários à tese da cisão do julgamento. É curioso que esse *fenômeno* sirva a justificar um afastamento do texto da lei no voto de Ministros do STF, pois não se trata de uma categoria jurídica ou um conceito, mas um conjunto de operações investigativas e de processos que sequer ainda chegaram ao cabo. E que, não se pode negar, são extremamente debatidas sob uma perspectiva política no contexto nacional.

---

[128] Ibidem. p. 461

[129] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal.** 2º Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 179

[130] ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos.** 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 613

Nesse sentido segue a crítica de Afrânio Silva Jardim com relação ao fenômeno da "atração de competência" no âmbito da "Operação Lava Jato", pois "*Lava Jato" não é uma categoria jurídica reconhecida pela Teoria do Direito e nem é uma instituição reconhecida pelo Direito*"[131]. Ao analisar os critérios de conexão e continência, o autor pontua que:

> é preciso que, em cada caso concreto, fique demonstrado que o crime investigado naquele processo é realmente CONEXO com um outro delito da competência de um juízo ou de um desembargador dos Tribunais Regionais Federais, ou de um Ministro do Superior Tribunal de Justiça ou de um relator do Supremo Tribunal Federal". [...] No Direito Processual Penal, a conexão é entre infrações penais (crimes) e não entre processos.[132]

Deste modo, o referido autor clama para que as regras processuais vigentes sejam aplicadas adequadamente pelos tribunais, ou seja, nada justificaria o adotar de um posicionamento diverso daquele julgado pelo STF no 4º Agravo Regimental no Inquérito 4.435-DF se o "fundamento" se pautar em "critérios" pragmáticos, utilitaristas ou casuísticos.

Esse sustentáculo hermenêutico oco – na medida que sem um conteúdo concreto preciso a explicar-lhe a existência como fundamento decisório – parece se aproximar daquela experiência relatada por Santiago Nino. É certo que se acredita na imagem ilusória de um legislador ideal, único, imperecível, consciente, onisciente, operante, justo, coerente, onicompreensivo e preciso[133] que, por isso tudo, seria capaz de produzir um texto normativo dogmaticamente racional que poderia ser facilmente aplicável ao fato pelo Judiciário para solucionar os problemas sociais. Esse legislador ideal não existe e, portanto a lei que ele cria não é necessariamente perfeita. O exercício do julgador ao aplicar a lei ao caso concreto, por isso mesmo, é mais complexo também porque a norma não é um instituto simples, o que demanda um exercício dogmático a orientar o processo de aplicação da norma com auxílio de princípios. Mas tampouco se pode ignorar que:

---

[131] JARDIM, Afrânio. **"A Lava Jato"** e a competência dos órgãos jurisdicionais. **Empório do Direito**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-lava-jato-e-a-competencia-dos-orgaos-jurisdicionais>. ISSN: 2446-7405. Acesso em: 15/05/2018.

[132] Idem.

[133] NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 386-387.

> não é raro que os juristas dogmáticos ultrapassem esse limite, propondo princípios gerais em substituição a várias normas do sistema, mas que, ao mesmo tempo, tenham um campo de referência maior que o do conjunto de normas substituídas, permitindo derivar desses princípio novas normas não incluídas no sistema original e preenchendo, desse modo , possíveis lacunas de tal sistema. As novas normas são introduzidas praticamente de forma imperceptível, até para os próprios juristas que as propõem, pois aparecem como meras consequências lógicas das normas substituídas por um princípio, aparentemente equivalente a elas[134].

É aí que se abre um importante espaço para o Judiciário competir com o Legislativo na construção de políticas públicas, ainda que por uma via reversa. Ao adotar símbolos como fundamento de decisões, orienta decisões jurídicas para espaços políticos, mas sem que se possa reconhecer um apoio popular – ou democrático – anterior à decisão, como acontece com o legislador que, ainda que jamais correspondente à imagem ideal que se lhe empresa, goza de legitimação democrática pela via do processo eleitoral. Talvez seja justamente essa carência de legitimação prévia que obrigue o julgador à acolhida de elementos políticos e que gozam de ampla sustentação popular para justificar os votos. Argumentos como o "combate à corrupção", a "proteção de direitos humanos" ou a "garantia da ordem pública", etc., funcionam muito bem como apoio retórico para a conquista de apoio popular e dar uma aparências de "decisionismo democraticamente orientado".

Entretanto, o recurso a argumentos retóricos e a conceitos vazios travestidos de *princípios* não garante qualquer precisão às decisões e servem apenas àquela abertura do processo hermenêutico aos fantasmas pessoais do julgador. Assim, parece ter andado bem o Supremo Tribunal Federal ao julgar o tema no Inquérito 4.435. Em que pesem os argumentos em sentido contrário poderem servir como base de reflexão acerca do funcionamento da Justiça, extraindo-se eventuais sugestões de melhoria, fato é que a inobservância de preceitos constitucionais que já dão a resposta para o problema não é o caminho adequado para se efetivar essas possíveis melhorias.

---

[134] Ibidem, p. 392.

CONCLUSÃO

A decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal no quarto Agravo Regimental no Inquérito 4.435-DF foi no sentido de afirmar a competência da Justiça Eleitoral para o julgamento de casos em que crimes eleitorais sejam conexos com crimes comuns, não havendo qualquer forma de separação, portanto. Como visto, o Ministro Celso de Mello se amparou principiologicamente nas premissas do juiz natural e devido processo legal para justificar o seu entendimento – pelo que aqui se ressalta ao considerar o entendimento de que tal é o ponto nevrálgico da discussão em torno da competência sob análise. Nesse sentido, o Ministro destacou que a solução dos casos trazidos ao Estado-jurisdição deve se amparar sempre na Constituição e nas leis, e não através de uma "*busca pragmática de resultados*".

É por essa razão que se entendem inadequados os argumentos utilizados pelos Ministros que justificaram seus votos em assertivas como a necessidade de "combate à corrupção" e outros afins, pois embasamentos de ordem pragmática como esses não são aptos a contrariar o que determinam as normativas constitucionais definidoras do tema. Somado a isso, apontando para o entendimento ali firmado, demonstrou o Ministro que a 2ª Turma do STF já vinha julgando no sentido de competir à Justiça Eleitoral as infrações penais comuns quando conexas à crimes eleitorais. Não obstante, trouxe um contexto histórico-constitucional, demonstrando que nas Constituições de 1946, 1967 e 1969 havia previsão expressa da conexão dos crimes comuns com os eleitorais, onde deveria prevalecer a competência da Justiça Eleitoral para o processamento desses. Na Constituição Federal de 1988, destacou que a competência da Justiça Eleitoral como sendo a competente nessa hipótese foi estabelecida via reserva constitucional de lei complementar, sendo que essa se faria pela Lei n.º 4.737/65, cujo artigo 35 prevê competir aos juízes da Justiça Eleitoral "*processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos* [...]" (*inciso II*). A previsão possuiria assento constitucional, tendo sido recepcionada pela Constituição de 1988, uma vez que não afeta "*o âmbito de atuação da Justiça Federal comum ou, quando for o caso, da Justiça Estadual comum*".

Conclui-se que é com acerto que tal entendimento se deu no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o qual merece ser acatado e seguido, uma vez que a base que o firmou possui matiz constitucional, ou seja, não se ampara em posturas pragmáticas ou propostas utilitaristas como entoam as vozes dissonantes desse entendimento.

Nesse contexto, e nessa decisão, portanto, o STF deu força ao quadro normativo legal-constitucional em detrimento das discussões de necessidades pontuais de reforço e facilitação do poder punitivo impulsionadas por demandas políticas. Em tempos nos quais os regramentos e previsões processuais e constitucionais são simplesmente ignorados no âmbito jurisdicional sob as mais estranhas justificativas, é um alento para o processo penal que se pretende democrático que o Supremo Tribunal Federal lhe assegure umas das mais importantes bases principiológicas que o erigem – o princípio do juiz natural e do devido processo legal -, merecendo assim guarida a decisão ora analisada.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal.** 2º Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BATINI, Silvana. **Competência Criminal da Justiça Eleitoral – é tempo de mudanças**. In: Revista Justiça Eleitoral em Debate - Rio de Janeiro, v. 5. n. 4. outubro a dezembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. COMPETÊNCIA – JUSTIÇA ELEITORAL – CRIMES CONEXOS. Compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos – inteligência dos artigo 109, inciso IV, e 121 da Constituição Federal, 35, inciso II, do Código Eleitoral e 78, inciso IV, do Código de Processo Penal. **Quarto Agravo Regimental no Inquérito 4.435 Distrito Federal**. Ministério Público Federal e Pedro Paulo Carvalho Teixeira. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJE 21/08/2019 – Ata n.º 115/2019. DJE n.º 182, divulgado em 20/08/2019.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014

JARDIM, Afrânio. **"A Lava Jato"** e a competência dos órgãos jurisdicionais. **Empório do Direito**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-lava-jato-e-a-competencia-dos-orgaos-jurisdicionais>. ISSN: 2446-7405. Acesso em: 15/05/2018.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

POMPEU, Ana. Supremo mantém julgamento de crimes comuns com a Justiça Eleitoral. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-14/supremo-

mantem-julgamento-crimes-comuns-justica-eleitoral>. ISSN: 1809-2829. Acesso em: 25/12/2019.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos.** 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANTOS, Evânio José de Moura. **Princípio do juiz natural e a competência penal da Justiça Eleitoral**. Dissertação de mestrado. São Paulo: PUCSP, 2010

DECISÃO POLÍTICA OU INTERPRETAÇÃO DE NORMAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, UMA QUESTÃO DE SAÚDE

POLITICAL DECISION OR INTERPRETATION OF NORMAL BY THE FEDERAL SUPREME COURT, A HEALTH ISSUE

Eduardo Tourinho Gomes[135]

INTRODUÇÃO

Não há dúvidas que atualmente falta no judiciário, como um todo, integridade em suas decisões, ausência de análise cautelosa dos juízes aos casos e a indiscriminada aplicação direta de regra e precedentes sem qualquer análise ao caso concreto.

Para isso o presente artigo busca através de outros artigos e livros verificar se há obrigação do judiciário em determinar o executivo a fornecer medicamentos para a população diante dos princípios existentes em nosso ordenamento.

Para tanto é primordial fazer uma analise da Teoria de Dworkin em especial no que tange a diferenciação de casos fáceis e difíceis. Ultrapassada tal premissa também é necessário constatar o conceito e integridade e a forma que o judiciário entende e aplica o mesmo.

Passadas tais premissas é importante dentro da teoria de Dworkin a análise do Juiz Hercules e a busca da resposta certa, a fim de verificar se pode um Juiz encontrar sempre a melhor resposta possível ao caso e se o STF consegue cumprir tal função, analisando inclusive se no caso do Recurso Extraordinário 657.718 cumpriram tal trabalho.

Todavia, através da ótica da visão da teoria de Dworkin pretende-se analisar a decisão do STF no Recurso Extraordinário 657.718 na qual os Ministros da Corte se

[135] Advogado, sócio do Escritório Ludkevitch Tourinho Gomes – Sociedade de Advogados, Graduado em Direito pela Universidade Positivo e pós graduado pela mesma universidade em Direito dos Seguros, Mestrando em Direito Fundamentais e Democracia pela UniBrasil, Curitiba, PR.

depararam diante de um chamado caso difícil[136], se ao julgar o caso os Magistrados usurparam competência que seria do poder legislativo e se de fato os julgadores conseguiram, no decorrer do processo decisório chegar a melhor conclusão possível ao caso, inclusive adentrando na dicotomia politica entre Executivo X Judiciário.

Importante frisar já desde o início o posicionamento de Vera Chueiri e Joana Sampaio, sobre o entendimento de Dworkin acerca do atual estado democrático em que vivemos: "A concepção de Estado Democrático de Direito para Dworkin estaria centrada nos direitos dos cidadãos. De acordo com essa concepção, para ser considerado como tal, o Estado Democrático de Direito não pode assegurar apenas os direitos prescritos nas leis".[137]

Ou seja, na releitura de Dworkin pelas autoras devemos levar em conta que para a existência de um Estado Democrático de direito não podemos estar adstritos à lei, mas sim, sempre efetivando o direito dos cidadãos.

Assim ao analisar tal demanda, os Ministros tiveram que decidir entre quais princípios invocados no decorrer do processo judicial que deveriam ter mais prevalência sobre os outro, assim o presente artigo pretende verificar se o processo decisório da Corte possui base na teoria de Dworkin e se analisando tal teoria os julgadores mantiveram uma integridade em busca de uma única decisão correta no presente feito.

Por fim o presente artigo também analisa se no caso do julgamento do RE hoje criação de direito ou apenas interpretação.

A metodologia empregada para a confecção do presente artigo teve como base a análise de documentos doutrinários e do julgado do próprio Supremo Tribunal Federal[138]. Entende-se que ambas as fontes tem fundamento para basear as proposições formuladas.

---

[136] A qual a verificação de caso difícil será tratada mais adiante.

[137] CHUEIRI, Vera Karan de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, v. 16, n. 23, p. 381, 2012. Disponível em: http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/ view/572/656

[138] A partir do presente momento será sempre referido o Supremo Tribunal Federal como STF.

A ANÁLISE ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DO PODER PÚBLICO DE FORNECER MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA LISTA DA ANVISA: CONSIDERAÇÕES À LUZ DOS ARGUMENTOS DE RONALD DWORKIN – CASO FÁCIL OU DIFÍCIL

Recentemente ao julgar o Recurso Extraordinário 657.718 [139][140] o STF entendeu Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da Agência em apreciar o pedido de registro, quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.[141], desde que preenchidos alguns requisitos elencados na decisão judicial[142].

Importante ressaltar que ao analisar os argumentos postos, constata-se que se trata de um caso difícil[143] possui há claramente confronto de princípios. De um lado a necessidade ou não do Sistema Único de Saúde do Brasil em cumprir com o dever Constitucional do acesso à saúde[144][145] e de outro se a entrega de tais medicamentos ferem a universalidade e a isonomia do acesso a saúde[146]

---

139 Julgado em Plenário, 22.05.2019.

140 Ementa da decisão que pode ser verificada junto ao site do STF, junto ao site http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144.

141 A Relação nacional de medicamentos essenciais pode ser consultada no site http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf

142 (: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144.

143 Conforme será explicado o entendimento de Dworkin nos próximos parágrafos.

144 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição – podendo ser consultado em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

145 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

146 Previsto especialmente no artigo Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito

Analisando a questão posta no que tange ao acesso à saúde em face ao princípio da isonomia temos que se trata de um caso controverso, em que o juiz não poderia simplesmente aplicar uma única regra existente ao caso, eis que ambas seriam possível, inexistindo a aplicação direta da norma ao caso.[147]

Assim conforme Dworkin mesmo afirma "os casos em que nenhuma regra explícita no livro de regras decide com firmeza a favor de qualquer uma das partes"[148], o juiz deverá debruçar-se no caso para decidir o *hard case*.

Ademais, como se tratam de dois princípios constitucionais também não seria possível a resolução através dos institutos positivistas, os quais são extremamente criticados pela Teoria Dworkiana, eis que nada mais é do que a aplicação da regra ao caso, conforme criticado acima.

Dessa forma, primeiramente devemos analisar se o julgamento do Recurso Especial ora colacionado trata-se de um caso fácil ou de um caso difícil na teoria do autor. Tal distinção é importante, mesmo sendo indiscutível ao autor que os esforços empregados pelo juiz, em especial ao Hercules, devem ser os mesmos, tanto em casos fáceis como em casos difíceis, necessitando justificar.

Para Dworkin os casos fáceis seriam aqueles que possuem uma regra aplicável que determina o resultado do julgamento[149], diferentemente dos casos difíceis em que não existe apenas uma única regra para solução do caso[150].

Conforme exposto por William Pugliese ao falar do entendimento de Dworkin acerca dos casos fáceis e difíceis menciona que "na verdade, o que o autor procura demonstrar

---

à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

147 Um exemplo de caso dificil julgado pelo STJ pode ser o exemplo trazidos por Ronaldo Porto Macedo do Caso Ellwanger, habeas corpus 82424-2, que trazia a liberdade de expressão em face da legislação de crimes raciais, prevalecendo no caso que o princípio da liberdade da expressão poderia ser limitado a legislação infraconstitucional dos crimes raciais - MACEDO, Ronaldo Porto Junior, A Crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua Relevância: Um Esquema de Crítica Conceitual, disponível em https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/602/394 - pagina 140 e 141.

148 DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 10.

149 DWORKIN, Ronald. Is Law a system of rules? In: DWORKIN, Ronald (Ed.). The Philosophy of Law. Oxford: Oxford University Press, 1977. p.64

150 DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p.83

quando estabelece esses dois tipos de casos é que, nos casos difíceis, a atividade judicial vai além da simples aplicação de regras."[151]

Nesse sentido, como o julgado é claro ao trazer de um lado os princípios da universalidade e da isonomia no acesso à saúde, princípio da seletividade na prestação dos serviços da seguridade social[152] e face do princípio fundamental à saúde, derivado da dignidade da pessoa humana, sem dúvidas entende-se que o STF estava diante de um caso difícil, eis que deve dar uma resposta ao caso, entendendo que prevaleça ou um direito individual ou um direito coletivo.

Portanto os argumentos trazidos aos Ministros do STF levam à resolução de um caso difícil, já que não estavam diante de um caso fácil.

DIREITO COMO INTEGRIDADE

Dentro da análise de casos difíceis, e a fim de analisar a decisão judicial apresentada perante a teoria de Dworkin deve-se tecer comentários acerca do modo de que Dworkin vê o próprio direito, como sendo: "direito como integridade". Para que possa avançar no estudo do julgamento.

Tal necessidade é de extrema importância, eis que como já dito o Estado Democrático de direito está ligado ao termo direito como integridade, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito posto[153]

Nesse sentido Katya Kozicki se refere à integridade em Dworkin como "Ele é a chave para construir a melhor interpretação possível da prática jurídica, e permite também entender como os tribunais decidem os hard cases". [154]

---

151 Tese de Doutorado de William Soares Pugliese, A RATIO DA JURISPRUDÊNCIA: COERÊNCIA, INTEGRIDADE, ESTABILIDADE E UNIFORMIDADE página 40 disponível em https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/43756/R%20-%20T%20-%20WILLIAM%20SOARES%20PUGLIESE.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

152 Derivado da discussão acerca da limitação de recursos públicos, exposto na pagina 4 do acórdão do RESP1.657.156.

153 DWORKIN, Ronald. Law's Empire. Cambridge: The Belknap, 1986, p. 176

Nesse sentido a autora também vai afirmar que de acordo com Dworkin, somente "o direito como integridade fornece uma melhor resposta à prática jurídica do que aquelas fornecidas pelo convencionalismo e pelo pragmatismo." [155]

Cabe frisar também que dentro da ideia de direito como integridade Dworkin entende que o direito deve ser visto como um "romance em cadeia"[156] tem uma continuidade com a história contata. A decisão tem que manter uma completa, com precedentes e o próprio direito.

Em outras palavras, Dworkin preconiza que o julgador se valha de uma interpretação criativa, de modo a concretizar a virtuosidade da integridade política. Para tanto, o autor se vale da metáfora do "Romance em Cadeia"

Cabe frisar que dentro do entendimento do autor do romance em cadeira, para manter a integridade diversas vezes o juiz deve combater sua própria vontade pessoal. O julgados não pode seguir apenas a lei e nem tudo interpretar, para o autor não há liberdade criativa total.[157]

Matheus Henrique dos Santos da Escossia ainda afirma que sobre o princípio da integridade, Dworkin o reparte em dois: i) integridade na legislação e ii) integridade no julgamento. "Logo, tanto os legisladores, quanto os juízes se encontram imersos na exigência de se manterem coerentes quanto aos princípios que compõem a integridade"[158].

Dessa forma, inexiste dúvidas que nessa teoria, o julgador, ao decidir um caso, tem sua atuação condicionada à coerência típica do "Direito como integridade", devendo se manter atento aos princípios e convenções partilhadas na comunidade.

Caminhando também nesse entendimento Bruno Meneses Lorenzetto e Clèmerson Merlin Clève entendem que:

154Tese de Doutorado de Katya Kozicki CONFLITO E ESTABILIZAÇÃO: COMPROMETENDO RADICALMENTE A APLICAÇÃO DO DIREITO COM A DEMOCRACIA NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS, página 195, disponível em https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/78784/176270.pdf?sequence=1.

155 Idem.

156 Termo trazido por Dworkin em diversos dos seus textos.

157 Op. cit.

158 Idem.

> A teoria de Dworkin se concentra na atividade interpretativa ao mesmo tempo em que procura articular critérios de avaliação, ao estabelecer parâmetros de ajuste (fit) e justificação (*justification*) dos princípios em relação ao sistema jurídico e suas práticas. Possui como guia a integridade, a busca pela melhor interpretação disponível no ordenamento jurídico, procurando "[...] mostrar o que é interpretado em sua melhor luz possível[159].

Não diferente Dworkin ainda faz considerações do direito como integridade dentro do cenário político "uma comunidade de princípios, a qual toma a integridade como central para a política, oferece uma melhor defesa da legitimidade política do que outros modelos[160]". Ou seja, para o autor os argumentos políticos para eventuais decisões, também devem passar pelo filtro do direito como integridade.

No que tange a integridade como um ideal político Dworkin também deixa claro a ideia de uma busca constante à justiça:

> Nós aceitamos integridade como um ideal político distintivo, e nós aceitamos o princípio da integridade na adjudicação (aplicação) como sendo soberano sobre a lei, porque nós queremos tratar a nós mesmos como uma comunidade de princípios, como uma comunidade governada por uma única e coerente visão de justiça e equidade e o devido processo legal em uma correta relação[161]

Nesse sentido para Dworkin o direito como integridade deve permear todos o ordenamento jurídico, político e da própria sociedade em que está envolvido.

A BUSCA DA RESPOSTA CERTA

Após ter entendido que existem casos difícil, e que deve-se levar em conta o direito como integridade, Dworkin, afirma que o julgador deverá buscar sempre a única resposta certa para o caso. Nessa seara Lênio Streck entende que para Dworkin "todo cidadão

---

[159] DWORKIN, Ronald. O Império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 292.
[160] DWORKIN, Ronald. Law's empire. Oxford : Hart Publ., 1998. p. 216
[161] DWORKIN. Law's empire, op. cit., p. 404

– que vive sob o manto do Estado Democrático de Direito – tem um direito fundamental a obter dos tribunais uma resposta constitucionalmente adequada". [162]

Não diferente Ronaldo Porto Macedo Junior vai afirmar que a tese da resposta certa para Dworkin "está na base de uma concepção interpretativa da verdade e da objetividade, segundo a qual afirmar a objetividade de uma proposição significa reconhecer que ela está justificada pelos melhores argumentos disponíveis."[163] Nesse sentido se apresentado os melhores argumentos disponíveis, a resposta certa também virá a tona.

Caminhando no mesmo entendimento Stephen Guest, vai entender que por mais difícil que seja o caso o juiz é sempre obrigado a responder. Contudo o autor ainda vai além, para ele conforme Dworkin afirma o juiz deve sempre responder de forma certa: "Um juiz, mesmo num caso difícil, é obrigado a responder a questão(...) O "argumento jurídico, como o argumento moral, é sobre uma decisão, e *sempre* demanda a melhor decisão, sendo ela aquela que aplica a proposição verdadeira"[164]

Stephen Guest ainda afirma que "não dar conta das demandas da decisão e do "dever de construir". Ele representa um tipo de "fuga" por parte do juiz"[165]

Por tais razões, considerando a teoria Dworkiana para analisar o recurso Especial, deve-se ter em mente que os Magistrado buscaram a resposta certo, mesmo estando diante de um caso difícil, deveriam tal uma resposta para a sociedade e essa resposta deve responder os anseios da mesma.

---

[162] http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/53/52 - AS RECEPÇÕES TEÓRICAS INADEQUADAS EM TERRAE BRASILIS - Lênio Luiz Streck, pagina 24

[163] MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 48

[164] GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 142- 143

[165] Idem.

OS MINISTROS FORAM OU NÃO "JUÍZES HERCULES" AO JULGAR O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 657718

Nesse ponto pretende-se analisar se os Ministros do STF, analisaram o Recurso Extraordinário 657718 conforme entende Dworkin que o julgamento deveria ocorrer.

Não há dúvidas de que Dworkin é um dos principais críticos dos positivistas, sendo certo que nesse contexto o autor cunha o ideal de um super. juiz traçado como Hercules. Dworkin afirma que cabe à tal Magistrado a árdua tarefa de interpretar a lei, não podendo julgar o caso sem qualquer fundamento, Dworkin ainda traz considerações da forma com que Hercules deveria tomar decisões, deixando claro que a escolha de interpretação não é tão livre, é preciso garantir alguma segurança jurídica.[166]

Para o autor, a utopia do Juiz Hercules, é clara ao afirmar que tal julgado deve buscar sempre manter o ordenamento integro (leis e precedentes, princípios, políticas públicas) – equidade (o que a sociedade espera) – histórico legislativo – devido processo legal – concluindo que se o processo da tomada da decisão for correto, chegará a decisão correta. [167]

Ao falar de Hércules o próprio Dworkin ainda afirma que é através dele que poderá chegar-se a um julgamento integro: "Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade.[168]"

Dworkin também menciona que a decisão até pode ser política mas não pode ser exclusivamente política, sendo que o Hercules é o modelo a ser seguido, principalmente no que tange ao cumprimento do papel contra majoritário para cumprir direito fundamentais. [169]

Aqui importante ressaltar que segundo Dworkin, o juiz Hércules poderá tomar decisões contra a maioria para cumprir com direitos fundamentos, o que ocorreu na decisão do STF que garantiu direitos individuais (para ampliar acesso a medicamentos à toda a população) em face de direitos coletivos, como por exemplo da isonomia.

---

[166] DWORKIN, Ronald. O Império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 287.
[167] Idem.
[168] Idem.
[169] Idem.

Importante ressaltar também que Dworkin entende que Hércules deverá recorrer as suas convicções morais políticas para tomar tal decisão, e sua escolha será convicta de que é a correta para aperfeiçoar o direito. [170]

Assim, para Dworkin o juiz Hércules será capaz de proferir a melhor decisão que se ajuste institucionalmente, ao repertório histórico jurídico existente naquela comunidade, e ainda, que reflita os valores morais políticos da mesma. [171]

Fazendo tais ponderações sobre Hércules para Dworkin, Katya Kozicki entende que o julgador deve-se atentar a três momentos antes dos seus julgamentos: i) ao passado, "no sentido de descobrir dentro das normas jurídicas, dos precedentes e dentro da própria história institucional da comunidade a norma aplicável ao caso concreto; ii) ao presente, "pois o chamado da justiça exige sempre uma resposta imediata; e iii) ao futuro, pois vão inscrever essas mesmas decisões na prática da comunidade, a qual vai servir de referência futura".[172]

Tal contribuição de Katya Kozicki é importante eis que complementa a visão de Dworkin do juiz Hercules e do direito como integridade, trazendo ainda mais responsabilidade ao julgador

Tendo em vista os pontos fixados acima, devemos passar a analisar a decisão do STF no RE 657718 que decidiu pela possibilidade do fornecimento de medicamentos desde que haja (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

A decisão do STF, entendeu possível que o sistema brasileiro de saúde arque com medicações não previstas em seu rol, desde que cumpridos os requisitos acima, descartando a hipóteses do Estado à fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese.

Todavia, os julgadores concordaram que estavam diante de um caso difícil e que sua decisão entraria em confronto com outros princípios sendo que para tanto criaram algumas regras.

---

[170] Idem.
[171] Idem.
[172] KOZICKI, Katya. Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p.90.

Nesse Sentido os Ministros deveriam revestir-se da "Toga de Hercules" para julgar o presente caso.

Todavia, de fato o julgamentos trata-se de um trabalho Herculano, em especial para respeitar o direito como integridade em um país como o nosso em que nada mais parece integro. Nesse seara, Joana Maria de Araújo Sampaio ainda afirma que "se um juiz aceita a justiça como integridade, deve verificar qual decisão a prejudica menos. Isto não quer dizer que os juízes devam se vincular aos precedentes, mas devem decidir de maneira que todos sejam julgados pelos mesmos parâmetros de justiça[173]. Dessa forma, os Ministros do STF deveriam analisar o caso do julgamento e analisar qual dos princípios postos em tela seria menos prejudicial. Parece que acertadamente os julgadores escolheram em proteger o direito individual ao acesso à saúde.

Não diferente Dworkin também afirma:

> O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios[174]

Katya Kozicki ao trabalhar com a teoria de Dworkin também encaminha posicionamento na mesma linha que o STF seguiu no presente caso, qual seja da garantia do direito individual: "A maneira como a tomada de decisão no direito deve se processar surge em Dworkin dentro da sua perspectiva liberal, através da valorização dos já estabelecidos direitos individuais, protegendo os mesmos de quaisquer agressões, inclusive quanto à ameaça que pode ser significada pelo abuso do poder público. [175]

---

[173] SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo, Coerência e Integridade na aplicação do Direito: Alternativas para uma jurisdição que leva os direitos a sério, página 98.

[174] DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 291

[175] KOZICKI, Katya, Conflito e Estabilização: Comprometendo radicalmente a aplicação do Direito com a democracia nas sociedades contemporâneas, pagina 190

No caso ora analisado frisa-se que a decisão do STF foi justamente nesse sentido, dá proteção ao direito individual, do trunfo dos minoritárias contra a maioria, da garantia ao acesso à justiça em face do direito do estado.

Assim, entende-se que os Ministros do STF entenderam a teoria de Dworkin e ao analisar o caso difícil, sob a ótica do direito como integridade, concederam a tutela dos direitos individuais, conforme o Dworkin afirma:

> Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade[176].

Para Bruno Meneses Lorenzetto e Clèmerson Merlin Clève, a decisão do STF vai de encontro com desafio da teoria de Dworkin "se encontra na complexa articulação da coerência entre os diversos campos tutelados pelo Direito, e, em adendo, a realização de uma conciliação entre normas e precedentes antigos com novas configurações legais e sociais."[177]

Não há dúvida de que o STF deve evoluir, inclusive em seus precedentes, que também é o entendimento de Dworkin, e nesse sentido a Corte também ouviu os anseios da comunidade e tutelou as garantias individuais para garantir o direito constitucional à saúde.

Importante ressaltar que existe um precedente antigo do Supremo Tribunal Federal, referente a suspensão de tutela antecipada n. 91. Naquele momento histórico[178], houve decisão no sentido de preservar direitos universais e não situações individualizadas[179].

Ao analisar aquela decisão, Vera Karam de Chueiri e Joanna Maria de Araújo Sampaio afirmam com base na teoria de Dworkin que "a decisão da ministra está baseada em

---

[176] DWORKIN, Ronald. O Império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 305.

[177] Artigo publicado na Scielo, Escrito por Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto, página 86.

[178] Liminar STF, STA 91/AL, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 26.02.2007, DJ em 05.03.2007.)

[179] Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. Min. Ellen Gracie, j. em 26.02.2007, DJ em 05.03.2007.

um argumento de política (policy), pois prefere uma promessa de bem comum à garantia do direito individual."[180]

Todavia se transplantamos tal entendimento para a decisão agora tomada pelo STF, teremos que com base na teoria de Dworkin tal decisão estaria garantindo sim, um direito individual.

Ou seja, a decisão do STF, antiga, com a atual, parecem conflitante. Assim como o juiz Hercules poderia solucionar.

A resposta[181], ao analisarmos a decisão atual do STF leva em conta se os juízes utilizaram a integridade Moral conforme Dworkin ensina. Assim como mencionado por Katya Kozicki: "Quando os juízes decidem casos, eles devem demonstrar uma espécie de integridade moral, devendo tratar as partes com justiça. Isto significaria buscar os verdadeiros direitos das partes."[182]

Frisa-se que conforme Vera Karam Chueiri a decisão deverá ser a que melhor se adapte ao sistema jurídico. Isto se torna claro quando o juiz decide com base em um precedente, pois, nesses casos, o juiz está apenas dando continuidade ao romance[183]

Assim, voltando ao romance em cadeia de Dworkin o mesmo afirma:

> (...) cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante (...) espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível[184]

É dessa forma que Rebeca Fernandes Dias, interpretando a teoria de Dworkin menciona como evolui e funciona o direito:

---

[180] CHUEIRI. Vera Karam de; SAMPAIO. Joanna Maria de Araújo. Como Levar O Supremo Tribunal Federal A Sério: Sobre A Suspensão Detutela Antecipada, pag 48.

[181] Que também será abordada no próximo capítulo, está relacionada a mudança dos paradigmas e a evolução dos precedentes.

182 KOZICKI, Katya, Conflito e Estabilização: Comprometendo radicalmente a aplicação do Direito com a democracia nas sociedades contemporâneas, pagina 192

183 CHUEIRI, Vera Karam de. Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J.M., 1995, p. 99-100.

184 DWORKIN, Ronald. Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 276.

> os juízes como os romancistas devem se esforçar para que suas decisões, seus capítulos, se integrem aos anteriores dando uniformidade à obra geral, como se esta tivesse sido elaborada por um único autor. As interpretações dos novos capítulos devem, portanto, buscar a adequação com as anteriores, naquilo que for possível, no sentido de conferir continuidade ao direito, ou melhor, consistência. Mas esta adequação, todavia, não impede que se busque novos sentidos na norma, pois o sentido ali está, cabendo apenas ao intérprete desvendá-lo.[185]

Portanto, o romance em cadeia, deve respeitar a história contada no momento, sendo possível inclusive a superação de precedentes, assim, deve-se analisar se ao julgar o caso, os Ministros cumpriram todos os requisitos do Juiz Hercules para Dworkin.

OS CINCO TRABALHOS DE HÉRCULES

Para Dworkin ao analisar um caso o juiz Hercules deve passar por um caminho a fim de buscar a resposta correta, tal caminho para o autor é dividido em cinco passos.

Para o autor o primeiro passo é encontrar uma teoria coerente sobre os direitos em conflito, entendendo ser necessário o estudo da Constituição e as interpretações judiciais já formuladas e a filosofia política por detrás dos direitos resguardados na Carta[186].

Ao analisar o RE verifica-se que no Acordão ficou claro que os Ministros conseguiram distinguir de fato os direitos conflitantes e as interpretações já existentes.

Posteriormente entende o autor que deve-se analisar o histórico de decisões anteriores e os argumentos políticos e principiológicos da lei, cujo fim será desvelado pela teoria política empregada por Hércules.[187] Nesse ponto, também verifica-se que tal caminho foi traçado pelos Ministros, em especial pela jurisprudência colacionada e o levantamento de princípios constitucionais que se debatiam.

---

185 DIAS, Fernandes Rebeca, Eutanásia: Do indecidível em Derridá a Integridade em Dworkin, página, página 16.

186 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos à sério. p. 165-168.

187 DWORKIN, Ronald. Idem. p. 168-171.

Com a existência desse debate de princípios, chega-se no terceiro passo, onde Hercules para o autor deverá analisar o direito como integridade "o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça e equidade e o devido processo legal adjetivo, e que esses princípios devem ser aplicados de forma a garantir a aplicação justa e equitativa do direito"[188].

Encaminhando-se para o final do trabalho Herculano o STF eliminou a decisão incompatível com o ideal social, entendendo que o acesso a saúde deveria ser protegido no presente caso, sendo que conforme Dworkin, Hercules dever á "justificar coerentemente a tomada não só da sua decisão naquele caso, mas de todas decisões já tomadas naquela comunidade"[189].

Por fim, o STF coloca, segundo Dworkin a interpretação escolhida para a comunidade, sendo certo que a decisão encontra-se encadeiada nos princípios fundantes da decisão, assim para o autor a atitude a ser tomada pelo magistrado é "ampliar sua teoria de maneira a incluir a ideia de que a justificação da história institucional pode apresentar uma parte dela como equívoco"[190].

Portanto, analisando os pontos do processo decisório em Dworkin, entende-se que a decisão do STF realizou de forma efetiva o raciocínio de Hercules no Recurso Extraordinário analisado.

HÉRCULES CRIA DIREITO

Por fim, importante frisar que além das questões envolvendo o direito à saúde e a isonomia, tal questão envolvem também a polêmica constitucional acerca dos limites do judiciário envolvendo-se em questões legislativas e executivas.

Poderia o judiciário atuar em fato que o legislativo ou executivo derivam criar normas ou regulamentos para ampliar ou restringir o acesso de medicamentos à população

188 DMITRUK, Erika Juliana. O Princípio da Integridade como Modelo de Interpretação Construtiva do Direito em Ronald Dworkin. p. 152-53.

189 DWORKIN, Ronald. Idem. p. 183

190 Ibidem. p. 189.

Com a análise de Bruno Meneses Lorenzetto e Clèmerson Merlin Clève, o judiciário poderia sim avançar nesse ponto

"A perspectiva "não interpretativista", de outra sorte, sublinha que cabe aos juízes a identificação e a aplicação de valores substantivos para preservar a Constituição. Nesse contexto, não apenas a democracia deve ser apreciada como valor que merece tutela por parte do Judiciário. Justiça, igualdade, liberdade, também devem ser levados em consideração no momento da atividade hermenêutica realizada pelos juízes. "[191]

Não diferente na mesma seara J. J. Gomes Canotilho também defende que o judiciário deve fazer uma mediação entre os poderes e concretizar princípios: "O direito não é apenas o 'conteúdo' de regras jurídicas concretas, é também formado constitutivamente por princípios jurídicos abertos como justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade."[192]

O próprio Dworkin afirmou a possibilidade do judiciário, em casos pontuais, confrontar as decisões do legislativo para que de fato cumpra-se princípios:

"As teorias não interpretativas, segundo se afirma, supõem, ao contrário, ser válido que o tribunal, pelo menos algumas vezes, confronte decisões legislativas com modelos retirados de alguma outra fonte que não o texto, como a moralidade popular, teorias da justiça bem fundadas ou alguma concepção de democracia genuína."[193]

Por fim, Marcio Alexandre Ribeiro de Lima também afirma que a decisão judicial pode contribuir para auxiliar as decisões políticas, entendo ainda que cabe aos juízes a tomada de decisões com base principal nos princípios e não na política: "Os juízes devem tomar decisões de acordo com os princípios e não com a política: devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais aplicáveis na época em que essas partes praticaram determinado fato. "[194]

---

191 http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/691/458, TEORIAS INTERPRETATIVAS, CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E CRÍTICA, Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto, página 138.

192 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1197

193 DWORKIN, Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fonte, 2005. p. 44.

194 http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp009062.pdf, pagina 44, O DIREITO COMO INTEGRIDADE EM DWORKIN Uma perspectiva interpretativa dos princípios e direitos fundamentais, MARCIO ALEXANDRE RIBEIRO DE LIMA

Sendo assim, é certo que a doutrina de Dworkin coaduna com a decisão tomada no RE ora analisado, ao inclusive tomar decisão contraria ao interesse político para a garantir a tutela do direito fundamental a saúde.

CONCLUSÃO

O Acórdão do Recurso Extraordinário, sem sombra de dúvidas diz respeito a uma decisão judicial que protege o direito das minorias. Ao garantir o acesso à saúde dentro dos requisitos delimitados no Acórdão, a Corte garante direitos para os necessitados em face da maioria, em face ao Estado.

Numa perspectiva Dworkiana, essas decisões (aplicação do direito) deve se processar através da valorização dos direitos individuais consignados e, ademais, na ideia de que todos merecem igual respeito e consideração, protegendo-os de quaisquer ameaças ou agressões, inclusive àquelas oriundas do abuso do Poder Público.[195]

Destarte, o Poder Judiciário, agindo moral e politicamente, aplica o direito para a efetivação dos direitos fundamentais, como o direito à saúde[196]

Não há dúvida que analisando o direito como integridade e o juiz Hercules, os Magistrados entenderam que o acesso à saúde é um trunfo contra a maioria, é um trunfo que dentro do direito a integridade deve ser aplicado em desfavor com o argumento da isonomia do acesso à saúde e da prejudicialidade do sistema.

Assim não há dúvidas nesse caso o STF ao distinguir a dimensão e importância dos princípios do direito entendeu que o direito à saúde deve prevalecer no presente contexto. Não há dúvidas que com tal decisão, houve a criação de um novo direito.

Dworkin acredita que o ato de interpretar é o que constrói o direito, e este ato, sempre em busca dos princípios escolhidos pela comunidade, deve procurar no sentido

---

195 KOZICKI, Katya. Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012, pagina 47 e 48.

196 CHUEIRI, Vera Karan de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, v. 16, n. 23, p. 381, 2012. Disponível em: http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/ view/572/656

implícito ou explícito da norma, a melhor resposta ao caso concreto, também sempre atendendo à justiça, à equidade e ao devido processo legal.[197]

Importante frisar também que é entendimento de Vera Karam Chueri e Joanna Maria de Araújo Sampaio que o estado Democrático deve garantir os direitos individuais:

> Por essa compreensão, o Estado Democrático de Direito deve assegurar igualmente os direitos morais que os cidadãos possuem entre si e os direitos políticos que eles possuem perante o Estado. A lei deve proteger e aplicar tais direitos, mas se não o fizer, isso não impedirá deles serem impostos pelo Poder Judiciário em relação aos cidadãos individual ou coletivamente. Essa imposição de direitos pelo judiciário não seria arbitrária, ilegítima ou anti democrática. Ao contrário ela pertence à ideia de um Estado Democrático de Direito, sobretudo quando garante direitos que de outra maneira não seriam garantidos por exemplo, a indivíduos ou grupos socialmente vulneráveis.[198]

Importante ressaltar também que a decisão do STF está em total acordo com o que ocorre em outros lugares do mundo, conforme menciona Normam Daniels, garantindo o acesso a saúde mais também afirmando que nem todo o acesso pode-se garantir:

> O sistema Medicare dos EUA oferece cobertura quase universal aos idosos americanos, mas até 2006, Quando a Medicare Modernization Act de 2003 entrou em vigor, excluiu os medicamentos do seu pacote de benefícios (Medicare 2003). Todos os sistemas de cobertura universal excluem certas categorias de serviço, como a cirurgia estética (em oposição à cirurgia plástica reconstrutiva). Em geral, então, onde os sistemas fornecem acesso universal, é o acesso de todos a um conjunto específico de benefícios que varia de país para país, não para todo serviço que as pessoas possam precisar ou desejar.[199]

Norman Daniels também afirma que os países desenvolvidos já adotam como políticas internas dos seus países a garantia do acesso a saúde de forma mais abrangente ao seu povo: Quase todos os países desenvolvidos fornecem a todos os seus residentes acesso a

---

197 http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/92/91 pagina 28 EUTANÁSIA: DO INDECIDÍVEL EM DERRIDÁ A INTEGRIDADE EM DWORKIN, Rebeca Fernandes Dias.

198 CHUEIRI, Vera Karan de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, v. 16, n. 23, p. 382, 2012. Disponível em: http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/ view/572/656

199 DANIELS, Norman, "Justiça e Acesso a Cuidados de Saúde", A Enciclopédia Stanford de Filosofia (Edição de Inverno de 2017), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/ entradas / justiça-acesso-saúde />. Item 1 do artigo.

um amplo conjunto de intervenções de saúde pública e individuais (...) por meio de sistemas de saúde de cobertura universal.[200]

A própria OMS também defende a cobertura universal em países de baixa e média renda, bem como em países mais ricos[201].

Por tais razoes, levando em conta que para Dworkin a melhor decisão será aquela que se ajuste institucionalmente, ao repertório histórico jurídico existente naquela comunidade, e ainda, que reflita os valores morais políticos da mesma, temos que a decisão do STF a luz da teoria de Dworkin chega à conclusão de que o amplo acesso a saúde, garantido pela Constituição Federal, possui enorme relevância nos dias atuais, devendo ser respeitado e cumprido em desfavor do princípio da isonomia.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Eduardo Borges, A jurisdição Constitucional entre a Corte e o Parlamento: do suposto monólogo ao inevitável diálogo, disponível em https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31285/EDUARDO%20BORGES%20ARAUJO.pdf?sequence=1&isAllowed=y, acessado em 04.08.2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHUEIRI, Vera Karan de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo, Como levar o Supremo Tribunal Federal a Sério: Sobre a Suspensão da Tutela Antecipada N. 91, disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24372/23152, acessado em 22.07.2018.

CHUEIRI, Vera Karan de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, v. 16, n. 23, p. 381 e 382, 2012.

[200] DANIELS, Norman, "Justiça e Acesso a Cuidados de Saúde", A Enciclopédia Stanford de Filosofia (Edição de Inverno de 2017), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/ entradas / justiça-acesso-saúde />. Item 1 do artigo.

[201] Organização Mundial da Saúde (OMS), Financiamento de Sistemas de Saúde: O Caminho para a Cobertura Universal , Genebra: Organização Mundial da Saúde.

Disponível em: http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/572/656 acessado em 02.08.2018.

CHUEIRI, Vera Karam de. Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J.M., 1995.

Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto, Interpretação Constitucional: entre dinâmica e integridade, disponível em http://www.scielo.br/pdf/seq/n72/0101-9562-seq-72-00067.pdf, acessado em 06.08.2018.

Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto, Teorias interpretativas, Capacidades Institucionais e Crítica, disponível em http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/691/458, acessado em 01.08.2018.

DANIELS, Norman, "Justiça e Acesso a Cuidados de Saúde", A Enciclopédia Stanford de Filosofia (Edição de Inverno de 2017), Edward N. Zalta (ed.), URL = https://plato.stanford.edu/archives/win2017/ entradas / justiça-acesso-saúde /, acessado em 06.08.2018.

DIAS, Fernandes Rebeca, Eutanásia: Do indecidível em Derridá a Integridade em Dworkin, disponível em http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/92/91, acessado em 07.08.2018.

DMITRUK, Erika Juliana. O Princípio da Integridade como Modelo de Interpretação Construtiva do Direito em Ronald Dworkin, Revista Jurídica da UniFil, ano IV, n. 4, p. 144-155, 2007, disponível em http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-11.pdf, acessado em 04.08.2018.

DMITRUK, Erika Juliana. O Princípio da Integridade como Modelo de Interpretação Construtiva do Direito em Ronald Dworkin. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. Is Law a system of rules? In: DWORKIN, Ronald (Ed.). The Philosophy of Law. Oxford: Oxford University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. Law’s Empire. Cambridge: The Belknap, 1986.

DWORKIN, Ronald. Law's empire. Oxford: Hart Publ. 1998.

DWORKIN. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos à sério, Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fonte, 2005.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos, A "Sereníssima República" e o Estado de exceção: Quando o STF sucumbe, disponível http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/514/385 acessado em 04.08.2018.

GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010.

KOZICKI, Katya, Conflito e Estabilização: Comprometendo radicalmente a aplicação do Direito com a democracia nas sociedades contemporâneas, disponível emhttps://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/78784/176270.pdf?sequence=1, acessado em 05.08.2018.

KOZICKI, Katya. Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

LIMA, Marcio Alexandre Ribeiro de, O Direito como integridade em Dworkin, disponível em http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp009062.pdf, acessado em 04.08.2018.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO, Ronaldo Porto Junior, A Crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua Relevância: Um Esquema de Crítica Conceitual, disponível em https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/602/394, acessado em 03.08.2018.

Organização Mundial da Saúde (OMS), Financiamento de Sistemas de Saúde: O Caminho para a Cobertura Universal , Genebra: Organização Mundial da Saúde.

PUGLIESE, William Soares, A Ratio da Jurisprudência: Coerência, Integridade, Estabilidade e Uniformidade, disponível em https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/43756/R%20-%20T%20-%20WILLIAM%20SOARES%20PUGLIESE.pdf?sequence=1&isAllowed=y, acessado em 28.07.2018.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 657718, disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144, acessado em 01.08.2018.

RENAME, 2017, disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf, acessado em 08.08.2018.

SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo, Coerência e Integridade na aplicação do Direito: Alternativas para uma jurisdição que leva os direitos a sério, disponível em https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/34931, acessado em 01.08.2018

STRECK, Lênio Luiz, As recepções teorias inadequadas em Terrae Brasilies, disponível em http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/53/52, acessado em 08.08.2018.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: UM LIMITE LEGÍTIMO NO CIBERESPAÇO

FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE SPEECH: A LEGITIMATE LIMIT IN CYBERSPACE

Denise Oliveira Picussa[202]

INTRODUÇÃO

A livre expressão é uma característica intrínseca do direito de liberdade. Comunicar-se através de palavras externadas, de atitudes, da arte é, de todas as formas, um direito de todo ser humano. A liberdade de expressão tomou seus contornos de direito fundamental através das conquistas de grandes revoluções ocorridas na sociedade. A partir dessa consagração, tornou-se primordial para o Estado Democrático de Direito.

O exercício desse direito que é a liberdade de expressão pode, em uma democracia, ser um meio utilizado para atacar pessoas e grupos sociais, geralmente, os minoritários. Considerado dessa forma, mesmo sendo o direito à liberdade de expressão um direito de primeira geração, ele é limitado e poderá ser restringido no caso de ponderação com outros direitos fundamentais, mormente, quando for tendente a propagar o discurso de ódio como expressão e, assim, causando danos.

Após as considerações iniciais quanto a liberdade de expressão e o discurso de ódio, adentra-se na discussão de como um discurso de ódio se propaga com força, facilidade e rapidez na esfera comunicativa. Para tanto, apontamentos sobre o ciberespaço como uma forma de comunicação que intensifica a linguagem entre as pessoas, facilitou a veiculação do discurso de ódio, ecoando nas redes sociais sob a guarda de ser uma terra sem lei

[202] Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UniCuritiba. Pós-graduada lato sensu em Gestão do Direito Empresarial pela UNIFAE-Curitiba. Especialista em Direito pela Fundação Escola do Ministério Público (FEMPAR). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba, UniCuritiba. Advogada. Professora no Núcleo de Prática Jurídica na Clínica de Prática Penal no Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil).

O objetivo dessa pesquisa é demonstrar, através de uma revisão bibliográfica sobre os pressupostos teóricos da pesquisa, a possibilidade de se impor limites à liberdade de expressão quando esse direito é exercido incitando-se o discurso de ódio, confirmando que no ciberespaço os usuários também se sujeitam a limites morais, éticos e jurídicos, bem como à responsabilização pelos danos causados.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Direitos fundamentais são direitos essenciais ao ser humano assim como a vida. São direitos imprescindíveis e que não podem ser extintos, sob pena de ferir uma existência digna.

A liberdade de expressão foi conquistada através das revoluções liberais do século XVIII, abalizadas pela ascensão da burguesia frente a monarquia. Pois, desdobrada em diferentes frentes, a liberdade de expressão adquiriu relevância porque era o meio pelo qual a burguesia propagava seus ideais revolucionários. Deste momento em diante, o direito à liberdade de expressão, tratado como direito fundamental, começou a tomar espaço nas Constituições e, também, nas convenções e tratados internacionais.[203]

Tal direito é de tamanha importância que está presente em tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e, também, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Mais precisamente no Brasil, por meio de um breve relato da liberdade de expressão nas constituições brasileiras, importa destacar que a Constituição de 1824 focou o tema no direito de comunicação de pensamento, seja por discurso ou publicado, cominando uma responsabilização no caso de abusos. Nas Constituições de 1891 e de 1934 se passou a vedar o anonimato quando da publicação da expressão. Já na Constituição de 1937 se atentou a uma abrangência mais ampla e tratou sobre a censura prévia da imprensa, com fundamento

[203] LOURINHO, Luna Cléa Corrêa. Os limites da liberdade de expressão: uma análise sobre a liberdade negativa e a liberdade positiva. In: Revice - **Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v.2, n.1, p. 460 - 467, jan./jul. 2017, p. 460. Disponível em: https://periodicos.ufmg.br › index.php › revice › article › download Acessado em 23 nov. 2019.

de garantir a paz, a ordem e a segurança pública. Por fim, a de 1967, cuidou de tutelar o direito à liberdade de expressão, porém abrindo uma possibilidade para ingerências e restrições desse direito nos casos quando for o caso de espetáculos públicos.[204]

A Constituição Federal de 1988, tendo em vista as demais Constituições que a antecederam, foi a primeira a pontuar de forma significativa os direitos fundamentais. Segundo Schier[205], "a Constituição brasileira de 1988 assume, em seu texto, um modelo tipicamente compromissório". Ela tem um compromisso com as diferentes classes e participantes do processo constituinte que reflete a pluralidade da sociedade brasileira. E conclui dizendo que esta constituição "buscou garantir poucos direitos já incorporados ao patrimônio civil nacional, bem como propor uma ampla gama de direitos sociais prestacionais e normas programáticas buscando a criação de emancipação para a comunidade".[206]

Afirma-se que é um marco nas Constituições brasileiras o reconhecimento do extenso rol de direitos e garantias fundamentais. O constituinte não se limitou a teorizar acerca dos direitos fundamentais clássicos, mas ampliou seu horizonte, admitindo um amplo rol de direitos passando dos clássicos de liberdade, sociais e políticos para novos direitos desse conteúdo.[207]

Assim sendo, como pilar fundamental da democracia, tem-se a liberdade de expressão como o direito que a pessoa tem de manifestar suas ideias e convicções sem a intervenção, num primeiro momento, de qualquer natureza estatal, por ser um elemento primordial a dignidade humana. A garantia à tal liberdade compreende "toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamentos sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância de valor, ou não".[208]

A importância dada ao direito de expressão compreende uma gama de tipos de manifestação, estando abrangidas desde as ideias, passando pelas crenças e envolvendo, também, as emoções. Ou seja, os mais variados tipos de expressão estão acobertados e

---

[204] MELO, Auricélia do Nascimento. Liberdade de expressão: um direito fundamental na concretização da democracia. Fortaleza: Premus, 2009, p. 42.

[205] SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: campo de tensão. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 6, n. 6, p. 1- 10, jul./dez., 2009, p. 5.

[206] Ibidem, 2009, p. 5.

[207] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 77.

[208] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 297.

protegidos constitucionalmente. Ainda, vale lembrar que essa manifestação não pode sofrer limitações impostas por questões políticas ou filosóficas ou por serem mais ou menos importantes em seu conteúdo.

Farias faz uma diferenciação entre liberdade de expressão e liberdade de informação. Para o autor, a primeira liberdade diz respeito à manifestação de ideias num conceito amplo, incluindo também crenças e valores. Já o segundo é o direito de poder receber e passar informações sobre fato considerados como notícia.[209]

Ainda, Haberle ensina que o princípio da liberdade de expressão está orientada pela pluralidade política e essa correlação é o resultado para o desenvolvimento de um Estado democrático. A liberdade de expressão é intrínseca aos regimes democráticos, havendo censura, será associado a uma ditadura.[210]

Na mesma linha de pensamento, Taveira menciona que os direitos pertinentes à liberdade de expressão devem ser compreendidos sob um olhar democrático. Para tanto, cabe ao Estado atuar para garantir a promoção positiva dos princípios constitucionais do pluralismo para, consequentemente, garantir efetivamente o Estado Democrático de Direito. Finaliza o autor explicando que a liberdade de expressão é uma ferramenta que afiança a fruição de outros direitos e, assim, o funcionamento normal da democracia.[211]

Portanto, pode-se afirmar que sem a liberdade de expressão, as formas de participação política numa democracia perdem sua utilidade. A liberdade de expressão é o que assegura o bom desenvolvimento e preservação do sistema democrático.

Importa destacar que a liberdade de expressão é aquele direito de autodeterminação da pessoa, pois é através dele que se pode expressar suas ideias, sentimentos, bem como se manifestar de forma artística e cultural, possibilitando sua

---

[209] FARIAS, Edilson Pereira. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional.** Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina UFSC, 2001, p. 163. Disponível em:https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/79426/182787.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acessado em: 23 nov. 2019.

[210] HABERLE, Peter. **A dignidade humana e a democracia pluralista – seu nexo interno.** Tradução de Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*: algumas aproximações. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 26.

[211] TAVEIRA, Christiano de Oliveira. Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2010, p. 18-19.

interação com o meio social. A manifestação de pensamento não só sobre sua vida, mas sobre o meio ao qual está inserido é indispensável na construção da sua personalidade e para a formação da sua dignidade.

Desse modo, constata-se que esse exercício de autodeterminação compreende a não submissão a terceiros, uma vez que não se está sob controle de outrem, como também o fato de não receber imposições reguladoras do Estado.

O que se percebe é que existem diversas nuances que tangem o direito à liberdade de expressão e isso se dá pelo reflexo da visibilidade constitucional que lhe foi atribuída. Nas palavras de Sarmento:

> A liberdade de expressão pode ser analisada sob dois prismas, de um lado como um direito subjetivo individual, estruturante da dignidade humana e balizada pela dimensão subjetiva das pessoas, e de outro como um instrumento para a formação de opinião pública e do livre fluxo de ideias no seio social, relacionada com o âmbito objetivo e institucional.[212]

Os dois aspectos, individual e público, da liberdade de expressão estão protegidos constitucionalmente como direito fundamental.

No artigo 5º da Constituição Federal, o inciso IV diz sobre a livre expressão das ideias, sendo vedado o anonimato e, no inciso IX está previsto a "livre expressão da atividade intelectual e artística, científica e de comunicação, sem necessidade de licença prévia ou censura". Ainda, no artigo 220, foi tutelada a "liberdade de manifestação do pensamento e da informação". Portanto, é claro o cuidado do constituinte em tutelar ambos aspectos do direito à liberdade de expressão uma vez que estamos numa sociedade fundada na democracia.[213]

---

[212] SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n.16, p. 1-39, maio/jul./ago., 2007, p. 12.

[213] O autor complementa dizendo que a liberdade de expressão tem ampla proteção no âmbito internacional, através do artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. (FARIAS, Edilson Pereira. **Liberdade de expressão...,** 2001, p. 99. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/79426/182787.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acessado em: 23 nov. 2019).

Seguindo esse raciocínio, cabe definir os dois tipos de liberdade e a atuação do Estado frente a esse direito. Quanto às liberdades negativas e positivas, Franca e Santos ensinam:

Observa-se que a liberdade no modelo do Estado liberal se caracteriza como um direito negativo que limita o Estado para que ele não impeça a manifestação de ideias ou opiniões do indivíduo, opondo-se, portanto, a todo o tipo de intrometimento do Estado na esfera particular da pessoa. Quanto aos moldes do paradigma do Estado social, a liberdade de expressão caracteriza-se tanto como negativa, mas também como protetiva, com vistas a estar em conformidade com os interesses da coletividade.[214]

Deste modo, continua os autores, pode-se afirmar que o primeiro modelo de liberdade de expressão, como liberdade negativa, é caracterizado pelo Estado não dever intervir em assuntos sobre a liberdade de expressão. Na liberdade negativa, não há interferência. O Estado deve ser neutro sobre o conteúdo da expressão, o que tem levado a considerar inconstitucional uma regulação que proíba opiniões e ações racistas, por exemplo. Esse modelo é o adotado pelos Estados Unidos da América.

Quanto ao segundo modelo, que é o adotado pela Alemanha, observa-se nítida preocupação com a restrição da liberdade de expressão. Sem dúvida, a liberdade de expressão constitui direito fundamental, mas convive com o princípio da dignidade humana a lhe opor limites. É importante ressaltar que neste modelo o princípio da dignidade humana adquire valor máximo de hierarquia no ordenamento jurídico e que haverá sempre a ponderação de valores em face de conflitos entre direitos fundamentais.

A posição de Sarmento é também para um Estado social quanto às liberdades afirmando que, apesar da liberdade de expressão ser preponderantemente de dimensão negativa, também se faz necessário uma atuação positiva do Estado que assegure se exercício, tendo em vista vivermos em uma sociedade desigual.[215]

Conclui-se, portanto, que na ótica desses autores o Estado tem não apenas o dever de se abster de violar o direito à liberdade de expressão, mas também a obrigação de o promover concretamente, de garanti-lo frente às ameaças decorrentes da ação de particulares.

---

[214] FRANCA LUNA, Nevita; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e Discurso de ódio no Brasil. **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN** – v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014, p. 251.

[215] SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo..., 2007, p. 17.

Dessa forma, como direito de raiz liberal, a liberdade de expressão, deve ser desfrutada, via de regra, sem restrições. Como salienta Sarlet, todos os direitos estariam abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que caberia a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens.[216]

Contudo, apesar de ser uma liberdade amplamente protegida, a liberdade de expressão não é marcada como um direito absoluto, ela não é ilimitada. Schier assim afirma "As chamadas restrições de direitos fundamentais são, por certo, admitidas, desde que a limitação respeite o chamado "núcleo essencial do direito restringido".[217] Ou seja, o núcleo duro proveniente das disposições constitucionais garante o exercício pleno desse direito, devendo, porém, suas limitações serem estritamente fundamentadas.

OS LIMITES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Embora seja considerado um direito de categoria fundamental para a sustentação de um regime democrático e de ser característico de sua essência a dignidade humana, asseveara-se que o direito à liberdade de expressão não é absoluto. Seguramente, seja em qualquer situação, as liberdades em espécie precisarão observar e respeitar a autonomia do sistema jurídico, convivendo em consenso com outros direitos constitucionais, para não divergir da unicidade pretendida do ordenamento.[218]

Quanto ao caráter não absoluto da liberdade de expressão, afirma Sarlet:

> praticamente não é contestado no plano do direito constitucional contemporâneo e mesmo no âmbito do direito internacional e dos direitos humanos" e "encontra limites no exercício de outros direitos fundamentais e salvaguarda, mesmo na dimensão objetiva (por via dos deveres de proteção estatal), de outros bens jurídico-constitucionais [...]", existindo, entretanto, uma controvérsia quanto às quais são esses limites, limites estes que deverão ser delineados pelo Poder

[216] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos...**, 2012, p. 84.
[217] SCHIER, Paulo Ricardo. **Direitos fundamentais, cláusulas...,** 2009, p. 8.
[218] CASTRO, Matheus Felipe; FREITAS, Riva Sobrado. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão**. Sequência,** Florianópolis, n. 66, p. 327-355, jul. 2013, p. 329.

> Judiciário no julgamento do caso concreto quando houver conflito (colisão) entre direitos fundamentais, quando então deverão "promover a concordância prática (harmonização) entre os direitos e princípios conflitantes, aplicando-se sempre a noção dos limites aos limites dos direitos fundamentais e os critérios daí decorrentes [...][219]

No ordenamento brasileiro, a liberdade de expressão tem seus limites contornados de duas formas. Pode estar limitado expressamente nas disposições da Constituição Federal (restrições expressas) ou a limitação pode estar autorizada pelo constituinte (a se fazer por lei infraconstitucional) e, também pode haver limitação nos casos em que há colisão entre direitos de titulares diferentes, ou seja, nos casos concretos (restrições tácitas).

Alexy, utilizando de outra terminologia assim também define:

> "Como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas. As restrições de hierarquia constitucional são restrições diretamente constitucionais, e as restrições infraconstitucionais são restrições indiretamente constitucionais."[220]

Os limites expressos estão, por exemplo, segundo Barroso, por vários artigos da Constituição Federal, exemplificando na liberdade de comunicação e de informação, nos direitos da personalidade, sobretudo a honra, a imagem, a intimidade e a vida privada, na segurança da sociedade e do Estado, e na proteção da infância e da adolescência.[221]

Impende ressaltar, como dito, que inexiste no sistema constitucional brasileiro um direito fundamental que seja absoluto, com atuação ilimitada. No entanto, toda restrição infraconstitucional, que deve ser autorizada pelo constituinte (restrição tácita), deve vir fundamentada no texto constitucional. Assim afirma Farias:

---

[219] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 467-468.

[220] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 287.

[221] BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Intrpretação constitucionalmente adequada do Cödigo Civil e da Lei de Imprensa.. Revista de Direito Administrativo, n. 235, jan./mar. 2004, p. 13. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026 Acessado em: 25 nov. 2019.

> acatando o postulado segundo o qual a ordenação jurídica democrática não reconhece valor absoluto a qualquer direito ou liberdade, sujeita a liberdade de expressão e comunicação, como também a garantia institucional da comunicação social, a vários tipos de restrições, [...]", dentre elas afirma que a Constituição impõe diretamente algumas ou autoriza a lei a estabelecê-las, o que denomina de "restrições expressas" e em outras "hipóteses implicitamente abona que o legislador ou o judiciário formulem restrições, quando imprescindíveis, para salvaguardar outros direitos fundamentais ou bens comunitários constitucionalmente protegidos" o que denomina de "restrições tácitas [...]", entretanto "independentemente das circunstâncias e das razões de ordem pública ou de ordem puramente individual invocadas, a restrição deverá sempre se apoiar no texto constitucional para ser legítima. Este é um princípio básico e inafastável nesta matéria.[222]

Robert Alexy, por sua vez, explica que uma norma só poderá restringir um direito fundamental, desde que seja compatível com a Constituição. Se caso a norma seja inconstitucional, ela não poderá restringir. Assim, conclui que "normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem compatíveis com a Constituição".[223]

Destarte, apenas leis autorizadas pela Constituição é que podem restringir direitos, liberdades e garantias. Isto é, quando não for encontrada limitação expressa na Constituição o direito à liberdade de expressão poderá ser restringida por lei, desde que obedecidos aqueles limites anteriormente impostos.

Neste sentido Franca e Santos, citando Machado, asseveram que a doutrina difere os limites constitucionalmente expressos e os limites constitucionalmente autorizados. Os expressos são de nível diretamente constitucional, no qual o próprio constituinte realizou a ponderação de bens ao configurar o âmbito de tutela dos direitos fundamentais. Enquanto os autorizados não tem operação imediata, dependem de lei.[224]

Outra forma de limitar a liberdade de expressão é quando esta liberdade colide com outros direitos, garantias ou liberdades de mesmo status em casos concretos, sendo esta também uma limitação tácita.

---

[222] FARIAS, Edilson Pereira. **Liberdade de expressão...**, 2001, p. 221-222.
[223] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...,** 2008, p. 284.
[224] FRANCA LUNA, Nevita; SANTOS, Gustavo Ferreira. **Liberdade de expressão...**, 2014, p. 246.

Assumindo um caminho de delimitação do tema ora debatido, importa dizer que em uma sociedade plural é comum existirem conflitos de interesses. Em muitos casos, essa liberdade de expressão, isto é, a manifestação do pensamento, aqui especificamente estudada, entra em conflito com outros direitos e valores constitucionalmente protegidos e, dentro dessas hipóteses, estão as manifestações de conteúdo violento, intolerante e preconceituosos. Então surge a questão que consiste em saber até que ponto essas manifestações entendidas como "discurso de ódio" estariam protegidas pelo direito fundamental da liberdade de expressão.

SOBRE O DISCURSO DE ÓDIO

Brugger define o discurso de ódio através dos elementos que o compõe, quais seja: a discriminação e a externalidade. Quanto ao elemento discriminação afirma que "se refere a palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas".[225]

O elemento externalidade, é entendido como toda expressão de discurso, isto é, seria a passagem das ideias do mundo da cogitação, do abstrato, para o mundo da realidade, do palpável. O discurso que não é colocado para fora, que não é externado, continua sendo pensamento, está no plano privado. A pessoa pode até pensar com o sentimento de ódio, mas se não externar por meio de discurso (palavras, gestos, atitudes), não causa prejuízo algum a ninguém, já que o pensamento continua na mente de agente. Nestes casos, o direito não atua porque o pensar é livre a todos cidadãos.[226]

O problema surge quando as ideias são externadas pela palavra publicada. Conforme Waldron, citado por Stroppa e Rothenburg, o problema surge quando o pensamento toma forma de palavra publicada. Neste caso, o discurso passou a existir e está hábil para

---

[225] BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Revista de Direito Público**, v. 15 n. 117, jan./mar. 2007, p. 118.

[226] SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 7, n. 2, p.445-468, dez. 2011, p. 447.

atingir de forma nociva os denegridos. Portanto, somente a partir da publicação do pensamento que o dano pode ser causado a uma ou várias pessoas e que o Direito tem o dever de intervir para impedir a reiteração da conduta, a propagação da mesma e aplicar as sanções adequadas.[227]

O discurso de ódio se caracteriza, basicamente, pelo alastramento de mensagens que estimulam o ódio racial, a xenofobia, a homofobia e outras formas de ataques baseados na intolerância, na discriminação e que afrontam os limites do bom senso de convivência, com a finalidade de excluir, privar e até mesmo eliminar "o alvo" do convívio social.[228]

Portanto, manifestações com conteúdo violento, intolerante e preconceituoso tendem a ser entendidas como não protegidas pelo direito ao exercício da liberdade de expressão, sendo uma atuação que extrapola os limites a esse direito, violando valores e outros direitos constitucionalmente protegidos.

O discurso de ódio não se mostra como uma simples discordância quanto aos estilos de vida. Esse discurso menospreza, desqualifica e inferioriza o ser humano. É uma atitude de marginalização, que reduz os indivíduos, causando um desrespeito social que acaba por gerar violência.

Alerta Sarlet que se esse discurso de ódio fere uma das caraterísticas primordiais do homem, tanto individual quanto coletivamente considerado, que é a dignidade da pessoa humana. A dignidade se mostra como uma qualidade intrínseca e específica do ser humano visto na sua própria dimensão; mas, também, é uma qualidade que exige reconhecimento e respeito por todos os demais seres humanos vistos como sociedade. Juridicamente, explica o autor, a dignidade se mostra por dois vieses: a um, porque restringe a ação humana como forme de impor uma proteção contra atos que podem causar prejuízos; e a dois, porque, assim como restringe a ação, a dignidade também tem que ser promovida como garantia de bem comum a todos.[229]

No caso de uma pessoa se manifestar com um discurso de ódio a outra, essa dignidade é atingida na sua dimensão de coletividade, uma vez que cada um deve respeitar o

---

[227] STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM)**, v. 10, n. 2, 2015, p. 5.

[228] Ibidem, p. 6.

[229] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos...**, 2012, p. 73.

outro. Pior acontece nos casos de discurso odiento, pois, não só o indivíduo é atacado, mas também um grupo social. Uma pessoa sendo atacada diretamente, implica reconhecer que todas as outras que partilham das mesmas características que desencadearam o ato discriminatório, também serão atingidas quando tiverem contato com aquele discurso de ódio.[230]

Logo, ainda que alguém seja atingido pelo discurso de ódio individualmente, terá havido violência em relação a todo segmento social. Essa violência é um prejuízo não divisível e difuso quanto a seu alcance.

Com efeito, definido o que vem a ser discurso de ódio, é necessário adentrar na discussão de como, hodiernamente, um "discurso de ódio" se propaga com força, facilidade e rapidez na esfera comunicativa e como está sendo seu tratamento no âmbito penal brasileiro.

[230] SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe. **Discursos de ódio em redes sociais...**, 2011, p. 449.

O ANTISSEMITISMO NO CASO ELLWANGER E A RAZÃO DE DECIDIR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ANTI-SEMITISM IN THE ELLWANGER CASE AND THE REASONING OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Katiuscya Ayecha Heise Ferreira Binde[231]

INTRODUÇÃO

Após quatorze anos do julgamento do *habeas corpus* nº 82.424-2 pelo Supremo Tribunal Federal, que teve como paciente o escritor e editor de livros Siegfried Ellwanger, a importância do caso ainda persiste, seja pelo arcabouço jurídico utilizado nas razões de decidir ou pela falta dele.

O "Caso Ellwanger" na realidade é de peculiar conjectura na ordem jurídica brasileira, tendo tido bastante repercussão à época. Ellwanger utilizava o pseudônimo de S. E. Castan foi autor e editor de livros chamados "revisionistas", de cunho fortemente antissemita e que possuíam, principalmente, o intuito de questionar a existência do holocausto judeu durante a Segunda Guerra Mundial, bem como defender a ideia de que diversos dos males da sociedade mundial eram oriundos dos hebreus.

Em virtude da publicação de tais obras, Ellwanger foi condenado na primeira instância a pena privativa de liberdade de 2 (dois) por ter cometido o crime tipificado no artigo 20 da Lei 7.716 de 1989 (alterada pela Lei nº 8.081/1990). Após a condenação o sentenciado interpôs *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça, o qual fora denegado,

[231] Mestra em Direito - UNINTER - 2018. Graduada em DIREITO - 2015. Integrante do Programa de Iniciação Científica - UNINTER - ramo de pesquisa: Tribunal Constitucional Internacional. Integrante do Grupo de Pesquisa Processo e efetividade da tutela jurisdicional - UINITER Pesquisadora e membro do Projeto de Pesquisa TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL - TRATADO SOBRE A VIABILIDADE CIENTÍFICA PARA A SUA CRIAÇÃO, Coordenado pelo Prof. Pós-Doutor Alexandre Coutinho Pagliarini. Linha de Pesquisa JURISDIÇÃO E PROCESSO NA CONTEMPORANEIDADE. Grupo de Pesquisa PROCESSO E EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL, liderado pela Profª Drª Andreza Cristina Baggio. IES: Centro Universitário Internacional UNINTER (Curitiba-PR). Assessora Jurídica DPEPR. Professora de Direito Constitucional, Direito Penal e Economia Política da Universidade Campos de Andrade. Tutora EAD do Curso Intensivo Preparatório para Magistratura Estadual da Escola da Magistratura do Paraná.

buscando então junto ao Supremo Tribunal Federal desqualificar o crime de racismo por meio de novo *habeas corpus*, no qual caso fosse concedida a ordem, o crime não seria mais tido como imprescritível e o ato não poderia mais ser punido pela ocorrência da prescrição intercorrente.

O estudo acerca das razões de decidir dos ministros no presente caso é o foco central deste artigo.

O preconceito contra judeus é um dos mais antigos atos na história da humanidade, tendo ganhado foco principal no estudo de sociólogos e historiadores, ganhando proporções inimagináveis com o holocausto na Segunda Guerra Mundial (também conhecido como Shoá[232]). Por esta razão a primeira análise a ser feita no presente artigo, de forma breve, são as origens do antissemitismo como forma de racismo e sua aparição na história mundial e, mais especificadamente no Brasil. Tal análise é necessária, pois para entendermos os rumos da humanidade é essencial estudarmos os caminhos traçados por ela até então, como uma forma de análise sistemática.

Após, passar-se-á a ser estudada aquela que é tida como a principal obra de Ellwanger, chamada "Holocausto: Judeu ou Alemão", para que, por fim, possa ser analisada a decisão do Supremo Tribunal Federal e as razões de decidir dos ministros que participaram do julgamento.

O Brasil é conhecido comumente como um país sem preconceitos raciais, no qual a miscigenação entre as diversas etnias que aqui se estabeleceram reforçaria esta ideia. Contudo episódios de discriminação racial correntemente ainda acontecem no cenário brasileiro. No corrente ano, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul passou por tristes momentos, quando alunos desenharam nas paredes da universidade a suástica nazista e palavras de ódio. Ainda, existe no Brasil denominado "Partido Nacional-Socialista Brasileiro", com plano de ação que envolve desde a divulgação de material nacional-socialista até a infiltração nos meios sociais para a difusão de suas ideias.

Em contrapartida, em 2007, entrou em vigor uma lei sancionada pela União Europeia (UE) que pune com prisão quem negar o Holocausto.

---

[232] Shoá, do hebraico catástrofe, destruição.

Perceba-se que a comunidade que vivenciou diretamente as tragédias perpetradas contra as diversas culturas na segunda guerra mundial, possui um posicionamento radical sobre a questão, o que ressalta aos olhos quando comparado com o Brasil, talvez pelo distanciamento em que os eventos se deram, porém se sabe que os reflexos desta tragédia impactaram todo o mundo, não sendo mais, minimante aceitável que algo de tal magnitude possa continuar a ocorrer. Esta, sem sombra de dúvidas é a principal motivação e importância deste estudo.

O ANTISSEMISTISMO NA HISTÓRIA

Para Zygmund Bauman o antissemitismo representa o ressentimento contra os judeus. “Refere-se à concepção dos judeus como um grupo estranho, hostil e indesejável e às práticas que derivam dessa concepção e a sustentam”.[233]

Embora alguns historiadores sustentem que o antissemitismo surgiu com a destruição do segundo templo de Jerusalém no ano de 70 d.C.[234], atos de agressão contra os judeus podem ser localizados muito antes disso. Em 414 a.C., no Egito governado por Dario II, ocorreu o que pode ser tido como a primeira agressão religiosa direcionada aos judeus, com a destruição do santuário Judeu de Javé.[235]

A era pré-cristã ainda foi marcada por outras ações contra os judeus, sendo quase unânime a posição de políticos e escritores gregos, romanos e egípcios de que os judeus eram um povo destacado do restante da humanidade e que, sempre que possível, atacariam os demais povos sendo nos anos 38, 66, 70, 115 e 132 documentados as primeiras tragédias da história, com o massacre de centenas de milhares de judeus pelos mais diversos motivos políticos e sociais.[236]

---

[233] BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 1998. p. 53-54.

[234] Ibidem, p. 54.

[235] MESSADIÉ, Gerald. **História geral do anti-semitismo**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p.34.

[236] Ibidem, p. 42-86.

Com a chegada da era cristã a situação dos hebreus não sofreu qualquer alteração. Os judeus foram por muitos anos considerados como aqueles que traíram Jesus por dinheiro.[237] O batismo cristão tornou-se obrigatório para os judeus em Bizâncio (632), França (633) e Espanha (613). Sinagogas foram destruídas ou confiscadas em Minorca em 418, Ravena em 495, Genova em 500, entre outros locais, e os judeus destas cidades foram obrigados a se converterem ao cristianismo.[238]

A intolerância contra os judeus não cessou com a chegada do primeiro milênio da era cristã, como bem apontado por Willian Nichols, o III Reich não trouxe novidades em relação a perseguição contra os judeus (aqui não refere-se ao holocausto-Shoá) que a igreja católica já não tenha feito, desde a utilização de uma insígnia nas roupas (determinado pelo concílio de Latrão, em 1215, até a proibição aos cristãos de venderem seus bens aos judeus (decretada pelo Sínodo de Ofen em 1279)[239], ainda, durante a inquisição, não apenas mulheres que praticavam a cura pelas ervas morriam nas fogueiras pela acusação de bruxaria, mas também os judeus foram vítimas desse período negro da Idade Média.

Na Idade Média, o empréstimo de valores era uma das poucas atividades permitidas para os judeus, uma vez que a usura era proibida aos católicos pelo concílio de Latrão (1139). [240]O fato de os judeus serem experientes no empréstimo de valores os capacitava a serem administradores das finanças da nobreza, assim quando os Estados europeus se desenvolveram econômica e politicamente no século XVII os judeus auxiliaram nesse desenvolvimento, assim passando a usufruir de alguns privilégios e a constituir um grupo especial.[241]

Assim, "durante os séculos XVII e XVIII, os judeus ricos e protegidos, denominados de 'judeus da corte', podiam viver onde quisessem viajar livremente pelo reino, portar armas e possuir proteção especial das autoridades locais. Isto ajudou ainda mais para a sua deslocalização, o que ia ao encontro dos interesses dos Estados, que necessitavam de seus

---

[237] FINZI, Roberto. **Anti-semitism**: from its european roots to the holocaust. Nova Iorque: Interlink Books, 1999.p.13.
[238] Op. Cit.
[239] MESSADIÉ, Gerald. Op. cit., 2003, p. 153.
[240] FINZI, Roberto. Op. cit.,p.15.
[241] ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Companhia das Letras, São Paulo. 2006. p.31.

empréstimos, e dos judeus, que pretendiam sobreviver como um grupo independente do local onde se encontravam".[242]

Com o surgimento do imperialismo (final do Séc. XIX) com o aparecimento do imperialismo, a realização de negócios com o Estado tonou-se um negócio atraente, o que desprestigiou a posição assumida pelos judeus até aquele momento. Porém, a ligação com a aristocracia permaneceu intocada. O que fez com que para muitos gentios liberais os aristocratas e os judeus fossem considerados o mesmo tipo cultural. Diversos judeus, destacados de sua comunidade, continuaram a financiar governos, como é o caso de Rothschild na França, os quais prestaram serviços para Luís Felipe, para os revolucionários e, depois, para Napoleão III.[243]

Esse elo entre aristocratas e judeus com seu apoio financeiro à aristocracia, sem qualquer ligação ideológica, contribuiu para o crescimento do antissemitismo na época com as revoluções liberais, que acreditavam ser a eliminação do povo judeu o primeiro passo no combate à aristocracia. No final do século XIX, com escândalos financeiros que assolaram a Europa, os judeus que patrocinavam os regimes estatais foram largamente acusados da crise financeira e pela ruína das classes médias inferiores.[244]

Em 1920, agravando ainda mais a situação dos judeus, diversas teorias raciais surgiram ao redor do globo; nos Estados Unidos da América (U.S.A.) o jornal "The Times" publicou um artigo sobre um suposto escrito que revelava uma associação diabólica com finalidade de dominar o mundo através de ideias democráticas socialista-comunista. Tal reportagem foi à primeira tentativa fraudulenta de publicar ao grande público os chamados "Protocolos dos Sábios de Sião". Este documento influenciou até mesmo pessoas esclarecidas da época – o Ministro americano Winston Churchill e o Papa Bento XV, que chegaram a expressar temor em relação ao perigo de dominação judaica.[245] Até hoje, o fraudulento Protocolo dos Sábios de Sião são tidos como prova inequívoca da intenção dominante dos judeus, tendo sido, inclusive, recentemente publicado no Brasil pela editora de Siegfried Ellwanger. Ainda, outras obras merecem destaque, na tentativa de embasar cientificamente o antissemitismo: "Ensaio sobre a desigualdade das raças humanas" do francês Arthur de

[242] Ibidem, p. 32-33.
[243] Ibidem, p. 35-44.
[244] Ibidem, p. 52-56.
[245] FINZI, Roberto. Op. cit.,p. 61-68.

Gobineau, “Os Fundamentos do século XIX”, de Houston Stewart Chamberlaine; e “O Mito do século XX” do nacional-socialista Alfred Rosenberg.

O francês Gobineau, provavelmente não era antissemita, porém sua obra possuía a ideia de uma raça pura (pelas características físicas e intelectuais), o qual foi utilizada pelos doutrinadores nazistas, pois como acreditavam ter várias virtudes da nobreza, e os judeus não haviam sido citados na obra de Gobineau, e como não eram arianos, seriam, segundo os intérpretes racistas da obra desprovidos de todas as virtudes.[246] Chamberlain escreveu a “bíblia do racismo” com fundamento nas ideias de Gobineau, ressaltando a necessidade de preservação do sangue alemão contra fatores externos. Rosenberg foi o teórico fundamental do partido nazista, sendo que sua obra ficou atrás somente da doutrina do *Füher*, que acreditava que os valores da raça ariana não podiam se perder pela miscigenação e raças.[247]

Essa breve análise, faz notas as razões que eclodiram no grande horror do holocausto, onde todos os indesejáveis-em especial os judeus- foram largamente exterminados sobre um pretexto pseudo-científico. A história é marcante pela quantidade de seres-humanos mortos, hoje, dados concretos da Segunda Guerra, estimam que foram assassinados: 12,5 milhões de eslavos (Academia russa de ciências); 5,9 milhões de judeus[248] (sendo 3 milhões nominalmente verificáveis no banco de dados do Museu Yad Vashem); 2 a 3 milhões de prisioneiros de guerra soviéticos[249]; 1,8 a 2 milhões de poloneses (Memorial do Museu do Holocausto americano); 220.000 a 1,5 milhão de ciganos[250]; 200 a 250 mil deficientes[251]; 80 a 200 mil maçons; 20 a 25 mil eslovenos; 5 a 15 mil homossexuais; 2.500 a 5 mil testemunhas de jeová[252] (importante destacar que até os dias atuais é feito o levantamento de vítimas do partido nacional-socialista).

Os dados acima revelam que a população judia não foi a que em maior número sofreu com a dizimação perpetrada, mas é visível que foi a maior população que em razão de

---

[246] MESSADIÉ, Gerald. Op. cit.,p. 277

[247] FINZI, Roberto. Op. cit.,p.91.

[248] DAWIDOWICZ, Lucy. **The War Against the Jews**: 1933–1945. New York: Bantam Books, 1986. p.403.

[249] BERENBAUM, Michael. **The World Must Know**: The History of the Holocaust as Told in the United States Holocaust Memorial Museum Revised Edition. New York. Litle, Brown and Company, 2005.p.125.

[250] Ibidem, p. 126.

[251] HODAPP, Christopher. **Freemasons for Dummies**. In: Hitler and the Nazis. Indianapolis: Wiley Publishing, 2005.p. 85.

[252] GARBE, Detlef. **Social Disinterest, Governmental Disinformation, Renewed Persecution, and Now Manipulation of History?**. In: Hans Hesse. Persecution and Resistance of Jehovah's Witnesses During the Nazi-Regime 1933–1945. Bremen: Edition Temmen, 2001.p. 251.

sua crença sofreu com a "solução" nazista (termo comumente utilizado por Hitler e seus comandantes).

No Brasil o preconceito racial foi uma realidade durante os três séculos em que foi colônia de Portugal. Judeus, mouros, negros, mulatos, indígenas, cristãos-novos e ciganos eram considerados inaptos para participar da sociedade colonial (Carneiro, 1988,0p. 195).

Tal preconceito ainda marcou o período em que vigeu o Tribunal da Inquisição no Brasil, onde se verificou na história documentada da época inúmeras agressões ao povo judeu.

Após este período várias tentativas singelas de melhorar a condição de existência do povo judeu foi tomando forma no Brasil, Marquês de Pombal em 1773, promulgou uma lei vedando a distinção entre cristãos-novos e cristãos-velhos, como uma forma de diminuir a discriminação pelos judeus convertidos ao cristianismo, porém a Constituição Imperial de 1824, instituiu a religião Católica Apostólica Romana como a religião do Império, vedando aos judeus a profecia de sua fé.

A liberdade religiosa no brasil ganhou contornos liberais com a chegada da república, com a Constituição de 1891, em que ficou positivada a liberdade no estabelecimento de sinagogas pelo território nacional.

Muitos anos após o Holocausto, a perseguição ao povo judeu continua vivo. No Brasil de 2005, enquanto na Europa se comemorava os 60 anos da vitória dos aliados na 2ª Guerra Mundial, em Por Alegre, três estudantes foram espancados por serem judeus, após saírem de uma comemoração que lembrava o fim do nazismo. Na casa dos agressores foram encontrados panfletos, livros, cds e cartazes que incitavam o ódio racial.

É tradição brasileira falar-se de raça para além da referencia dos negros, até por vezes de forma elogiosa, sendo a palavra usada como signo distintivo de outros segmentos humanos, nos soando familiar a expressão "colônia alemã, italiana, japonesa, espanhola, e etc."

Nas palavras de Darci Ribeiro, "a característica distintiva do racismo brasileiro é que ele incide sobre a origem racial das pessoas, mas sobre a cor da pele".[253]

---

[253] Ibidem, p. 225

Neste contexto, o brasileiro Sigfried Ellwanger Castan publicou e escreveu livros, em específico a obra intitulada “Holocauto Judeu ou Alemão? – nos bastidores da MENTIRA DO SÉCULO”. Tal obra pertence ao movimento denominado revisionista histórico, os quais possuem a ideia básica de não há fatos históricos inquestionáveis, sendo que a história foi contada pelos vencedores, no caso da 2ª Guerra, alegam que não há provas de que realmente aconteceu o Holocausto, ou que não aconteceu na proporção que se costuma divulgar. O Holocausto na visão do Elwanger seria apenas um mito criado pelos judeus, havendo inclusive provas científicas indicando que os acontecimentos de desenrolaram de forma diversa daquela geralmente divulgada. O autor ainda questiona a utilização das câmaras de gás para extermínio dos judeus, embasando sua alegação em parecer subscrito pele Engenheiro Fred A. Leuchter Jr., ainda, questiona a quantidade de judeus mortos, sob o argumento de que os crematórios não possuíam capacidade suficiente para eliminar aproximadamente 6 milhões de judeus. Alega ainda que as informações constantes nos pereceres Leuchter seriam provas cabais de que o Holocausto nunca ocorreu, sendo a divulgação de tais pareceres impedida pela imprensa mundial por esta ser dominada pelos judeus.

BREVE ANÁLISE DA OBRA “HOLOCAUSTO JUDEU OU ALEMÃO? – NOS BASTIDORES DA MENTIRA DO SÉCULO”.

Na visão do autor, o livro em questão é uma pesquisa histórica que apresenta fatos desconhecidos da população mundial, sendo que ali constam a verdade por ele proferida versus a “mentira do século”.

Em trechos das obras do autor e por ele editadas e republicadas é possível verificar o cunho ideológico antissemita que é propagado em seu livro, confira-se:

> Porque todo judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação. Os métodos de ação das classes baixas judaicas não visam somente a libertar-se da repulsão social, mas anelam francamente o poder. É essa vontade de dominar que caracteriza seu espírito. Num mundo de Estados territoriais organizados, o judeu tem apenas duas fórmulas: derrubar os pilares de todo os sistemas nacionais dos Estados ou criar o próprio Estado nacional.

> O judeu é adversário de toda ordem social não judaica (...) o judeu é um autocrata encarniçado (...) **não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judia**, que deseje e respeite mais do que esta o poder (...) **Povos antijudaicos do mundo**, uni-vos, antes que seja tarde demais. Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. **É uma inclinação racial. O nosso Brasil é a carniçada monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora**" (grifo nosso).[254]

São breves trechos, para somente sinalizar a verdadeira intenção da doutrina de Ellwanger, que sob um pretexto revisionista histórico, incutiu em meio as suas obras ideais antissemitas, assim como os lidos nas doutrinas embasadoras do arianismo, assim como os propagados nos "Protocolos dos sábios de Sião", assim como os ouvidos nos discursos do *Führer.*

O objetivo do livro é claramente perceptível em seu prefácio, ficando claro que seu objetivo é rever a história do Holocausto, defendendo a tese de que deveriam ser revogadas as leis que tratavam os crimes contra a humanidade como imprescritíveis, ao fim, de uma forma que beira a excentricidade, Castan (Ellwanger) afirma que: "Qualquer citação sobre o Sionismo ou referências sobre Judeus Internacionais não deverá ser considerada contra pessoas que professam a religião judaica, que residem e trabalham pacificamente conosco".[255]

Ainda, quanto ao momento histórico da primeira Guerra Ellwanger dissemina a ideia de que em verdade o que ocorreu na segunda guerra foi ocasionado pelo comportamento de judeus que propagavam notícias de que a Alemanha seria massacrada na 2ª Guerra Mundial, impingindo a responsabilidade às vítimas.

Mais adiante em sua obra Elwanger descreve os pavilhões de Auschwitz como instalações de luxo, melhores em estrutura do que a dos fuzileiros, onde ficou instalado entre 1946/48. Tais declarações são ainda mais absurdas quando o autor passa analisar fotos dos campos de concentração alegando que eram falsas, desenhos adulterados da realidade.[256]

A leitura da referida obra, deixa evidente o cunho antissemita com que são redigidos os textos e revistos os "fatos" pelo autor, qualquer leitor ingênuo e propenso a

---

[254] CASTAN, S. E. Holocausto: Judeu ou alemão. Porto Alegre: Revisão Editora Ltda, 1987. p.24.
[255] Ibidem, p.10.
[256] Ibidem , p. 148-247.

alguma forma de antissemitismo sem dúvidas sentir-se-á impregnado pelas ideias e pela "verdade" em suas páginas professadas.

O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 84.242-4/RS E A RAZÃO DE DECIDIR DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Castan ou Ellwanger, ou ainda Sigfried Ellwanger Castan, foi condenado em 31 de outubro de 1996 à pena de 2 (dois) anos de reclusão, com direito a *sursis*, como incurso nas penalidades do crime de racismo contra os judeus. Ocorre que entre o recebimento da denúncia e seu julgamento passaram 11 meses e 16 dias, estando com fundamento no artigo 109 do Código Penal[257] o crime prescrito na modalidade intercorrente, pela inércia estatal, uma vez que entre o oferecimento da denúncia e seu recebimento passaram-se mais de 4 anos, caso se tratasse de um crime comum. Ocorre que o crime de racismo previsto na Constituição Federal em seu artigo 5, XLII, não autoriza a aplicação da prescrição para tais crimes.[258]

Sendo, exatamente este ponto utilizado pelos defensores de Ellwanger para eximi-lo do cumprimento da pena que lhe foi imposta pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; sob o fundamento de que os judeus não representam uma raça, sendo impossível o crime de racismo, devendo a conduta de Ellwanger ser tida como prescritível.[259]

O primeiro *Habeas Corpus* impetrado em nome do paciente Ellwanger por sua defesa foi perante do Superior Tribunal de Justiça, o qual não obteve êxito na concessão da ordem libertária, vindo em sequência impetrar novo *Habeas Corpus* junto ao Supremo Tribunal Federal, o qual está em foco no presente artigo.

---

[257] Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (...) V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

[258] A**rt. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

[259] Op. Cit.

Após o indeferimento da liminar requerida, houve o pronunciamento do Procurador Geral da Republica, Cláudio Lemos Fonteles, que se manifestou pelo indeferimento do *write,* ao argumento de que o crime de racismo previsto na Constituição Federal era regulamentado pela Lei 7.716/89, alterada em 90 pela Lei nº 8.081, possuindo o artigo 20 a seguinte redação:

> " Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.
>
> Pena: reclusão de um a três anos e multa.
>
> § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo
>
> Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.
>
> § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza
>
> Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa"

Assim, na visão do PGR, o racismo esculpido na CF/88 sob a ótica da Lei que versa especificadamente sobre este crime, ficou claro que a conduta do paciente não se resumiu somente a questão racial, devendo ser estendida interpretação constitucional aos outros tipos de discriminação presentes no artigo 20, da referida Lei.

Ainda, o parecer subscrito pelo il. Jurista Celso Lafer, ex-Ministro das Relações Exteriores do Brasil, foi contundente em rebater os fundamentos expostos pela defesa no *Habeas Corpus,* aduzindo que limitar o crime de racismo ao conceito biológico de raça seria esvaziar completamente os objetivos da Constituição ao ter em seu corpo a previsão de tal delito. "A inexistência de raças poderia representar a inexistência do racismo, justificando uma inação, que ninguém ousaria suscitar como posição".[260]

Assim, seu entendimento engendrou no sentido de que o racismo não poderia ter um sentido estritamente biológico, sendo este um fenômeno social, tendo "o seu núcleo nas

---

[260] LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005. p. 49.

teorias e ideologias e na sua divulgação, que discriminam grupos e pessoas, a elas atribuindo as características de uma 'raça inferior".[261]

Referente ao posicionamento dos il. Ministros que votaram em maioria pelo indeferimento do *write,* a questão que de grande forma instigou-os foi de limitar ou abranger a interpretação do crime de racismo, e até onde as condutas do paciente estariam albergadas pela liberdade de expressão ou afrontariam a dignidade da pessoa humana e a vedação a todo tipo de discriminação previsto na CF/88.

O Ministro Celso de Mello antecipou seu voto, ressaltando que a questão principal a ser discutida era se a prática de antissemitismo encaixar-se-ia no crime de racismo. Fundamentando amplamente seu voto nos institutos de Direito Internacional, em especial na proteção à dignidade da pessoa humana de qualquer origem; o Ministro também votou contrariamente ao *habeas corpus*, entendendo que "aquele que ofende a dignidade pessoal de qualquer ser humano, especialmente quando movido por razões de fundo racista, também atinge - e atinge profundamente - a dignidade de todos e de cada um de nós".[262]

Ministro Gilmar Mendes que, da mesma forma que realizado pelo Ministro Celso de Mello, acreditou que a amplitude do crime de racismo era a questão mais grave a ser solucionada, concluindo que, indiferentemente do critério antropológico ou biológico, é impossível negar o caráter racista do antissemitismo, que possui um caráter histórico.

A Ministra Ellen Gracie, da mesma forma solicitou antecipar seu voto diante dos pedidos de vista ao processo. A Ministra acompanhou o entendimento de seus colegas no sentido de que o conceito de "raça" não poderia ser visto de um ponto de vista biológico, eis que esta distinção, entre seres humanos, é inexistente. Por este motivo, as manifestações racistas não partiriam de um conceito racional/científico e, assim, o preconceito existente nas declarações antissemitas das publicações de Ellwanger enquadrar-se-iam perfeitamente no crime de racismo, Indeferindo, também, o *habeas corpus*. O Ministro Cezar Peluso, dizendo não ter mais dúvidas quanto ao caso frente às exposições realizadas pelos seus colegas, também antecipou seu voto e, de forma sucinta, concluiu que restringir o conceito de "raça" à

[261] Idem.
[262] Op. cit.

noção científica seria esvaziar o conteúdo da Constituição e não seguir o seu real intuito, razão pela qual, também denegou o *habeas corpus*.[263]

O Ministro Carlos Ayres Britto versou também sobre o mérito do *habeas corpus* em questão. Afirmou que, indubitavelmente, o racismo se trata de crime imprescritível e inafiançável, versando longamente a respeito de uma interpretação dos termos "racismo", "preconceito" e "prática".[264] Chama muito a atenção no que tange à parte final do voto do Ministro, em que ele passa a expor sua visão a respeito das obras escritas e publicadas por Ellwanger. No entendimento do Ministro, Ellwanger possuía um intuito científico e histórico ao escrever suas obras. Elogiou a quantidade de fontes utilizadas por Ellwanger ao escrever seus livros e afirmou que o autor deixava espaço para o senso crítico do leitor, não incitando ódio. Apesar de dizer que as obras não lhe agradaram, o Ministro concluiu que não se podia "negar a ele, paciente, o que é próprio dos estudiosos: a análise de fatos, ações, eventos, personalidades". Segundo o Ministro, portanto, Ellwanger seria meramente um estudioso tendencioso, nada mais, já que, nas palavras de Ayres Britto: "não é crime tecer uma ideologia".[265] Mais surpreendente é o argumento do Ministro de que as obras não poderiam ser consideradas racistas, por não considerarem os judeus inferiores, mas sim acusarem os judeus de demonstrarem um complexo de inferioridade. Portanto, não haveria preconceito, já que, segundo o autor, preconceituosos seriam os sionistas. Terminado o voto do Ministro Marco Aurélio, os Ministros Celso de Mello, Carlos Velloso e Nelson Jobim confirmaram seu voto negando o *habeas corpus* e, Carlos Britto confirmou seu voto deferindo o *habeas corpus*.[266]

Foi a vez, então, do único Ministro que ainda não havia se manifestado, Sepúlveda Pertence, o qual passou a proferir o seu voto. Entendeu o Ministro que, seguindo a linha exposta por Norberto Bobbio, o "racismo" se refere a qualquer conjunto humano diverso daquele a que pertence o preconceituoso e, portanto, o antissemitismo claramente configura racismo. Sepúlveda Pertence seguiu com seu voto, afirmando que, ao contrário da análise realizada por Celso Britto, ele via manifestações claramente racistas e preconceituosas nas obras de Ellwanger e, diante disto, indeferiu o *habeas corpus*[267]deste modo, vencidos os

[263] Idem.
[264] Idem.
[265] Idem.
[266] Idem.
[267] Idem.

Ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Britto, foi indeferido o *habeas corpus* a Siegfried Ellwanger, por maioria de votos. O Supremo Tribunal Federal, em uma decisão histórica e que repercutiria posteriormente, firmou entendimento de que o antissemitismo se configura crime de racismo, imprescritível e inafiançável.

Perceba-se que, mais que uma interpretação sistemática realizada pelos ministros do tipo penal incriminador do racismo e sua interpretação quanto as questões biológicas e interpretações sociais, estes realizaram brilhante análise sobre a materialização em que a conduta humana se desenvolve neste tipo de injusto.

Percebeu-se pelas longas exposições que a prática do racismo é espécie da qual se desenvolvem vários gêneros possíveis (materializado na conduta do agente) sendo essencial a interpretação do *modus operandi* do agressor para de fato e *in loco* identificar a intenção do agente do delito.

Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Freire na obra ***Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional na Constituição Federal de 1988: análises, críticas e contribuições,*** prefaciada pelo Ministro Marco Aurélio Mello, do qual retiramos trecho do posicionamento ideológico de um dos Ministros para a resolução de questões paradigmáticas, ainda que este tenha votado pela concessão do *write* ao paciente Ellwanger:

> Nenhuma Constituição é uma obra acabada. A legitimidade do projeto depende da crença e do empenho das instituições e da sociedade – e não apenas da qualidade do texto e do arranjo político-institucional estabelecido –, e a continuidade, de como compreendem, interpretam e desenvolvem o Diploma Maior. O Supremo vem fazendo a parte que lhe cabe. Não fossem as decisões paradigmáticas do Tribunal, a Constituição poderia ter falhado em alguns aspectos do propósito de consagrar a democracia e de assegurar direitos fundamentais. Não menosprezo, com isso, a participação dos Poderes Executivo e Legislativo no que há por comemorar. O desenvolvimento e a complementação do texto constitucional por meio dos órgãos políticos são condições da própria existência do projeto como um processo democrático. Apenas ressalto o papel de intérprete-guardião que o Tribunal desempenha.[268]

Cabe ressaltar outro aspecto metodológico utilizado pelos Ministros. Comparando contextos históricos, o Tribunal lançou-se à necessária tarefa de fazer evoluir os sentidos das

[268] CLEVE/FERREIRA, 2014, p. 8).

normas constitucionais na direção das grandes transformações sociais contemporâneas. O Min. Ayres Britto, relator, apontou o "avanço da Constituição de 1988 no plano dos costumes".

Tais decisões nas palavras de Clève são oriundas dos tempos atuais em que vivemos, os quais exigem "empatia, aceitação, humanidade e solidariedade" para com todos. Aduz que o Supremo tem evoluído muito na garantia da dignidade de todos. Sendo as mudanças perpetradas decisivas para a afirmação dos direitos humanos e garantia do cumprimento dos objetivos da Constituição Federal de 1988.

O Tribunal também possui trabalho de destaque na observância do princípio da igualdade, elemento de envergadura maior de nosso sistema constitucional. No tocante à denominada "igualdade na lei", exerce controle de validade do conteúdo da norma sob o ângulo do tratamento, em abstrato, discriminatório ou injustificadamente discriminatório dos destinatários. Quanto à "igualdade perante a lei", verifica se o processo de aplicação da norma revela-se discriminatório ou injustificadamente discriminatório. A jurisprudência se abre também para a relevante distinção entre igualdade formal e material, no sentido de a primeira exigir abstenções discriminatórias infundadas por parte do Estado, enquanto a segunda, considerada a realidade fática desigual, requer ações estatais positivas voltadas a reduzir diferenças sociais, proteger minorias e minimizar falhas históricas de distribuição de oportunidades.

Essa separação é especialmente importante para casos polêmicos envolvendo representatividade política de grupos minoritários, identificação de proteção deficiente de vulneráveis e legitimidade de ações afirmativas.

Neste sentido o posicionamento vedacionista de retrocesso é exemplificado no julgamento da ADIn 4.424/DF:

> No Estado Democrático de Direito, a nenhuma maioria, organizada em torno de qualquer ideário ou finalidade – por mais louvável que se mostre –, é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais dos grupos minoritários (...). Ao contrário, dos governos democráticos espera-se que resguardem as prerrogativas e a identidade própria daqueles que, até numericamente em desvantagem, porventura requeiram mais da força do Estado como anteparo para que lhe esteja preservada a identidade cultural ou, no limite, para que continue existindo. Aliás, a diversidade deve ser entendida não como ameaça, mas como fator de crescimento, como vantagem adicional para qualquer comunidade que tende a enriquecer-se com essas

> diferenças. **O desafio do Estado moderno, de organização das mais complexas, não é elidir as minorias, mas reconhecê-las e, assim o fazendo, viabilizar meios para assegurar-lhes os direitos constitucionais.**

O Supremo deixa claro com sua atuação interpretando o Diploma Maior, no tocante à igualdade material, que este se compõem em projeto de transformação social ao qual o Estado não pode se furtar, sendo o propósito transformativo e dinâmico da Carta relativamente ao princípio da igualdade sob a óptica material e ante as desigualdades históricas e persistentes da sociedade brasileira:

Do art. 3.º[269], nos vem luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que a única maneira de corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, tratado de modo desigual. Nesse preceito, são considerados como objetivos fundamentais de nossa República: primeiro, construir – atentar ao presente verbo – uma sociedade livre, justa e solidária; segundo, garantir o desenvolvimento nacional – novamente temos aqui o verbo a conduzir não a atitude simplesmente estática, mas a posição ativa; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por último, no que interessa, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Pode-se dizer, sem receio de equívoco, que se passou de uma equiparação estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma equiparação eficaz, dinâmica, já que os verbos ’construir’, ’garantir’, ‘erradicar’ e ‘promover’ implicam mudança de óptica, ao denotar ‘ação’.

Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e a Carta da República oferece base para fazê-lo – as mesmas oportunidades. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. Que fim

---

[269] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

almejam esses dois artigos da Carta Federal, senão a transformação social, com o objetivo de erradicar todas as formas de discriminação, visando, acima de tudo, ao bem de todos.

É preciso chegar às ações afirmativas. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso, as normas proibitivas não são suficientes para afastar do cenário a discriminação.

Assim, vale-se aqui do posicionamento exarado pelo eminente magistério do professor Miguel Reale Junior que analisou, com propriedade a questão dos parâmetros constitucionais que devem informar o processo de indagação da cláusula inscrita no artigo 5º, XLII da CF/88:

> Ressaltam, portanto, os valores fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, como princípios básicos conformadores de nosso ordenamento jurídico. A igualdade a ser examinada neste parecer diz respeito à igualdade jurídica, que se apresenta outorgada e garantida a todos pelo reconhecimento da cidadania (art. 1º, II) que vem a ser o 'direito de ter direitos', o primeiro dos direitos humanos, em razão do qual alguém se insere como um igual no seio da sociedade. Desse modo, é a cidadania um direito básico, na expressão do juiz WARREN, citado por CELSO LAFER, sem o qual se restará humilhado e degradao frente aos demais compatriotas. O racismo, como posição político-ideológica que discrimina e segrega um grupo de pessoas em face de sua raça, etnia, origem nacional ou descendência, visa, antes de tudo, a retira-lhes exatamente a cidadania, a participação igualitária no espaço público, 'o direito de ter direitos.

Neste sentido, como esclarece Clève, a jurisprudência do Supremo no tocante à igualdade revela campo de extraordinária evolução interpretativa, vindo o Tribunal a progressivamente concretizar o princípio não apenas quanto ao rigor no controle das discriminações injustificadas formuladas pelo legislador, mas também relativamente à identificação dos casos em que deve haver discriminação positiva para a correção ou, simplesmente, redução de desigualdades reais. Com isso, o Supremo demonstra mais do que a observância adequada ao princípio. Em síntese, prova que compreende a importância da missão transformativa da Carta Federal e o papel que deve desempenhar, como intérprete-guardião, para o sucesso do projeto de construção de uma sociedade de cidadãos, linearmente, livres e iguais, como preceituam os artigos 3.º, I e IV, e 5.º, *caput* e inc. I.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal marca a retomada da democracia no Brasil, a qual resultou de um processo político sem precedentes na história do país, marcado por duas décadas de arbítrio e autoritarismo retoma as rédeas na tentativa de efetivar uma sociedade justa, livre e igualitária, onde a coabitação pacífica deve ser preservada.

No que diz respeito aos direitos fundamentais, é importante reconhecer o papel decisivo de nossas instituições que, a despeito de suas falhas, vão resistindo ao escrutínio do tempo. Ao longo das últimas duas décadas, o Supremo Tribunal Federal, para citar apenas o Poder Judiciário, tem solucionado casos verdadeiramente históricos, com grande repercussão na sociedade, por exemplo, os relacionados ao racismo e à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, entre outros. É preciso reconhecer que o exercício da jurisdição constitucional, particularmente pela mais alta Corte do País, assumiu configuração absolutamente singular no contexto da nova Lei Fundamental.

Sob esta ótica analisou-se e verificou-se que o preconceito contra os judeus existe praticamente em todas as regiões do planeta, sendo que o Brasil não escapa desta nódoa, apesar do senso comum de que neste país não existe preconceito (afirmação realizada, inclusive, pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto).

O caso Ellwanger, analisado neste trabalho, tratou-se de um marco jurídico muito importante, pois o Supremo Tribunal Federal, órgão judicial máximo do país, debruçou-se a expressar seu entendimento acerca da extensão do termo "racismo", uma vez que o pedido de *habeas corpus* em nome de Ellwanger fundamentou-se na tese de que antissemitismo não se enquadraria no crime de racismo pelo argumento de que, biológica e antropologicamente, existiria apenas a raça humana.

A maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal entendeu que, apesar de não se poder falar de "raça ariana", "raça judia" ou "raça negra", por exemplo, o intuito do dispositivo da Constituição era criminalizar e punir qualquer tipo de preconceito direcionado a um grupo de pessoas devido à sua origem, crenças ou outro aspecto que o diferenciasse dos demais. As obras editadas e escritas por Ellwanger, como pôde ser visto, contém forte carga de preconceito, ressaltando as diferenças existentes entre as pessoas de origem hebraica das demais, colocando-as como participantes de um movimento internacional para subjugar os

Estados e seus cidadãos e incitando, consequentemente, o ódio contra os judeus, o que de forma alguma poderia ser aceito.

O que é bastante peculiar e aqui analisados são, certamente, os votos favoráveis ao *habeas corpus*, dados pelos Ministros Moreira Alves, Carlos Britto e Marco Aurélio. Moreira Alves, em seu voto, utilizou-se de uma interpretação que esvaziaria por completo a norma constitucional, entendendo não configurar racismo os casos de antissemitismo por não existirem raças.

É claro que, mesmo entendendo que qualquer atitude preconceituosa contra um grupo de pessoas configurasse racismo, haveria inevitavelmente um choque entre dois direitos fundamentais: a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana. Este choque, que só pode ser resolvido analisando-se o caso concreto através do princípio da ponderação, fica patente no caso Ellwanger; porém a solução, após um estudo a respeito do caso, é bastante evidente. Não se pode permitir que a liberdade de expressão assuma tal vulto a ponto de se sobrepor à dignidade de um grupo. Atentar, em um Estado Democrático de Direito, contra a dignidade de uma pessoa sequer, é ir contra toda a coletividade, o que não pode ser aceito em nenhuma hipótese.

A mensagem final consolidada no acórdão oriundo do Supremo Tribunal Federal é extremamente acertada. O preconceito não pode ser tolerado, eis que irracional e prejudicial. É motivo de preocupação, porém, a existência de votos de três Ministros que galgaram ao maior posto do judiciário brasileiro no sentido de que em determinadas situações o preconceito minimamente velado pode ser aceito em nome da liberdade de expressão ou de uma interpretação literal e fria de uma norma legal.

O caminho para uma sociedade livre de preconceitos é árduo e interminável. Não é possível permitir que terríveis máculas históricas, como a escravidão e o holocausto, sejam apagadas e deixem de existir na memória de todos. A lembrança destes tristes momentos é o que permite que se veja o "outro" como igual, afinal, como concordado por todos os Ministros, todos são partes da mesma raça humana, sem distinções.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. Companhia das Letras, São Paulo. 2006

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 1998.

BERENBAUM, Michael. The World Must Know: The History of the Holocaust as Told in the United States Holocaust Memorial Museum Revised Edition. New York. Litle, Brown and Company, 2005.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. Preconceito racial: Portugal e Brasil-colônia. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.

CASTAN, S. E. Holocausto: Judeu ou alemão. Porto Alegre: Revisão Editora Ltda, 1987. CPDOC. Gustavo Barroso. Disponível em: Acesso em 27 jun. 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional na Constituição Federal de 1988: análises, críticas e contribuições. São Paulo: RT, 2014.

DAWIDOWICZ, Lucy. The War Against the Jews: 1933–1945. New York: Bantam Books, 1986.

FINZI, Roberto. **Anti-semitism**: from its european roots to the holocaust. Nova Iorque: Interlink Books, 1999.

GARBE, Detlef. Social Disinterest, Governmental Disinformation, Renewed Persecution, and Now Manipulation of History?. In: Hans Hesse. Persecution and Resistance of Jehovah's Witnesses During the Nazi-Regime 1933–1945. Bremen: Edition Temmen, 2001.

LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005

MESSADIÉ, Gerald. **História geral do anti-semitismo**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

HODAPP, Christopher. Freemasons for Dummies. In: Hitler and the Nazis. Indianapolis: Wiley Publishing, 2005.

O PODER NORMATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS CLÁUSULAS PÉTREAS: O CASO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

THE SUPREME FEDERAL COURT'S NORMATIVE POWER AND THE UNCHANGING CLAUSES: THE PRESUMPTION OF INNOCENCE CASE

Vinicius Hsu Cleto[270]

INTRODUÇÃO

Em artigo[271] para a Revista "*Cuestiones Constitucionales*", da Universidade Autônoma do México, defendeu-se que o alarmismo sobre o caráter inovador da atuação do Supremo Tribunal Federal era inócuo: a Corte Constitucional brasileira, por meio de suas decisões, especialmente as de controle concentrado, legisla. Adaptadas categorias de George Tsebelis, demonstrou-se que o Judiciário, representado por seu órgão de cúpula, pode determinar a solução abstrata e geral para conflitos jurídicos indeterminados. Este poder de agenda, no entanto, não é ilimitado, pois outros Poderes, especificamente o Legislativo, apresentam meios para reverter o posicionamento do tribunal. A inovação legal e o critério cronológico são suficientes para modificar o *establishment* imposto pela "aristocracia togada", tecnicista e burocrática. Críticos, não sem razão, reiteram que as maiorias exigidas no Congresso Nacional são muito superioras e complexas do que as demandadas em Plenário da Corte Constitucional. Apontam, ainda, que quando o STF regula questão negligenciada pelo Legislativo, está a invadir esfera normativa alheia sem se dar conta que o silêncio é, também, uma opção parlamentar. Não obstante a relevância e procedência dessas asserções, o arranjo institucional do Constituinte conferiu ao STF a possibilidade de inovar o Direito – seja por meio da modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade, seja no estabelecimento de precedentes a partir de inúmeros casos concretos, seja na afirmação

[270] Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional UNINTER. Professor de Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado na Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP-PR). Advogado público e privado no Paraná (OAB/PR nº 75.757).

[271] CLETO, Vinicius Hsu. Separación de Poderes y Supremacía Judicial: Estudio de Casos en Brasil. **Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, México-DF, v. 41, 2019, p. 429-455

segundo a qual apenas uma interpretação do texto legal merece ser considerada constitucional, seja no estabelecimento de solução abstrata e geral porquanto o Congresso não se manifesta na questão.

Cabe perquirir – e este é o objeto da presente redação – i) quais foram os argumentos fundantes deste poder normativo do Supremo Tribunal Federal; ii) se o Supremo Tribunal Federal apresenta poder de inovação legal superior ao Poder que tipicamente exerce a atribuição, a saber, o Legislativo; iii) se o monopólio sobre a proteção das cláusulas pétreas desequilibrou a relação entre Legislativo e Judiciário. A pesquisa se baseia em análise bibliográfica, a qual será coroada pelo estudo da possibilidade de se executar pena referendada em segunda instância condenatória, apesar da presença de mais instâncias recursais.

L'INTERPRÈTE, C'EST MOI – CAUSAS FUNDANTES DO PODER NORMATIVO DO JUDICIÁRIO

Uma vez que as instituições políticas de um Estado são criadas a partir da ideologia dominante, especialmente no seio da elite (Constituinte e legislativa) que arroga para si a faculdade de expressar o que é melhor para a população, nota-se mudança conceitual que possibilitou a emergência de Poder Judiciário capaz de legislar.

Em primeiro plano, essa revolução no mundo das ideias ocorreu concomitantemente ao declínio do Positivismo Jurídico. Correntes doutrinárias diversas criticaram o automatismo e o formalismo dos "cientistas do Direito" que buscavam consagrar a exatidão de resultados e a plena autonomia do âmbito jurídico em relação a outras disciplinas quaisquer. Da Dialética Jurídica, asseverou-se que "Não se pode, portanto, expressar um dever-ser, uma norma, senão dentro das circunstâncias do mundo e de seu contingencialismo, incluindo-se a situação concreta dos sujeitos envolvidos"[272] e que "Buscar o direito *em si*, independentemente dos efeitos que produz no seio da comunidade, é como buscar o Sol *em si*, independentemente da luz, do calor, da gravidade, dos efeitos químicos e

[272] ALVES, Alaôr Caffé. **Dialética e Direito**: Linguagem, Sentido e Realidade: Fundamentos a uma Teoria Crítica da Interpretação do Direito. Barueri: Manole, 2010, p. 47.

físicos que ele produz no interior dos planetas que o seguem no espaço sideral"[273]. Nisso, a operação de subsunção do caso concreto à norma abstrata identificada no texto literal se tornou mais complexa; intencional ou não intencionalmente, prestou-se a legitimar soluções judiciais que não observassem necessariamente a palavra do legislador. Fala-se em pluralidade de métodos e em considerações metajurídicas, sociológicas, políticas. Por seu turno, Friedrich Müller e sua Teoria Estruturante do Direito ressaltam a dimensão essencialmente "política" na interpretação do Direito Constitucional[274], bem como a improcedência da alegação kelseniana que pretende isenção na Ciência do Direito[275]. Conquanto a teorização de Müller busque identificar a maneira correta pela qual se faz hermenêutica constitucional, o simples fato de se admitir pluralidade metodológica afrouxou as correntes ideológicas que limitavam a criatividade pretoriana. Por fim, a soberania do Legislador não deixou de ser combatida pelo Jusnaturalismo, multifacetado, mas unido pela crença na falibilidade dos Parlamentos, contidos por disposições supraestatais (etéreas) que, ordinariamente, deveriam ser observadas e impostas pelo Judiciário: "*The gradual reduction of the reserved domain of the territorial State or domestic jurisdiction entails an important limitation upon the voluntarist conception of international law*"[276].

Um segundo fator de relevo foi o apreço que a Constituição garantista obteve no pós-Segunda Guerra Mundial[277]. Contabilizados cerca de 70 a 85 milhões de mortes decorrentes de políticas negligentes do valor único da vida, há movimento internacional que exige proteção jurídica de todos os seres humanos – os Direitos Humanos – usualmente expressados no âmbito doméstico segundo o epíteto de Direitos Fundamentais:

> Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se

---

[273] Ibidem. p. 57.

[274] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 219.

[275] Ibidem. p. 26.

[276] Em tradução livre: "A gradual redução do domínio reservado do Estado territorial ou da jurisdição doméstica acarreta importante limitação sobre a concepção voluntarista de Direito Internacional". Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment [1981]. **Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques**, Geneva, 1981, pp. 201-240.

[277] Conforme narrado em ARANHA FILHO, Adalberto José Queiróz Telles de Camargo; ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo. A Legitimidade Constitucional do Ativismo Judicial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 86, jan./mar. 2014, p. 307-325.

> aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)[278]

Ocorre que os Direitos Fundamentais são ontologicamente caracterizados pela abertura à interpretação judicial – a mesma que não mais se faz tributária da literalidade textual. Na explanação de Konrad Hesse:

> Essa vinculação, precisamente numa Constituição que, como a Lei Fundamental, estabeleceu uma jurisdição constitucional, não carece de problemas, já que as normas constitucionais não são completas nem perfeitas. Amplos setores, inclusive os da vida estatal em sentido estrito, estão ordenados unicamente mediante disposições de maior ou menor amplitude e indeterminação, e alguns nem sequer estão ordenados. A Constituição não é um sistema fechado e incompreensivo; não contém codificação, apenas um conjunto de princípios concretos e elementos básicos do ordenamento jurídico da comunidade, para o que oferece uma norma marco. Nesse sentido é um ordenamento aberto (...) Em concreto, a compreensão da Constituição, em especial dos direitos fundamentais, tem considerável importância e pode dar lugar a respostas diferentes. Dado que todos os poderes públicos estão submetidos à Constituição, decide-se aqui a questão capital de se, e com que amplitude, é livre o legislador para regular uma questão concreta, ou se está submetido a vínculos constitucionais, cujo respeito é controlável pelo Tribunal Constitucional[279]

Por fim, o Judiciário foi consagrado, por parte da doutrina, como poder moderador – porque técnico - capaz de conter as maiorias eventuais que elegem o Executivo e o Legislativo, Poderes que tiveram primazia nos séculos XIX e XX: "Ainda na década de 1990 já se afirmava que o século XXI seria o 'Século do Judiciário', para se contrapor à ideia de que o século XIX foi o 'Século do Legislativo' e o século XX foi o do Executivo. Mais

---

[278] SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 30-40.

[279] HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9-10.

recentemente, essa assertiva foi reiterada pelo Ministro Ricardo Lewandowski em uma conferência"[280].

AS CONSEQUÊNCIAS DAS MUDANÇAS IDEOLÓGICAS

Por conseguinte, Constituições progressistas expandiram o escopo de atuação do Poder Judiciário[281] e, simultaneamente, ampliaram o número de legitimados capazes de demandar tutela jurisdicional[282], inclusive sob eficácia coletiva *lato sensu*. O Brasil não fugiu à regra, registradas leis de controle de constitucionalidade que possibilitaram ao Tribunal Constitucional a modulação de efeitos (v.g., art. 27, Lei 9.868 de 1999), lei que rege Súmulas Vinculantes à Administração Pública em geral (Lei 11.417 de 2006) e até mesmo leis que facilitaram o acesso ao Judiciário para situações quotidianas (Lei 9.099 de 1995, Lei 10.259 de 2001 e Lei 12.153 de 2009). Como registra Georges Abboud, "tudo passou a ser judicializado"[283].

Juízes e ministros passaram a admitir, explicitamente, que tomam em conta as circunstâncias históricas, econômicas e sociais no processo decisório, para além do que as relações gramaticais aparentam possibilitar em termos interpretativos:

> Encontra-se superada, de longa data, a crença de que os dispositivos normativos contêm, no seu relato abstrato, a solução preestabelecida e unívoca para os problemas que se destinam a resolver. Reconhece-se nos dias atuais, sem maior controvérsia, que tanto a visão do intérprete como a realidade subjacente são decisivas no processo interpretativo. Tais circunstâncias são potencializadas pela presença, no relato das normas constitucionais, de cláusulas gerais e enunciados de princípio cujo conteúdo precisará ser integrado no momento de aplicação do

---

[280] PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. O Processo como Instituição: As Lições do Estado Jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 287, jan. 2019, p. 119-144

[281] Ademais de oferecerem maior autonomia orçamentária e administrativa ao Judiciário. Ocorreu no Brasil da Constituição de 1988. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 217.

[282] Ampliando-se o acesso a pessoas sem recursos financeiros, inclusive pessoas jurídicas, cf. FUX, Luiz. Law and Development. The Role of the Judiciary in Brazil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 77, jul./set. 2017, p. 15-21.

[283] ABBOUD, Georges. Submissão e Juristocracia. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 258, ago. 2016, p. 519-527.

> Direito. Conceitos como ordem pública, dignidade da pessoa humana ou igualdade poderão sofrer variação ao longo do tempo e produzir consequências jurídicas diversas[284]

Dessarte, doutrina crítica passou a denunciar o denominado "ativismo judicial", invasão do Poder Judiciário em assuntos e em políticas públicas que não lhe eram tradicionalmente afeitos. Georges Abboud e Gilmar Mendes aparentam conferir conotação pejorativa à expressão, adotado o conceito de Gerald Walpin. São ativistas os órgãos do Judiciário que impõem a própria vontade ou "entendimentos particulares" que cassem a legislação, ainda que compatível com a Constituição. Ainda, são ativistas os julgadores que criam direitos não previstos[285]. No entanto, os autores entendem que não se trata de ativismo nos seguintes casos:

> Nessa perspectiva, não podemos confundir o ativismo judicial com algumas posturas judiciais que, no século XXI, sob a égide da Constituição de 1988, são perfeitamente legítimas. Destacamos: i) o controle dos atos do Legislativo e do Judiciário, quando eles se mostrarem contrários, formal e/ou materialmente, ao texto constitucional e às leis; ii) a atuação contramajoritária do Judiciário para proteger direitos fundamentais contra agressões do Estado ou de maiorias oriundas da própria sociedade civil e iii) atuação normativa do STF na correção da ação da omissão legislativa nas hipóteses constitucionalmente autorizadas, *e.g.,* mandado de injunção.[286]

Em realidade, é incorreto atribuir à expressão "ativismo judicial" apenas os casos em que se consideraria haver desmando por parte do Judiciário[287], especificamente de seu órgão de cúpula, até porque a linha entre "interpretação rica" e "interferência judicial indevida" é bastante tênue. É melhor que se reconheça, sem nostalgias, que o Judiciário inova o ordenamento jurídico, ideologicamente sustentado na pluralidade metodológica que, contemporaneamente, é encarada como avanço da Ciência do Direito. Assim, ainda que se

---

[284] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 150.

[285] ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo Judicial: **Notas Introdutórias a uma Polêmica Contemporânea.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 1.008, out-2019, p. 43-54.

[286] Idem.

[287] Para outra conotação pejorativa da expressão "ativismo judicial", cf. CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de; POLL, Roberta Eggert. **O Juiz Legislador: O Ativismo Judicial como Mecanismo de Controle da Decisão.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 994, ago. 2018, p. 483-500.

critique o solipsismo ("juiz decide conforme sua consciência"[288]), trata-se de fenômeno inevitável, tolhido no Judiciário apenas pela composição colegiada dos tribunais. O mero fato de haver multiplicidade de métodos de interpretação acarreta, por consequência, resultados decisórios diversificados. Ilustrativamente, basta notar que a literalidade da redação constitucional não foi respeitada no que tange ao ressarcimento ao Erário[289], mas ela foi retomada no tocante à presunção de inocência[290].

Outros obstáculos à discricionariedade judicial apenas podem ser encontrados na inovação normativa de outros Poderes e na sempre presente necessidade de a judicatura ser acionada para que possa impor soluções decisórias diferenciadas. Há, no entanto, afirmação que supõe preponderância do Judiciário frente aos outros Poderes, especificamente pela existência das cláusulas pétreas.

AS CLÁUSULAS PÉTREAS COMO FATORES DE DESEQUILÍBRIO NA DISTRIBUIÇÃO DE PODERES

Uma preconcepção usual assevera que, na separação de Poderes, existe harmonia e igualdade entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Para a teoria jurídica, abstrata, semelhante asserção tem guarida. No entanto, em termos práticos, nada assegura que os Estados Democráticos de Direito não apresentem desequilíbrios entre Poderes.

Os tribunais constitucionais, como de praxe, não são constituídos pelo mesmo número de representantes dos Parlamentos. Bastante mais enxuta, a Corte Constitucional apresenta maior facilidade para compor maiorias. Não significa que haja "governo de juízes", uma vez que as práticas legislativas e executivas comezinhas sequer alcançam o STF, até mesmo pelo volume diariamente produzido pela intensa atividade burocrática brasileira. No entanto, quando a matéria a ser analisada envolve litígio que venha a afetar grande número de

---

[288] MARGRAF, Alencar Frederico. **Discricionariedade na Utilização dos Princípios e suas Consequências**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 98, nov./dez. 2016, p. 239-257.

[289] No RE 852475 (2018), o STF entendeu que a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao Erário apenas alcança os casos em que se registre ato de improbidade dolosa. Não se depreende semelhante restrição do texto constitucional. Para outros comentários, reporta-se a CLETO, Vinicius Hsu; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **A Hermenêutica do Ressarcimento por Dano ao Erário na Constituição Brasileira**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Belo Horizonte, v. 23, p. 211-223, 2018.

[290] Julgamento de novembro de 2019 que envolve ADC 43, 44 e 54.

pessoas, há forte tendência que algum princípio constitucional possa ser afetado. Nisso, dada a quantidade relevante de atores capazes de acionar o STF em regime de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, o Tribunal ganha a frente e pode impor solução normativa totalmente original, embora mascarada em algumas remissões ao texto da Constituição.

Nada de novo até aqui: caberia aos demais Poderes, mais precisamente ao Legislativo, reverter o posicionamento da Corte Constitucional brasileira, se assim entender. Não há que se falar em "desrespeito ao STF"; trata-se tão somente do exercício das possibilidades institucionais aferidas na lei em sentido amplo. Com novo diploma, todos os Poderes, especialmente o Executivo, devem observância ao que foi legislado.

Sucede que a realidade constitucional brasileira acabou por assegurar, ao STF, a primazia decisória, consubstanciada nas denominadas cláusulas pétreas:

> Mais proximamente, no MS 20.257 (RTJ, 99/1031), o Supremo Tribunal Federal decidiu ser cabível o mandado de segurança em que se ataque proposta de emenda constitucional desrespeitosa de cláusula pétrea, apontando-se que a inconstitucionalidade já existe antes de a proposta se transformar em emenda, uma vez que o seu 'próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.[291]

Pouca polêmica poderia advir da constatação de que a Constituição Federal de 1988 é super-rígida, não fosse a existência das cláusulas pétreas implícitas:

> As limitações materiais ao poder de forma não estão exaustivamente enumeradas no art. 60, §4º, da Carta da República. O que se puder afirmar como ínsito à identidade básica da Constituição ideada pelo poder constituinte originário deve ser tido como limitação ao poder de emenda, mesmo que não haja sido explicitado no dispositivo (...) Como já se viu, a própria cláusula de imutabilidade (art. 60, §4º) não pode ser tida como objeto de ab-rogação, não obstante não haja proibição expressa nesse sentido[292]

---

[291] MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 297.

[292] Ibidem, p. 305.

O STF tem a prerrogativa de afirmar a existência de cláusulas imutáveis, ainda que não sejam assim expressamente designadas pela redação original do Constituinte. Em termos singelos, a Corte Constitucional brasileira pode barrar até mesmo a tramitação de Proposta de Emenda Constitucional, bem como pode declarar inconstitucional qualquer Emenda à Carta Maior.

O Poder Legislativo brasileiro sempre está em desvantagem, pois a inovação que é capaz de realizar é naturalmente lenta, enquanto o STF precisa apenas de nova ação, como aquela para controle concentrado de constitucionalidade. Essa preponderância é explicitada na controvérsia sobre a possibilidade de execução provisória de condenação penal após tramitação em segunda instância.

ESTUDO DE CASO: A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência consta basicamente do art. 5º, LVII, CF, o qual determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, toda prisão que não fosse cautelar, mas baseada na culpa, dependeria do trânsito em julgado. Qualquer intento de modificar semelhante regra barraria no dispositivo no art. 60, §4º, IV, CF, que protege direitos e garantias individuais. Noutros termos, o Projeto de Lei 166 de 2018[293] e a Proposta de Emenda Constitucional 199 de 2019[294] podem ser considerados inconstitucionais.

Não é o escopo do presente artigo, entretanto, definir a correção ou incorreção dessa interpretação, mas demonstrar como o STF apresenta hegemonia decisória quando o assunto é levado à sua apreciação.

---

[293] SENADO FEDERAL**. Projeto de Lei do Senado n° 166, de 2018**. Altera o Código de Processo Penal para disciplinar a prisão após a condenação em segunda instância. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132863>. Último acesso em 10.12.2019.

[294] CÂMARA DOS DEPUTADOS. PEC 199/2019. Al**tera os arts. 102 e 105 da Constituição, transformando os recursos extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229938>. Último acesso em 10.12.2019.

A relativização da presunção de inocência, consubstanciada na execução de condenações penais ainda não transitadas em julgado, foi tema cuja solução judicial mudou ao sabor da composição do tribunal constitucional, isso quando não bastou a mudança de opinião de apenas um ministro.

Em 2009, o HC 84.078 proscreveu a execução da pena sem trânsito em julgado, no que condenado foi autorizado a recorrer em liberdade.

No entanto, em 2016, o STF assentou entendimento que considerava possível a execução da pena ainda que houvesse recursos pendentes, desde que superada a segunda instância.

Nova reviravolta ocorre em 2019, quando, em julgamento conjunto de Ações Diretas de Constitucionalidade numeradas 43, 44 e 54, o STF retoma o posicionamento de 2009.

No lapso temporal de cerca de dez anos, a Corte Constitucional alterou e reverteu radicalmente a interpretação de direito fundamental, algo impensável – ou, ao menos, extremamente dificultoso – para o Congresso Nacional. A tentativa de possibilitar, textualmente, a prisão após segunda instância condenatória, pode ser barrada pelo próprio STF, ainda que seja objeto de PEC. Em coluna recente para o jornal *O Estado de S. Paulo*, o ex-ministro do STF, Eros Roberto Grau, destacou que "Somente uma nova Assembleia Constituinte poderá impor o cumprimento de sentença condenatória a partir de condenação em segunda instância!"[295]. A coluna, de 22 de novembro de 2019, foi seguida por declaração do ministro Luiz Fux, de 9 de dezembro de 2019, que afirmava ser possível ao juiz estipular que o condenado recorresse em prisão:

> O Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, vencida em parte, que não pode haver prisão automática em segunda instância. Então, se o juiz avaliando a prática dos crimes do réu, sabendo que nessa seara dos delitos de corrupção, lavagem de dinheiro, peculato, a possibilidade de destruição de prova é imensa, o juiz pode

[295] GRAU, Eros Roberto. **O STF, a prisão e a Constituição**. O Estado de S. Paulo. São Paulo 22 nov. 2019. Espaço Aberto, p. A2.

> perfeitamente impor que o réu não recorra em liberdade. E os tribunais podem reafirmar isso. Claro que os tribunais dependem de uma provocação do MP.[296]

Conquanto Eros Grau não faça mais parte da composição do STF, basta simples exercício especulativo para que se denote como o STF tem amplos poderes para inovar o Direito: apenas um membro pode modificar decisão assentada em Plenário, com consequências para todas as ações judiciais em curso. Até mesmo as modificações legislativas (quando não combatidas pelo ativismo judicial) podem esbarrar nos institutos do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Já as decisões judiciais delimitam o alcance dos efeitos.

CONCLUSÃO

Nos capítulos de livros, artigos científicos e obras diversas dedicadas ao ativismo judicial, é quase onipresente a declaração do então ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros:

> (...) o qual, não sem certa dose de acidez, afirmou: 'Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do STJ, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto (...). Esse é o pensamento do STJ, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém' (...)[297].

Uma boa parte dos acadêmicos se espanta com a autoafirmação de autoridade interpretativa, tão incisiva, tão representativa do papel inovador que o Judiciário exerce contemporaneamente, decorrência das mudanças ideológicas assinaladas neste trabalho.

E, no entanto, não deve causar pânico o fato de que o órgão de cúpula do Judiciário determina a interpretação oficial, genuína; não deve causar perplexidade o fato de

---

[296] ISTOÉ. **Juiz pode impor que condenados em 2ª instância não recorram em liberdade, diz Fux**. Disponível em: <https://istoe.com.br/stf-fux-juiz-pode-impor-que-condenados-em-2a-instancia-nao-recorram-em-liberdade/>. Último acesso em 10.12.2019.

[297] MORAES, Maria Celina Bodin de. Do Juiz Boca-da-Lei à Lei Segundo a Boca do Juiz: Notas sobre Aplicação-Interpretação do Direito no Início do Século XXI. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 56, out-dez/2013, p. 11-30.

que o Judiciário se imiscui em políticas públicas do Executivo; não deve causar revolta o fato de que o STF pode barrar Emendas Constitucionais, de rito tão complexo. São consequências naturais da composição institucional do Brasil. O que deve causar assombro é a possibilidade de o STF modificar a própria decisão – nada mais do que norma geral e abstrata – em tão curto espaço de tempo, suficiente a mudança de interpretação de um dos seus componentes. Este é o "elefante na sala", se permitida tradução macarrônica da língua inglesa. O atual governo presidencial, eleito em 2018, terá a oportunidade de participar da renovação da Corte Constitucional. Caso venha a escolher ministros que entendam possível a execução antecipada da pena após confirmação em segunda instância, estar-se-ia diante de nova reviravolta na interpretação de direito fundamental. Essa volubilidade não é saudável, e é ela que merece atenção destacada dos juristas e dos cientistas políticos, para além do infame ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo Judicial: Notas Introdutórias a uma Polêmica Contemporânea. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1.008, out-2019, p. 43-54.

ABBOUD, Georges. Submissão e Juristocracia. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 258, ago. 2016, p. 519-527.

ALVES, Alaôr Caffé. **Dialética e Direito**: Linguagem, Sentido e Realidade: Fundamentos a uma Teoria Crítica da Interpretação do Direito. Barueri: Manole, 2010.

ARANHA FILHO, Adalberto José Queiróz Telles de Camargo; ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo. A Legitimidade Constitucional do Ativismo Judicial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 86, jan./mar. 2014, p. 307-325.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PEC 199/2019. Altera os arts. 102 e 105 da Constituição, transformando os recursos extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229938>. Último acesso em 10.12.2019.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment [1981]. **Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques**, Geneva, 1981, pp. 201-240.

CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de; POLL, Roberta Eggert. O Juiz Legislador: O Ativismo Judicial como Mecanismo de Controle da Decisão. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 994, ago. 2018, p. 483-500.

CLETO, Vinicius Hsu; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. A Hermenêutica do Ressarcimento por Dano ao Erário na Constituição Brasileira. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 23, p. 211-223, 2018.

CLETO, Vinicius Hsu. Separación de Poderes y Supremacía Judicial: Estudio de Casos en Brasil. **Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, México-DF, v. 41, 2019, p. 429-455.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FUX, Luiz. Law and Development. The Role of the Judiciary in Brazil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 77, jul./set. 2017, p. 15-21.

GRAU, Eros Roberto. O STF, a prisão e a Constituição. **O Estado de S. Paulo**. São Paulo 22 nov. 2019. Espaço Aberto, p. A2.

HESSE, Konrad. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

ISTOÉ. **Juiz pode impor que condenados em 2ª instância não recorram em liberdade, diz Fux**. Disponível em: <https://istoe.com.br/stf-fux-juiz-pode-impor-que-condenados-em-2a-instancia-nao-recorram-em-liberdade/>. Último acesso em 10.12.2019.

MARGRAF, Alencar Frederico. Discricionariedade na Utilização dos Princípios e suas Consequências. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 98, nov./dez. 2016, p. 239-257.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Do Juiz Boca-da-Lei à Lei Segundo a Boca do Juiz: Notas sobre Aplicação-Interpretação do Direito no Início do Século XXI. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 56, out-dez/2013, p. 11-30.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. O Processo como Instituição: As Lições do Estado Jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 287, jan. 2019, p. 119-144.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado n° 166, de 2018. Altera o Código de Processo Penal para disciplinar a prisão após a condenação em segunda instância. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132863>. Último acesso em 10.12.2019.

O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 548.181/PR, RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E A *CRIMINAL LAW AND ECONOMICS:* HÁ A POSSIBILIDADE DE REPRIMENDAS PENAIS PARA A EMPRESA?

CRIMINAL LAW AND ECONOMICS: THE APPEAL Nº 548.181/PR AND THE POSSIBLE PENALTIES FOR THE CORPORATE CRIMINAL LIABILITY

Samuel Ebel Braga Ramos[298]
Guilherme Ebel Braga Ramos[299]

INTRODUÇÃO

O direito penal está em evidência. Na contemporaneidade, o direito penal assumiu papel de destaque ante as inúmeras demandas criminais as quais envolvem a as pessoas jurídicas.

Uma abordagem econômica do crime baseia-se no pressuposto de que os criminosos, as vítimas e os responsáveis pela lei são racionais e tomam decisões racionais. Esta decisão é vista como não diferente em termos de escolha de um emprego lícito ou a compra de um bem de consumo. Um indivíduo decide participar de um ilícito quando seu benefício for maior que os custos para a atividade lícita.

Partindo desta premissa, os custos da aplicação de consequências jurídicas pela prática de delitos cometidos pelas pessoas jurídicas se mostram aqui como o ponto central da aproximação entre Direito Penal e Economia. Desta forma, como pensar em uma resposta penal ótima, a qual se equilibram seus custos com a eficácia de sua aplicação?

Para a resposta do problema, o artigo utiliza do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica. O tema tem seu recorte a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no Recurso Extraordinário 548.181/PR, discorrendo sobre o Acórdão e os

[298] Advogado. Mestre em Direito. Professor de Direito Penal na Faculdade de Educação Superior do Paraná - FESP. Pós Graduado em Direito Tributário. Extensão em Direito Penal e Processual Alemão, Europeu e Internacional pela Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. *Email*: samuel@ebelbattu.adv.br
[299] Advogado. Pesquisador adjunto do Grupo *Sistema Criminal e Controle Socia*l da UFPR. *Email*: guilherme.ebel@hotmail.com

fundamentos do seu *decisium*. Após, será apresentado breves considerações sobre o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica, sua dogmática e doutrinas. O tópico seguinte apresenta um olhar inicial sobre a Análise Econômica do Direito, da aproximação entre o Direito Penal e a Economia para, ao final, pensar na possibilidade de uma pena criminal ótima para as pessoas jurídicas.

O objetivo aqui buscado é, portanto, apresentar fundamentos da teoria econômica para se pensar em uma possível pena ótima, constituindo bases para o equilíbrio dos custos da aplicação da pena e a dissuasão do agente criminoso na prática do ilícito penal cometido por pessoas jurídicas.

APONTAMENTOS SOBRE O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 548.181/PR

O caso concreto a ser analisado tem sua origem no Estado do Paraná, tendo como foco central a Petróleo Brasileiro S.A. - *PETROBRAS*. Em sucintos apontamentos: pelo cometimento do ato de vazamento de óleo, fora manejada ação penal em desfavor da pessoa jurídica Petrobrás S/A, o seu presidente à época do fato danoso, Henri Philippe Reichstul e o superintendente da unidade subsidiária da pessoa jurídica na qual ocorreu o acidente, Luiz Eduardo Valente Moreira, pela prática do injusto penal de poluição omissiva imprópria culposa, tipo previsto na Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9605/1998).

Durante o transcorrer da ação penal no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o ex-presidente da pessoa jurídica teve em seu favor concedido Habeas Corpus (STF: HC 83.554-6/PR), sendo deferida sua exclusão do polo passivo da demanda por ausência de comprovação de que sua conduta, enquanto dirigente, houvesse gerado o nexo de causa para o acidente.

A demanda, então, sobe ao Superior Tribunal de Justiça que, *de ofício*, concedeu Habeas Corpus ao ex-superintendente da pessoa jurídica com lastro na mesma fundamentação aplicada em favor do ex-presidente. Neste enfrentamento, diante a exclusão dos dois funcionários da pessoa jurídica, o Superior Tribunal de Justiça determinou o trancamento da ação penal com base em sua jurisprudência, *sob fundamentação de ser imprescindível o*

condicionamento de ação penal contra a pessoa jurídica à persecução simultânea contra pessoa física.

Com isto, Superior Tribunal de Justiça firma seu entendimento no sentido que a responsabilização penal da pessoa jurídica por crime ambiental deve estar vinculada a imputação de uma ou mais pessoas físicas que, supostamente, conduziram a empresa ao cometimento do delito ou, sabendo de tal condução, e em poder de fazê-lo, não impediu a prática tipificada, conforme a Lei de Crimes Ambientais (Lei Federal Nº 9.605/1998).

A presente ação penal, em seu curso natural, chega ao Supremo Tribunal Federal. No julgamento do Recurso Extraordinário 548.181/PR - *objeto do presente artigo* - a Primeira Turma, pelo placar de 3 votos a 2, decidiu pela não prescrição de ação penal, permitindo que a Petrobrás S.A. figurasse sozinha no polo passivo da ação penal. A relatora Ministra Rosa Weber versou que *"as organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta."*

Segundo o voto da Ministra relatora, a decisão do Superior Tribunal de Justiça violou diretamente a Constituição Federal, ao deixar de aplicar um comando expresso, previsto no artigo 225, parágrafo 3º, segundo o qual as condutas lesivas ao meio ambiente sujeitam as pessoas físicas e jurídicas a sanções penais e administrativas. Para a relatora do aludido Recurso Extraordinário, *a Constituição não estabelece nenhum condicionamento para a previsão, como fez o Superior Tribunal de Justiça ao prever o processamento simultâneo da empresa e da pessoa física*. A Ministra Rosa Weber afastou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual a persecução penal de pessoas jurídicas só é possível se estiver caracterizada ação humana individual.

Segundo o voto vencedor, em linhas gerais, nem sempre é o caso de se imputar determinado ato a uma única pessoa física, pois muitas vezes os atos de uma pessoa jurídica podem ser atribuídos a um conjunto de indivíduos. "*A dificuldade de identificar o responsável leva à impossibilidade de imposição de sanção por delitos ambientais. Não é necessária a demonstração de coautoria da pessoa física"*, afirmou a Ministra, para quem a exigência da presença concomitante da pessoa física e da pessoa jurídica na ação penal esvazia o comando constitucional.

A Ministra Rosa Weber também levantou a assertiva de que o legislador não teria sido objetivo e estabelecido por completo os critérios de imputação da pessoa jurídica por crimes ambientais e que não haveria como simplesmente querer transpor os paradigmas de imputação das pessoas físicas aos entes coletivos. *"O mais adequado do ponto de vista da norma constitucional será que doutrina e jurisprudência desenvolvam esses critérios"*, afirmou a Ministra.

Com isto, abriu-se o leque de discussões sobre a dogmática penal – *capacidade de ação e culpabilidade*, *majoritariamente* - bem como o estudo aprofundado sobre o precedente exarado pelo Acórdão em análise. A responsabilidade penal da pessoa jurídica tornou-se foco das mais diferentes visões sobre o tema.

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: BREVES CONSIDERAÇÕES

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas é uma discussão a qual adquiriu grandes contornos e relevância na contemporaneidade, sendo pelo viés das políticas criminais para prevenir e reprimir o injusto praticado pela empresa, bem como sob o viés da dogmática penal.

Desta forma, tem-se que o aumento da criminalidade empresarial – *com envolvimento direto da pessoa jurídica* – levantou a discussão sobre uma regulação da criminalidade oriunda das pessoas jurídicas e enfrentamento da problemática dos injustos cometidos por entes empresariais, os quais tem desempenhado fundamental papel na prática de crime.

De forma a iniciar o estudo, apresenta-se a criminalidade envolvendo a empresa em três grandes espécies: a criminalidade que se desenvolve à margem da empresa, a criminalidade que se desenvolve dentro da empresa contra a própria empresa e a criminalidade que se projeta a partir da empresa[300].

[300] SCHÜNEMANN, 1988, p. 529-531

Entender a natureza da pessoa jurídica sempre foi a problemática inicial de toda discussão que envolve o tema. Pode-se delimitar em duas vertentes[301]: a primeira, na construção de Friedrich Carl von **Savigny**, onde este considerou que as pessoas jurídicas são ficções legais oriundas de criações da lei, ou seja, *meras ficções*; a segunda, proposta por Otto **Gierke**, que entende que as pessoas jurídicas são organismos sociais assemelhados às pessoas naturais, *inclusive com vontade própria*.

Em uma análise inicial, a grande barreira para a discussão da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil está diretamente associada à dogmática penal desenvolvida pela escola finalista[302] do Direito Penal: *capacidade de ação e culpabilidade*.

A *ação*, é entendida – ontologicamente – como a alteração do mundo exterior, condicionada pela vontade de um ser consciente e direcionada a um determinado fim[303]. A *culpa*, em seu turno, através de bases psicológicas, delimita-se como uma objeção levantada a uma pessoa que voluntariamente decidiu-se por um comportamento ilícito, apesar de ter o dever de se comportar conforme o Direito[304].

---

[301] Na atualidade, destaca-se e predomina a teoria segundo a qual a pessoa jurídica não se trata de uma mera ficção (como nas linhas escritas por SAVIGNY), o certo é que também se aceita amplamente que a realidade da pessoa jurídica é inteiramente diversa da realidade da pessoa física. Trazendo como exemplo o direito civil, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *"a pessoa jurídica tem assim realidade, não a realidade física (peculiar às ciências naturais), mas a realidade jurídica, ideal, a realidade das instituições jurídicas."* Em Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil – Parte Geral, Vol. I, São Paulo: Saraiva, 32ª. Ed., 1994. A pessoa jurídica, no dizer de MIGUEL REALE, *"não é algo de físico e de tangível como é o homem, pessoa natural."*. Em Miguel Reale, Lições Preliminares de Direito, São Paulo: Saraiva, 19ª. Ed., 1991.

[302] A Escola Finalista, desenvolvida fundamentalmente por Hans Welzel, pode ser considerada a principal escola de Direito Penal no século XX. Para tal escola, que encontra grande aceitação até os dias de hoje, trata-se de perceber que a regulação jurídica da vida em sociedade está determinada por categorias a priori, isto é, que determinadas estruturas humanas de nem necessariamente a forma pela qual uma conduta poderá ser juridicamente avaliada e regulada. Assim, exemplarmente, Hans Welzel vai afirmar que o conceito jurídico-penal de Ação não pode prescindir do fato de que todo agir humano é um agir orientado finalisticamente, ou seja, um comportamento dotado de sentido e de uma orientação final. Quando se transpõe esta premissa para a análise da possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas, torna-se necessário, segundo os finalistas, "perceber que os modos de organização e o processo de atividades reais das pessoas jurídicas constituem para a regulação jurídica dados previamente estabelecidos (...), no sentido de que os elementos estruturais de tal realidade previamente dada traçam, por si só, limites à possibilidade de sua valoração e, portanto, ao estabelecimento de possíveis conseqüências jurídicas". Em MARTÍN, Luis Garcia. "***La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas***". *In:* Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto 1996, p. 38.

[303] WELZEL, Hans. ***Das Deutsche Strafrecht***. 11ª. Ed. Berlim, Walter de Gruyter, 1969, p. 33.

[304] MARTIN, *op. cit*., p. 66.

Nesta linha de raciocínio e em termos de teoria geral do crime, as vozes contrárias a responsabilização penal dos entes morais[305] levantam a bandeira do princípio *societas delinquere non potest*[306], o qual dispõe que a pessoa jurídica não detém a capacidade de delinquir e cometer injustos penais. Nesse sentido **Juarez Cirino**:

> "A pessoa jurídica não tem capacidade penal (ou capacidade de culpabilidade), porque os requisitos de maturidade e sanidade mental que fundamentam a capacidade penal de seres humanos são inaplicáveis à entidade incorpórea da pessoa jurídica[307]"

Os pesquisadores favoráveis à responsabilidade penal dos entes morais sustentam que a necessidade de castigar os delitos socioeconômicos e financeiros (delinquência de colarinho branco) e a urgência de buscar novas vias de luta contra a criminalidade organizada[308], bem como a (clara) perversão de proteger o capital mediante a impunidade do ente coletivo é assegurada por um discurso jurídico, com um correlato e imenso custo social[309]. Nesta forma de pensar, **Munhoz Conde**[310] define que:

> "O princípio do societas delinquere non potest só tem razão de ser em uma sociedade na qual realmente as pessoas jurídicas não tinham a importância que tem hoje em dia. Que uma pessoa jurídica, sobretudo na forma de sociedade anônima, com uma capital social e uma atividade econômica de bilhões de reais ou dólares, possa ficar isenta de pena, é algo que hoje em dia, produziria hilaridade, ou melhor, a irritação de qualquer cidadão comum."

---

[305] Na França, a pessoa jurídica é denominada como "*Les personnes morales*", conforme Art. 121-2 do Código Penal Francês. O Código Penal Suiço também denomina a empresa como "*Le personnes morales*", conforme Art. 102, a-b.

[306] Com efeito, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é negada em três grandes argumentos: as sociedades não possuem capacidade de ação; tampouco capacidade de culpabilidade; e, igualmente, carecem de capacidade de sofrer penas. Daí que os sistemas clássicos castigavam como autores de delitos as pessoas físicas. Em CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo César. ***O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010***. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 132. ano 25. p. 39-60. São Paulo: Ed. RT, jun, 2017.

[307] Em Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, p. 287.

[308] CUSSAC/BUSATO. Op. cit., p. 43

[309] BUSATO, Paulo César. Responsabilidade Penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisites legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Paulo Cesár Busato, Fábio André Guaragni. Curitiba: Juruá, 2012. p. 01.

[310] RIOS, Rodrigo Sanches, "Indagações sobre a possibilidade da imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos", p. 207.

Bernd **Schünemann**, um dos autores que defendem a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, aponta que insistir em uma estrutura individual de imputação para tratar da responsabilidade por infrações realizadas no âmbito de pessoas jurídicas nos levaria a um estado de "irresponsabilidade organizada" (*organisierte Unverantwortlichkeit*[311]).

Uma novo referencial que milita favorável para a imputação das pessoas jurídicas na contemporaneidade se amolda a partir da *filosofia da linguagem*. Deste modo, com a teoria da comunicação (produto da filosofia da linguagem) são obtidas novas ferramentas para compor uma teoria base mais adequada aos avanços que a esfera econômica projeta sobre o Direito penal. O *sistema significativo* corresponde a esta teoria[312].

No modelo significativo, é adotada uma concepção significativa de ação, por meio da qual se modificam as bases demarcadoras dos elementos da teoria do delito (tradicionalmente organizados em conduta, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), sistematizando-se o delito em: 1) *Pretensão de relevância* (tipo de ação); 2) *Pretensão da ilicitude*; 3) *Pretensão da reprovabilidade* (culpabilidade); e 4) *Pretensão da punibilidade*[313].

Com o modelo significativo, a atenção deixa ser sobre o aspecto subjetivo residente na mente do homem para se projetar especificamente sobre a dimensão social da atuação humana. Os fundamentos da concepção significativa da ação estão na "*ideia de percepção da ação como algo que transmite um significado*"[314].

Neste fluxo analítico, através da concepção significativa de ação, – *compreendendo ação como expressão de sentido* – surge a possibilidade para um novo pensar sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, em superação à clássica baliza do *societas delinquere non potest,* adotado às claras no Brasil atualmente.

Adiante, a discussão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica avança em embates constitucionais. Nesta seara, a argumentação pauta-se em: a) se as assertivas dos arts.

---

[311] SCHÜNEMANN, Bernd. Unternehmenskriminalität und Strafrecht – eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach gelstendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrefcht. Munique, Carl Heymanns, 1979, p. 30 e seguintes.

[312] BUSATO/DAVID, A Empresa é Capaz de Ação? Uma Proposta de Discussão sobre a Capacidade de Rendimento da Concepção Significativa da Ação no Direito Penal Empresarial. Revista Justiça e Sistema Criminal. V.9, n.16, jan/jun 2017, p. 222

[313] BUSATO/DAVID*,* op. cit., p. 222. Para aprofundar a temática: VIVES ANTÓN. T.S. **Fundamentos del sistema penal**. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e ação significativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

[314] BUSATO/DAVID*,* op. cit. p. 223. Neste Sentido: Vives Antón, Paulo Cesar Busato, George Patrick Fletcher.

173, §5° e 225, § 3°, CF seriam compatíveis com os demais princípios constitucionais, e b) se, as preposições da Lei de Crimes Ambientais seriam, maculadas de inconstitucionalidade e, portanto, deveriam ser tidas como inválidas. Neste aspecto em específico, alguns setores da doutrina afirmam que, tanto de uma análise literal quanto de uma análise sistemática destes dispositivos legais, a Constituição não poderia ter recepcionado a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Após breves verificações no plano constitucional, político-criminal e da dogmática penal, e em uma leitura do Recurso Extraordinário 548.181/PR – *objeto deste artigo* – tem-se que, com o respeito devido ao voto proferido pela Ministra relatora, tais questões não foram enfrentadas de forma a ensejar um firme referencial jurisprudencial à elucidar a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A lacuna dogmática no aludido voto oriundo da Corte Constitucional fez criar a insegurança jurídica sobre o tema, ante o lapso legislativo sobre a matéria. Desta maneira, abriu-se o leque para um "alargamento da aplicação do direito penal" oriundo do Poder Judiciário – em especial, do Supremo Tribunal Federal.

Silva Sánchez[315] aborda algumas razões que motivaram a expansão do Direito Penal. Uma delas é o aparecimento de novos bens jurídicos especialmente importantes, causado pelo surgimento de novos interesses ou de novas valorações acerca de interesses preexistentes da expansão do Direito Penal: a criação de novos bens jurídicos motiva o surgimento de novos riscos.

Se em um primeiro momento, quando da Lei de Crimes Ambientais, o legislador brasileiro parecia pouco a vontade com a ideia de responsabilidade penal da pessoa jurídica, em um segundo instante, no momento da elaboração do novo projeto do novo Código Penal – art. 41[316] - , parece estar mais habituado com a possibilidade de se condenar penalmente um ente moral[317].

---

[315] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ***A expansão do direito penal : aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.*** Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 29

[316] A redação do referido artigo se apresenta desta forma: "(...) as pessoas jurídicas de Direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente"

[317] REINALDET, Tracy Joseph. ***A responsabilidade penal da pessoa jurídica.*** Curitiba: iEA Academia, 2014, p. 61.

No campo do direito penal pátrio, temos, de um lado, um sistema fundamentalmente baseado na imputação individual, que carece de clareza relativas à individualização de responsabilidades no âmbito da empresa. De outro vértice, a introdução em nosso ordenamento do instituto da responsabilidade penal de pessoas jurídicas também vem tendo aplicação insatisfatória e sofre grande resistência na doutrina nacional.

O modelo de responsabilidade penal brasileiro tem suas bases em um sistema de culpa própria e de imputação individualizada disposto na Parte Geral do Código Penal. Assim, o administrador ou funcionário da pessoa jurídica responderá criminalmente apenas em razão de sua ação ou omissão (quando a omissão for imputável) em condutas ilícitas e na medida da sua culpabilidade. Isto é, como regra central, imputa-se responsabilidade aquele que com sua ação ou omissão deu causa ao resultado, na medida de sua culpabilidade (CP, arts. 13 e 29).

No âmbito do processo penal esta regra se desdobra na necessidade de que as condutas sejam pormenorizadas no momento da formulação da peça acusatória (CPP, art. 41) e que a condenação seja expressão da verificação da culpa individual do acusado, recebendo este também uma pena determinada a partir de circunstâncias judiciais individualizadoras (CP, art. 59).

O comando constitucional previsto no artigo 225, §3º, é enfático: pessoas físicas ou jurídicas responderão pelas condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, como foi amplamente levantado na decisão em comento. Resta claro que setores da doutrina serão os encarregados de promover a superação dogmática acerca do tema, *devido a omissão legislativa e a lacuna oriunda do Recurso Extraordinário 548.181/PR.*

Assim, pensar em uma consequência jurídica pela prática do injusto praticado pela pessoa jurídica, se mostra importante para a construção de medidas eficazes para a dissuasão do crime, em conjunto com a maximização de sua finalidade e redução de seus custo. Com isto, a aproximação entre Direito Penal e Economia apresenta-se como fundamental para o estudo.

LAW AND ECONOMICS: FUNDAMENTOS DA TEORIA ECONÔMICA APLICADA AO DIREITO PENAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Não se nega que a busca eficiência[318] da jurisdição – *em especial a jurisdição criminal* – é tema de debate atualmente. No fluxo analítico de uma possível responsabilidade penal da pessoa jurídica, pode-se levantar o questionamento de *"como uma pena para a pessoa jurídica poderá afetar um comportamento dentro de uma empresa*?". Por exemplo: uma sanção punitiva poderá afetar os preços de um determinado produto, causando um dano futuro na imagem e na rentabilidade da pessoa jurídica?

O Brasil ficou à margem do debate político-criminal sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Desta forma, o ativismo judicial acabou por emergir e tomar partido acerca o tema. A latente necessidade preventiva da responsabilização penal de pessoas jurídicas, com forte lastro nos Estados Unidos, onde tal instituto tem sido aplicado há tempos, tem origem as críticas mais contundentes, feitas sobre um histórico essencialmente jurisprudencial. Essas críticas partem, sobretudo, de estudiosos associados à *Análise Econômica do Direito*.

Robert **Cooter** e Thomas **Ulen**, norte-americanos estudiosos do Direito e Economia, trazem às claras que a economia proporcionou uma teoria científica pra prever as sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem as preços. As pessoas reagem as preços mais altos deixando de consumir tal produto; assim, elas reagem a sanções penais mais duras praticando menos da atividade outrora positivada.[319]

Assim, se os preços afetam o comportamento do indivíduo, logo, na visão econômica, a pena para a pessoa jurídica afetará o comportamento de uma empresa ante a provável e firme penalidade.

---

[318] A eficiência não pretende supor o que é bom ou ruim, certo ou errado, justo ou injusto, apenas traçar um critério sob o qual recais o mínimo de subjetividade a ser balanceada, quiçá nenhum julgamento de valor. Em DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). ***O que é análise econômica do direito: uma introdução***. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 39-47

[319] COOTER, Robert; ULEN, Thomas. ***Direito & Economia***. Porto Alegre: Booksman, 2010, p. 25.

Ivo Gico Jr[320]. apresenta um conceito para a *Análise Econômica do Direito*. Para o autor, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

Os economistas e juristas da corrente analítica do *law and economics*[321] estão interessados em achar uma "*combinação ótima*"[322] de punições que minimize o custo do crime e de sua punição: eles tendem a escolher o uso mais amplo das multas, em parte porque elas são mais baratas que outras formas de punição, e alguns autores recomendam as multas levam em conta as posses do infrator[323] – *o que se amolda, em uma análise primária, com uma possível pena em face dos injustos cometidos pelas pessoas jurídicas*.

A conclusão dos economistas é latente: os criminosos (*in casu,* a pessoa jurídica) se engajará no injusto penal se o ganho esperado superar a punição correspondente. Gary **Becker**[324] levanta o argumento que as multas não impõem nenhum custo social, de forma que para minimizar o custo combinado do crime, da investigação criminal e da punição, dever-se-ia aumentar o valor da multa e, ao mesmo tempo, reduzir os montantes destinados à investigação criminal[325].

Pode-se afirmar que, no âmbito empresarial, o criminoso possui alto grau de racionalidade e calcula a quantidade de ganho com a probabilidade de ser pego e condenado.

---

[320] JUNIOR, Ivo Gico T. ***Metodologia e Epistemiologia da Análise Econômica do Direito***. In: Economic Analysis of Law Review. V. 1, nº 1, p. 7-33, jan-jun, 2010, p. 8

[321] The task of **law and economics** is to determine the implications of such rational maximizing behavior in and out of markets, and its legal implications for markets and other institutions. Although some of Becker's particular applications of the economic approach might be thought of as contentious, that general approach underlies a wide range of work in the economic analysis of law. Em Cass R. Sunstein, Christine Jolls & Richard H. Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics**,"**, 1998, p. 1476

[322] Ótima, em alusão a teoria econômica do "Ótimo de Pareto", desenvolvida por **Vilfredo Pareto** em seu livro *Manual de Economia Política*, onde, em suam, assenta as bases de seu sistema de equilíbrio econômico. O *Ótimo de Pareto* é o exato momento de equilíbrio em que todas as ações a serem tomadas não incrementam a condição dos agentes sem prejudicar outros.

[323] PYLE, David J. Cortando os custos do Crime: A Economia do Crime e da Justiça Criminal. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000, p. 37.

[324] BECKER, G. S. ***Crime and punishment: an economic approach***. Journal of political economy, v. 76, p. 169-217, 1968

[325] Os defensores da responsabilidade penal da pessoa jurídica argumentam que os custos da prevenção dos injustos penais cometidos pelos entes morais podem ser transferidos à própria empresa, sendo o *compliance* uma forma de autorregularão assistida pelo Estado.

O custo marginal[326] muitas vezes é internalizado pela empresa, exercendo suas funções de maneira a incorporar o possível custo da pena a ser aplicada.

De outro turno, uma pena para as pessoas jurídicas – *em um olhar econômico* – também deve levar em consideração seu caráter inibidor. Deve uma punição estar relacionada ao prejuízo causado pelo injusto penal e prejuízo causado por uma pessoa jurídica. Os economistas sugerem que uma pena deve ser, além do seu caráter inibidor, eficiente. Não se nega que os crimes relacionados à pessoa jurídica possuem contornos de um crime racional, ou seja, o *decisor racional*[327] leva a probabilidade da pena em consideração enquanto completa o ato criminoso.

A análise econômica do direito sugere que a pena de multa, bem como a intervenção na empresa como forma de penalidade (medidas de segurança), se mostrou eficazes a partir do exemplo norte americano, com custos baixos e plena efetividade na prevenção dos crimes oriundos da pessoa jurídica. Os teóricos da *Criminal Law and Economics* fundamentam suas propostas com base na questão da efetividade do uso do aparato de responsabilização penal e na eficiência da sanção penal.

Os doutrinadores da *Criminal Law and Economics* que estudam o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica preocupam-se em examinar em que medida sua aplicação satisfaz os pressupostos indicados para a responsabilização pela via penal.[328] Uma

---

[326] O criminoso racional escolhe a gravidade do crime para maximizar seu lucro liquido, que é o retorno esperado com o cometimento do crime menos a pena esperada. Cooter/Ulen (2010, p. 478) apresentam a seguinte função: max $y(x) – p(x)f(x)$.

y(x) = retorno esperado com o cometimento do injusto penal

p(x)f(x) = pena esperada

[327] COOTER/ULEN, *op. cit*., p. 476

[328] Em linhas gerais, a justificação para que uma conduta deva ser reputada como ilícito penal pela *Law and Economics* constrói-se sobre os seguintes pressupostos, que devem estar presentes de modo cumulativo na maior parte dos casos: (i) a conduta praticada é acompanhada de intenção de produzir benefícios para o agente, obtidos mediante a imposição de danos à sociedade. O elemento intencional associado ao aspecto da imposição de danos apenas à sociedade justifica que a conduta seja proibida; (ii) o dano concreto ou potencial (caso dos crimes de perigo) resultante da conduta não é passível de reparação seja pela incomensurabilidade da natureza do dano (como o crime contra a vida), seja pela dificuldade de identificar o conjunto de vítimas afetadas pela conduta e, portanto titulares do direito de reparação; (iii) a probabilidade de identificação e/ou captura do agente é maior que zero; (iv) a probabilidade de que as vítimas não ajuizarão uma ação judicial contra o agente é maior que zero seja pela dificuldade de se organizarem, como também pela dificuldade de reunirem provas contra o agente. É importante notar que no sistema jurídico dos EUA, tanto as sanções penais quanto as civis podem assumir a função punitiva. Esta caracteriza a figura dos *punitive damages* impostas por via das ações judiciais de natureza civil. No sistema jurídico brasileiro, a responsabilidade civil punitiva, desenvolvida pela jurisprudência, limita-se à responsabilidade por danos morais, sendo possível afirmar-se ainda hoje que a punição é função desempenhada primordialmente pela sanção penal. Em ULEN, Thomas S. *"The Economics of Corporate Criminal Liability"* 1996. Disponível em http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-

vez presentes tais pressupostos, a ordem seguinte de questionamentos dá-se em torno de avaliar se o nível de punição imposto pela sanção é adequado ou não a padrões ótimos. O resultado provável da punição excessiva é a diminuição na quantidade de produtos e serviços oferecidos à sociedade, com a conseqüente elevação de preços e incapacidade de atender a uma parcela da demanda existente.

Com efeito, de acordo com a Análise Econômica do Direito Penal, o objeto do aparelho de Direito Penal não é eliminar completamente o crime - não é para dissuadir completamente os indivíduos de se dedicarem a atividades criminosas -, mas, em vez disso, **alcançar uma solução ótima nível de crime e dissuasão, bem como aumentar o custo esperado da atividade ilícita, através da certeza da aplicação da pena.**

Portanto, somente está legitimado o emprego de penas que servem à efetiva preservação da convivência social; que respeitem a dignidade da pessoa humana; que são aplicadas atendendo a critérios de igualdade; que resultam proporcionais à gravidade das agressões; que estabelecidas atendendo critérios de merecimento, proporcionalidade, etc[329].

Por fim, a dificuldade de se identificar os crimes praticados por pessoas jurídicas e sua individualização da pena não foram temáticas abordadas pelo voto emanado da Corte Constitucional sobre a matéria. Com isto, em análise a decisão judicial aqui apresentada, não restou cristalino como será imputada uma possível pena para as pessoas jurídicas, bem como sua função e seu custo.

CONCLUSÃO

A alta dos crimes relacionados exclusivamente à pessoa jurídica torna importante a busca por preposições que visam o alcance da responsabilidade do ente moral. A responsabilidade penal da pessoa jurídica apresenta vantagens, pois faria que o ente coletivo internalizasse os custos do ilícito e arcaria com tais valores na sua prevenção (sistemas de *compliance*). Nesta linha, a pessoa jurídica estaria mais bem aparelhada para evitar e identificar responsáveis pelo cometimento de injustos penais.

---

legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/18pensando_direito_relatorio.pdf, p. 13. Acesso em 16/12/2017.

[329] BUSATO, Paulo César. ***Direito penal: parte geral***. São Paulo: Atlas, 2017, p. 04

O direito penal assume papel de destaque na sociedade moderna, a qual busca a plena efetivação da justiça como forma de promoção da segurança de seus cidadãos, em atenção à visibilidade que as decisões emanadas da jurisdição criminal têm na atualidade. Para tanto, discorrer sobre a decisão da Ministra Rosa Weber do Supremo Tribunal Federal no Recurso em análise neste artigo e tecer noções sobre a analise econômica do direito, se fez necessária para a aproximação do Direito Penal e da Economia, em busca de uma forma ótima da consequência jurídica pela prática do delito cometido pela pessoa jurídica.

O presente artigo teve seu início com a apresentação do Recurso Extraordinário 548.181/PR, com um breve resumo da referida decisão e suas consequências no Direito Penal. Verificou-se que a decisão, ao deixar a dogmática penal sem respostas, abriu o leque para o estudo da aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica para crimes cometidos fora da Lei Ambiental. No tópico seguinte, a responsabilidade penal da pessoa jurídica se demonstrou possível, mesmo com forte doutrina contrária ao instituto, ante a latente criminalidade oriunda da empresa. Por fim, deu-se a propositura de uma análise econômica do direito penal, através das teorias econômicas e da literatura do *law and economics*, com o intuito da possibilidade de uma pena ótima para as pessoas jurídicas.

Neste prisma, buscou-se levantar a hipótese de como maximizar a efetividade/eficácia da jurisdição criminal na aplicação da pena, em especial a efetividade de suas decisões sem que haja o temido ativismo judicial em detrimento de atuação legislativa. Apresentou-se como possível as medidas de segurança e as multas como consequências jurídicas, após análise literária sobre o tema e através do exemplo norte americano.

Com a análise do Recurso Extraordinário 548.181/PR, tem-se que questões importantes não foram devidamente sanadas, principalmente da dogmática penal e uma possível forma eficaz de se penalizar as pessoas jurídicas no Brasil.

REFERÊNCIAS

BECKER, G. S. ***Crime and punishment: an economic approach.*** *Journal of political economy,* v. 76, p. 169-217, 1968

BUSATO, Paulo César. **Responsabilidade Penal da pessoa juridica**: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisites legais do interesse e

benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Paulo Cesár Busato, Fábio André Guaragni. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **Fundamentos para um direito penal democrático**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Projeto de Código Penal em Debate - Imputação da pessoa jurídica no projeto do novo CP.** Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5401-Projeto-de-Codigo-Penal-em-Debate-Imputacao-da-pessoa-juridica-no-projeto-do-novo-CP

_____. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2017.

BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. A Empresa é Capaz de Ação? Uma Proposta de Discussão sobre a Capacidade de Rendimento da Concepção Significativa da Ação no Direito Penal Empresarial. Revista Justiça e Sistema Criminal. V.9, n.16, jan/jun 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Série "Pensando o Direito. nº 18/2009. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/18pensando_direito_relatorio.pdf, p. 13. Acesso em 16/12/2017.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Booksman, 2010.

CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo César. **O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 132. ano 25. p. 39-60. São Paulo: Ed. RT, jun, 2017

DOMINGUES, Victor Hugo. **Ótimo de Pareto**. In RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). O que é análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 39-47

FREITAS, Gilberto Passos de Freitas, **Crimes contra a Natureza: (De acordo com a Lei 9.605/98).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 8 ed. rev., 2006.

GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015.

JUNIOR, Ivo Gico T. **Metodologia e Epistemiologia da Análise Econômica do Direito**. *In: Economic Analysis of Law Review*. V. 1, nº 1, p. 7-33, jan-jun, 2010

MACAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie. **Analise econômica do direito**. Tradução Raquel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTIN, Luis Garcia. "***La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas***". *In: Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto.* Barcelona, J. Bosch, 1996.

PYLE, David J. Cortando os custos do Crime: A Economia do Crime e da Justiça Criminal. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000.

REINALDET, Tracy Joseph. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Curitiba: iEA Academia, 2014.

RIOS, Rodrigo Sanchez. **"Indagações sobre a possibilidade da imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos"**. *In:* Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. Coordenação Luiz Régis Prado, René Ariel Dotti – 4. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.** *In:* Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. Coordenação Luiz Régis Prado, René Ariel Dotti – 4. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. Unternehmenskriminalität und Strafrecht – eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach gelstendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrefcht. Munique, Carl Heymanns, 1979.

_____. "***Cuestiones Básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa****". In: Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, tomo XLI, fasc. 1, p 529-58, enero/abril, 1988.*

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. ***A Behavioral Approach to Law and Economics,*** *50 Stanford Law Review 1471 (1998*).

ULEN, Thomas S. ***The Economics of Corporate Criminal Liability****. In: Managerial and Decision Economics, Vol. 17, No. 4, Special Issue: Corporate Crime, pp. 351-362, 1996.*

WELZEL, Hans. ***Das Deutsche Strafrecht****. 11ª. Ed. Berlim, Walter de Gruyter, 1969.*

PESSOAS TRANS E O ACESSO A BANHEIROS PÚBLICOS: PERSPECTIVAS CRÍTICAS ÀS COMPREENSÕES SOBRE SEXO E GÊNERO VERSADAS PELO STF NA SESSÃO DE JULGAMENTO DO RE 845.779/SC

TRANS PEOPLE AND BATHROOM ACESS: CRITICAL PERSPECTIVES ON SEX AND GENDER VIEWS HELD BY THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT (STF) DURING THE VOTES ON EXTRAORDINARY APPEAL NUMBER 845.779/SC

Francielle Elisabet Nogueira Lima[330]

INTRODUÇÃO

Durante sustentação oral realizada perante o Supremo Tribunal Federal como representante do Grupo Dignidade, organização não governamental atuante como *amicus curiae* no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275 – ação ajuizada pela Procuradoria Geral da República para questionar a interpretação do artigo 58 da Lei de Registros Públicos na tratativa das alterações registrais de prenome e designativo de sexo de pessoas trans[331] -, a advogada Gisele Alessandra Schimidt e Silva, ao concluir sua fala, afirmou que "negar a uma pessoa o direito ao nome e à expressão de sua identidade é negar o direito de existir"[332].

Acertadamente, no ano seguinte – mais precisamente, em 1º de março de 2018 -, o STF julgou a ADI procedente, por maioria de votos, para o fim de facultar às pessoas trans tal alteração registral pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento

---

[330] Mestra em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito das Famílias e Sucessões pela ABDConst. Membra consultora da Comissão da Diversidade Sexual e Gênero da OAB/PR. Vice-presidente da Comissão de Direito Homoafetivo e Gênero do IBDFAM/PR. Advogada.

[331] Opta-se, desde o início, pela utilização do termo guarda-chuva "trans" para evitar classificações excludentes, tendo em vista que, tal como "transgênero(a)", indica ampla variedade de pessoas cujas identidades ou expressões de gênero transgrede as regras do gênero binário (SPADE, Dean. Resisting medicine, re/modeling gender. **Berkeley Women's L. J** (2013). Disponível em: http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1190&context=bglj. Acesso em: 13 de janeiro de 2020).

[332] Gisele, além de representar a ONG em comento, foi a primeira mulher trans a sustentar oralmente na Suprema Corte. A íntegra da sustentação oral pode ser acessada no seguinte endereço eletrônico: https://www.youtube.com/watch?v=FC9AkK50NC4.

cirúrgico e de diagnósticos patologizantes acerca da condição transgênera da(o) interessada(o).

Como consectário de tal decisão colegiada, foi editado o Provimento 73/2018 pelo Conselho Nacional de Justiça, através do qual se uniformizou, no território nacional, o requerimento das alterações registrais em comento. Ainda, em agosto de 2018, foi encerrado o julgamento do Recurso Extraordinário 670.422/RS, reiterando a tese firmada por ocasião da ADI 4275, além de afirmar a necessidade de preservação do sigilo da ordem da averbação do registro das(os) solicitantes.

A sedimentação de tal entendimento e de sua regulamentação extrajudicial tratou-se de uma das maiores conquistas do movimento LGBTI+, por ser a obtenção da modificação registral em consonância com a identidade de gênero questão demandada historicamente pela população trans.

Não obstante, os debates constitucionais sobre particularidades atinentes à transgeneridade[333] denotam problemáticas concepções sobre sexo e gênero veiculadas por juristas, questões que são atravessadas pelas limitações simbólicas, teóricas e materiais da matriz discursiva do direito, uma vez que "os discursos jurídicos não conseguem incorporar uma perspectiva crítica do gênero por serem efeito e causa das normas reguladoras do gênero binário"[334].

A título exemplificativo, menciona-se a discussão acerca do uso de banheiros por pessoas trans, questão levada ao STF pelo Recurso Extraordinário 845.779/SC, com julgamento suspenso desde 2015. Na sessão realizada em 18 de novembro daquele ano, o Ministro Luiz Fux, ao efetuar pedido de vista dos autos, argumentou pela existência de um "desacordo moral bastante razoável", externalizando preocupação com mulheres (cis)[335] que poderiam se sentir constrangidas e vulneráveis psicologicamente pela presença de mulheres

---

[333] Entende-se por Transgeneridade um amplo fenômeno sociológico de transgressão de gênero, o qual engloba transexualidade(s), travestilidade(s) e demais experiências transgêneras.

[334] LITARDO, Emiliano. Os corpos desse outro lado: a lei de identidade de gênero na Argentina. **Meritum** – Belo Horizonte – v. 8 – n. 2 – jul./dez. 2013, p. 193-226.

[335] Essa base argumentativa será discutida no tópico 3 do presente trabalho. Por ora, importante esclarecer que as terminologias "cis", ao fazerem oposição às trans, extraem-se do conceito da cisgeneridade, compreendida enquanto correspondência da identidade de gênero com o sexo atribuído quando do nascimento. Dessa forma, uma mulher cisgênera (ou simplesmente cis) é aquela que foi designada do sexo feminino ao nascer e se identifica enquanto mulher.

trans em banheiros femininos, uma vez que estas últimas podem apresentar órgãos genitais classificados do sexo masculino.

Essa hesitação parece endossar uma categorização estática dos gêneros, calcada em uma compreensão biologicista que não permite a concepção de subjetividades que transcendam o par binário (e oposicional) mulher-vagina *x* homem-pênis. Arranjos corporais não conformes com esse paradigma, como trans e intersexo[336], portanto, são postos à margem, sofrendo pressões sócio-institucionais que, muitas vezes, transitam entre a patologização, a criminalização e o extermínio.

De igual sorte, percebe-se que, mesmo na *ratio decidendi* adotada pela Suprema Corte, quando do julgamento da ADI 4275 – que, de fato, reverteu-se em um resultado positivo e celebrado por movimentos sociais -, persiste uma perspectiva patologizante em relação à transgeneridade, tendo em vista a reiteração de um discurso que concebe experiências identitárias trans no bojo da *disforia de gênero*[337], aproximando-se do paradigma do transexual verdadeiro benjaminiano, estabelecido originalmente nos anos 1960.

Assim, embora o reconhecimento legal das identidades dos sujeitos transgêneros se afigure, antes de tudo, basilar para possibilitar a concretização de outros direitos, como saúde, educação, trabalho, vida digna, livre circulação e não discriminação[338], a tratativa da identidade de gênero nos tribunais, sobretudo no STF, denota, além da judicialização da condição transgênera aparente despreparo institucional para lidar com especificidades que tangenciam as experiências trans.

Nesse compasso, pretende-se, com o presente artigo, contrastar elementos das linhas de argumentação utilizadas pelo STF na tratativa de questões trans com perspectivas

---

[336] A intersexualidade diz respeito a condição de pessoas que nascem com características sexuais biológicas que não se encaixam nas categorias típicas do sexo feminino ou masculino

[337] Trata-se de classificação promovida pela Associação Americana de Psiquiatria (APA), que, em seu Quinto Manual, publicado em 2013 (DSM-5) reconfigurou a transexualidade enquanto disforia de gênero. Em classificação semelhante, o 10º Código Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), incluía a transexualidade no capítulo sobre transtornos mentais e comportamentais, como "transtorno de personalidade e do comportamento adulto", sob o código 64. Em sua 11ª versão, o CID passou a alocar a transexualidade em novo capítulo, relativo a condições de saúde sexual, classificando-a como "incongruência de gênero".

[338] BAGAGLI, Beatriz Pagliarini. O reconhecimento das identidades trans nas políticas públicas: para além da cisnormatividade. OLIVEIRA, Antonio Deusivam de; PINTO, Cristiano Rosalino Braule (orgs). **Transpolíticas públicas**. Campinas: Papel Social, 2017. p. 36.

críticas advindas da interlocução entre os estudos de gênero e a seara jurídica[339]. Demonstrar-se-á, assim, a insuficiência da propugnação dignidade da pessoa humana em um contexto que não questiona a cisnormatividade enquanto um conjunto de "forças socioculturais e institucionais que discursivamente produzem a cisgeneridade como 'natural'"[340].

Para tanto, iniciar-se-á com uma explanação acerca dos discursos médico-jurídicos tradicionalmente acionados ao versarem sobre a tutela de experiências transidentitárias, e como aqueles se retroalimentam para perpetuar a transgressão de gênero enquanto um fenômeno essencialmente patológico.

Em um segundo momento, elege-se para análise, dentro dos limites especiais aqui concedidos, a sessão de julgamento do RE 845.779/SC, que tematiza o reconhecimento social e uso de banheiros públicos por pessoas trans, a fim de engajar perspectivas críticas às compreensões hegemônicas sobre sexo e gênero esboçadas pelos ministros.

Adotam-se, para isso, referenciais dos estudos de gênero que mobilizam a cisgeneridade normativa como conceito analítico e crítico, fundamental para desnaturalizar a compreensão do sexo enquanto elemento biológico apriorístico e imutável, bem como para problematizar a patologização de experiências identitárias trans. Busca-se, ainda, alinhar o pensamento de pesquisadoras do Sul Global à presente análise – como, por exemplo, os estudos de Viviane Vergueiro e Raewyn Connell -, rechaçando-se a exclusividade de uso de referenciais europeus e norte-americanos.

APORTES TEÓRICOS E CONCEITUAIS ÀS TRANSGRESSÕES DE GÊNERO A PARTIR DO DISCURSO MÉDICO-JURÍDICO TRADICIONAL

[339] Parte das ideias aqui tecidas são extraídas da dissertação de mestrado defendida por esta autora e ulteriormente transformada em livro. No entanto, novas reflexões foram acrescidas a partir de investigações teóricas e, da mesma forma, observa-se uma atualização dos contextos fáticos e teóricos que suscitaram as questões aqui debatidas. Nesse sentido, ver LIMA, Francielle Elisabet Nogueira. **Tutela jurídica de pessoas trans**: análise crítica a partir do transfeminismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

[340] VERGUEIRO, Viviane. **Por inflexões decoloniais de corpos e identidades de gênero inconformes**: uma análise autoetnográfica da cisgeneridade como normatividade. 2016. 244 f. Dissertação (Programa Multidisciplinar de Pós-Graduação em Cultura e Sociedade, do Instituto de Humanidades, Artes e Ciências Professor Milton Santos) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. p. 68.

Quando a palavra *transexual* é utilizada para se referir a alguém cuja experiência identitária denota uma inconformidade de gênero em relação ao sexo atribuído no nascimento, há uma série de presunções, via senso comum, que acompanham esta nomeação.

Uma das mais notórias delas é a premissa de que, a rigor, há um inerente desconforto sentido pelo indivíduo em relação a seu corpo e, principalmente, à sua anatomia genital, ocasionado pelo sentimento de não "pertencimento" ao sexo que lhe foi atribuído oficialmente. Presume-se, ainda, que esta sensação é a que, em princípio, vai orientar a(o) transexual a procurar acompanhamento médico para iniciar o seu tratamento hormonal e/ou, ulteriormente, candidatar-se à cirurgia de transgenitalização.

Pode-se afirmar, no entanto, que essa percepção é efeito do *dispositivo da transexualidade*, o qual, para Berenice Bento, traduz-se em um amálgama de saberes e práticas de poderes que estabelecem sobre os corpos, o sexo e a sexualidade, uma organização conceitual e prática que legitimou a transexualidade como um fenômeno médico-psiquiátrico[341]. Em outras palavras, se, para Foucault e a discussão acerca do dispositivo da sexualidade, "a homossexualidade (como categoria médica e social) e as(os) homossexuais (como sujeitos) surgiram quando começaram a ser esquadrinhados pelos saberes médicos, um processo semelhante engloba a transexualidade"[342].

Nesse sentido, entende-se a transexualidade enquanto um conceito (e processo) eminentemente erigido no bojo das chamadas *ciências psi*[343], notadamente com a ambição taxonômica positivista da sexologia do início do século XX, que, de acordo com Pierre-Henri Castel, é identificada a primeira fase da história científica e cultural da transexualidade. Relata-se, por exemplo, que, em 1910, Magnus Hierschfield teria utilizado pioneiramente o termo "transexual", no livro Die Tranvestiten, na tentativa de separar as formas de

---

[341] David O. Cauldwell, anos mais tarde, retoma o termo transexual no artigo *Psychopatia transexualis*, em 1949, apresentando o relato clínico de uma "mulher normal", de família abastada, que almejava ser homem. Em sua percepção, esta situação serviria para demonstrar que haveria indivíduos que desejavam ser membros do "sexo em relação ao qual não propriamente pertenciam" e, de acordo com seus estudos, sua condição emergiria de um contexto de predisposição genética combinado com um histórico de infância disfuncional. Ainda na primeira metade do século XX, consideráveis descobertas na endocrinologia, campo de prática médica que ascendeu no período entre guerras na Europa, que importaram uma repaginação na tratativa das identidades sexuais, tendo em vista o aumento do número de narrativas sobre cirurgias e a prescrição de hormônios a pacientes descontentes com o sexo designado no nascimento. (BORBA, Rodrigo. **O (des)aprendizado de si**: transexualidades, interação e cuidado em saúde. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2016. p. 31).

[342] Ibidem, p. 34.

[343] Conjunto que comumente se refere à psicologia, psiquiatria e psicanálise.

homossexualidade e estabelecer o travestismo (inserindo-o, todavia, no conjunto de perversões) como uma prática apartada daquela .[344]

Porém, é com Harry Benjamin e sua investigação acerca da formação psíquica de transexuais, na obra "The transexual phenomenon", publicada originalmente em 1966, que a medicina e outras ciências serão, em âmbito global, influenciadas quanto à condução terapêutica da transexualidade, explicada então como *transexualismo* que, para Benjamin (que já tinha definido o conceito em artigo anterior, intitulado "Transvestism and transsexualism as psycho-somatic and somato-psychic syndromes"), tratava-se "do desejo intenso, por vezes obsessivo, de mudar completamente de estado sexual, inclusive de estrutura orgânica" [345].

Para este endocrinologista, conforme síntese apresentada por Berenice Bento, o sexo é composto por vários sexos: o cromossomático, o gonádico, o fenotípico, o psicológico e o jurídico, sendo o primeiro deles responsável pela determinação do sexo e do gênero, de modo que o par XX corresponde a mulheres e XY a homens . E é no entorno do denominado sexo psicológico que o autor começa a problematizar o fenômeno da transexualidade, considerando que, para ele, não se tratava a transexualidade de uma "anomalia congênita", mas de um distanciamento que os indivíduos transexuais apresentariam entre o sexo de nascimento e o sexo com o qual se identificavam[346].

Essa concepção, erigida na seara da endocrinologia, especialização que despontou consideravelmente no período entre as guerras mundiais, lançava ao esquadrinhamento do transexual verdadeiro, que, para Benjamin, era um indivíduo que vivia uma inversão psicossocial total e tinha um intenso "mal-estar de gênero", e quem deveria ser, a rigor, heterossexual, necessitando, com urgência, da cirurgia de transgenitalização ou redesignação sexual (intervenção popularmente conhecida como "mudança de sexo"), pois que teria profundo ódio aos seus genitais.[347]

---

[344] Nesse sentido, a literatura consultada aponta a relevância das intervenções terapêuticas como elemento central na consolidação do dispositivo da transexualidade, sendo divulgada com amplo destaque a cirurgia do ex-soldado do exército americano George Jorgensen – que passou a ser Christine Jorgensen -, realizada por Christian Hamburger, em 1952, na Dinamarca, caso comumente reportado como "ato fundador da transexualidade" .

[345] BENJAMIN, Harry. Transsexualism na transvestism as psycho-somatic and somato psych-syndromes. In: STRYKER, Susan; WHITTLE, Stephen. **The Transgender Studies Reader**. New York: Routledge, 2006. p. 45.

[346] BENTO, Berenice. **A (re)invenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. RIod e Janeiro: Garamond, 2006. p. 147.

[347] BORBA, Rodrigo. Op. Cit., p. 36.

Sob outro viés, as lições de John Money, psicopediatra do renomado Hospital Universitário John Hopkins, colhidas a partir da observação a crianças intersexo (então denominadas hermafroditas) e pautadas na teoria dos papeis sociais desenvolvida por Talcott Parsons, defendiam que a identidade de gênero (conceito, portanto, destoante das conclusões de Benjamin, porquanto localizado em mediações entre a medicina e a sociologia funcionalista) era resultado da socialização dos indivíduos, "que, quando efetuada dentro dos padrões socialmente aceitos, deveria garantir uma linearidade entre a biologia (sexo) e o social (gênero)".[348]

A criação de uma clínica de identidade sexual, no Hospital John Hopkins, em 1966, repleta de pesquisadoras(es) de variadas áreas (citando-se, a título meramente ilustrativo, a participação de psicólogas(os), psiquiatras, geneticistas, embriologistas e sociólogas(os) foi bastante relevante para o desenrolar de pesquisas acerca dos conceitos de identidade e papel sexual, em torno dos quais se erigiu a perspectiva de Money acerca da transexualidade, que passava a ser vista como um erro de identidade de gênero, "cuja característica principal era uma discrepância entre o sexo atribuído e a identidade de gênero expressa através de um forte desejo de redefinir o sexo".[349]

No trilhar destes estudos, desenvolvia o psicopediatra juntamente com Anke Ehrhardt a definição de identidade de gênero e papel de gênero, sendo o primeiro conceito referente à "harmonia e persistência da individualidade de alguém como masculina (homem), feminina (mulher) ou ambivalente, em maior ou menor grau, especialmente como ela é experimentada com sua própria consciência e comportamento", e o segundo "a expressão pública da identidade de gênero"[350][351].

Em outra linha, desdobrou-se o trabalho do psicanalista Robert Stoller, que, em "A Experiência Transexual" propôs "que os comportamentos inadequados de gênero nas

---

[348][348] Ibidem, p. 37.

[349] SANTOS, Maria De Fátima Lima. A invenção do dispositivo da transexualidade: produção de verdades e experiências trans. **Em pauta**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 28, p. 124.

[350] HERHARDT, Anke; MONEY, John. Man & woman, boy & girl. New Jersey: Jason Aronson Inc, 1996 apud SAADEH, Alexandre. **Transtorno de identidade sexual**: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino (tese). Universidade de São Paulo, 2004, p. 39.

[351] Perceptível, assim, notar uma apropriação preliminar do gênero (e, por consequência, do conceito de identidade de gênero), até então não consolidado no pensamento feminista como conceito teórico e relacional, para descrever elementos que consideravam ligados aos traços de caráter e ao comportamento social do indivíduo, em oposição aos que consideravam naturais, biológicos, sob a égide de uma versão funcionalista e essencializante . Em um primeiro momento, portanto, estes conceitos estavam atrelados a desordens/disfuncionalidades psiquiátricas.

crianças (...) são produto de dinâmicas psicossociais traumáticas impostas pela relação disfuncional com seus pais"[352], seguindo ensinamentos freudianos, a partir do conceito de castração, concentrando-se eminentemente na junção das figuras mãe dominadora e pai ausente como dinâmica propulsora de desenvolvimento do transexual verdadeiro, adentrando no mundo dos valores e referências parentais. Há uma forte preocupação em se determinar *onde* e *quando* começaria a construção de uma identidade transexual.

Stoller, na senda de explicações de Maria de Fátima de Lima Santos, "vai buscar nos casos clínicos, na sua observação e em similaridades os exemplos que permitiram universalizar os modelos parentais nos quais a figura da mãe aparece como principal protagonista" [353], duvidando do diagnóstico de transexualidade se o paciente possuir uma figura materna diferente daquela por ele caracterizada como "mãe típica do transexual."[354]

Para mais, é possível afirmar que, na ótica stolleriana, as performances de gênero, a sexualidade e a subjetividade são estratos constitutivos da identidade dos indivíduos, devendo-se apresentar colados uns aos outros. Desta forma, o masculino e o feminino só se encontrariam por intermédio da complementaridade da heterossexualidade[355], verificando-se uma incisiva defesa do dimorfismo sexual[356], assentado com proposições científicas e políticas dos séculos XVIII e XIX.

Essas três figuras (Benjamin, Money e Stoller), não obstante premissas conceituais distintas utilizadas em seus respectivos campos investigatórios, que alternavam entre uma matriz biologista e outra psicanalista - mormente do cotejo entre as figuras do transexual benjaminiano e do transexual stolleriano -, mostram-se centrais na estruturação do dispositivo da transexualidade.

Suas investigações estruturaram domínios de saberes e poderes que foram cruciais na construção de regimes de verdade que descrevem a transexualidade enquanto patologia, inevitavelmente reduzindo experiências trans à dimensão clínica[357], deslocando estas

---

[352] BORBA, Rodrigo. Op. Cit., p. 38.
[353] SANTOS, Maria de Fátima Lima. Op. Cit, v. 9, n. 28, p. 126.
[354] BENTO, Berenice. Op. Cit., p. 137.
[355] Ibidem, p. 141.
[356] Diferenciação sexual, biológica, dualista e estanque entre corpos de homens e mulheres, que são percebidos de maneira radicalmente oposta. Para uma compreensão melhor acerca da divisão dimórfica dos corpos, ver LAQUEUR, Thomas. **La constucción del sexo**: cuerpo y género desde los griegos hasta Freud. Madrid: Cátedra, 1994. p. 258.
[357] SANTOS, Maria de Fátima Lima. Op. Cit., p. 126.

experiências "de uma situação individual e absolutamente marginal para um problema médico-legal reconhecido e passível de tratamento"[358].

Atualmente, a patologização das experiências trans se propala através de três instituições internacionais e seus textos: 1) a Associação Americana de Psiquiatria (APA), que, em seu Quinto Manual, publicado em 2013 (DSM-5), reconfigurou a TIG para disforia de gênero; 2) a World Professional Association for Transgender Health (WPATH), que regulamenta os procedimentos de tratamento da transexualidade e institui os critérios de elegibilidade e autorização para as cirurgias de transgenitalização no Standards of Care for the Health of Transexual, Transgender and Gender Nonconforming (SOC-7) e; 3) a Organização Mundial da Saúde (OMS), que, apesar de, na versão atual do CID (Código Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde) ter retirado a transexualidade da categoria de transtornos mentais, definindo-a como "incongruência de gênero"[359], durante muitos anos a classificou como um transtorno de personalidade e do comportamento adulto, sob o código F64.

Este arcabouço institucional reducionista demonstra, assim, a reprodução de um sistema normativo de sexo e gênero que não corresponde aos amplos modos de subjetivação e de diversidade das formas de construção de gênero nas experiências trans.[360] Seus reflexos no contexto brasileiro são vislumbrados, ainda, no teor de diretrizes médicas em vigor que importam na tematização da transexualidade: por muitos anos, vigorou a Resolução nº 1955 de 2010 do Conselho Federal de Medicina, regulamentando de maneira geral o Processo Transexualizador no território pátrio, a qual considerava o paciente transexual como "portador de um desvio psicológico permanente da identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou extermínio", aproximando-se do paradigma benjaminiano. [361]

Observa-se compreensão semelhante em obras jurídicas e decisões judiciais que explanam os processos de alteração registral de pessoas trans. Em muitas delas, há a assunção

---

[358] ARÁN, Márcia; MURTA, Daniela. Do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero às redescrições da experiência da transexualidade: uma reflexão sobre gênero, tecnologia e saúde. **Physis**: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 19 (1), 2009, p. 25-26.

[359] O estudo no qual se basearam as autoridades científicas para realizar a mudança pode ser acessado no seguinte endereço eletrônico: http://www.thelancet.com/journals/lanpsy/article/PIIS2215-0366(16)20165-1/abstract.

[360] ARÁN, Márcia; LIONÇO, Tatiana; MURTA, Daniela. Transexualidade e saúde pública no Brasil. **Ciênc. saúde coletiva**, 2009, vol. 14, n.4, p. 1144.

[361] Esta Resolução, contudo, foi revogada pela Resolução nº 2.265/2015, trazendo um teor mais condizente com o CID-11, que, atualmente, considera a transexualidade enquanto uma "incongruência de gênero".

de perspectiva universalizante da transexualidade ao se enfatizar a rejeição que o sujeito trans teria em relação ao seu corpo, pressupondo a *necessidade urgente* da pessoa em adequar o sexo. A título exemplificativo, traz-se excerto do acórdão referente ao Recurso Especial nº 1.626.739/RS:

> O transexual deseja viver e ser aceito como pessoa do gênero oposto. Acredita ter nascido "com o corpo trocado", considerando-o, muitas vezes, disforme ou monstruoso, razão pela qual manifesta imperativo desejo de "adequação do sexo", mediante o uso de vestimentas do sexo oposto e a realização de terapia hormonal e/ou de cirurgia de transgenitalização. A forte rejeição do fenótipo sexual apresentado pode levar o transexual à automutilação ou ao suicídio.[362]

A literatura jurídica mais tradicional, apropriando-se da oferta lançada pela medicina acerca da transexualidade não destoa deste paradigma. Sob prisma fundamentalmente clínico, Elimar Szaniwaski, em raciocínio considerado vanguardista para a época, assevera que a transexualidade se trata de uma anomalia da sexualidade humana ocasionada pela inversão da identidade psicológica do indivíduo, marcada por uma sensação de pertencimento ao sexo oposto e o extremo desejo de reversão sexual.[363] Em obra mais recente, Tereza Vieira sinaliza que "o transexual se considera membro do sexo oposto, entalhado com o aparelho sexual errado, o qual quer ardentemente erradicar"[364]. Em perspectiva semelhante, Maria Berenice Dias explica que "a transexualidade (...) caracteriza-se por um forte conflito entre o corpo e a identidade de gênero e compreende um arraigado desejo de adequar – hormonal e cirurgicamente o corpo e o gênero almejado"[365].

Como se pode notar, estas premissas revelam forte viés patologizante, diante da assunção *ab initio* de que *há algo de errado*, por assim dizer, na conformação psicológico de uma pessoa trans, que a faz repelir a genitália. Idealiza-se um inescusável parâmetro de diagnóstico a ser alcançado que faz fugir da inteligibilidade as subjetividades que não se

---

[362] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma – Relator: Ministro Felipe Salomão – Recurso Especial nº 1.626.739/RS. Data de julgamento: 11 de outubro de 2016.

[363] SZANIWASKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo – aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 52.

[364] VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e sexo**: mudanças no registro civil. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 159.

[365] DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 269.

enquadram nesta compreensão unívoca de transexualidade. Aliás, a própria transexualidade, lançada como categoria nosológica, e a tutela hiperpatologizante de sujeitos gênero-transgressores indica que há uma medida para se aferir os corpos que são revestidos de normalidade e aqueles que não o são.

Mesmo nos recentes votos e decisões emanados pelo STF – cujo resultado efetivamente se traduz em norma da mais alta relevância social -, que se debruçam sobre demandas específicas da população trans, infere-se a permanência de uma naturalização da cisgeneridade – correspondência da identidade de gênero de uma pessoa com as expectativas geradas pelo sexo designado no nascimento -, ao passo que se *anormalizam* as experiências gênero-transgressoras.

Ocorre que as experiências identitárias trans são inevitavelmente corporificadas e qualquer tentativa de dar sentido à transição dos gêneros deve dar plena atenção à questão[366], o que enseja, em um exercício de alteridade, reconhecer as múltiplas narrativas de corporificação de subjetividades[367], distanciando-se, desta forma, de uma visão simplificadora e meramente clínica da condição transgênera. É necessário, portanto, valer-se de um olhar questionador à fixidez do gênero e do sexo para dar conta das inúmeras possibilidades de vida sem a elas reservar o local de abjeção, objetando-se, portanto, aos discursos pretensamente científicos de teor discriminatório.

E, muito embora o discurso jurídico não se reduza às razões de decidir exaradas pelos tribunais, faz-se pertinente a análise das linhas argumentativas utilizadas nos casos submetidos ao crivo do STF no tocante à transgeneridade, diante da relevância e repercussão que lhes foram atribuídas. Isso porque há uma tendência de expansão da atuação judicial – e principalmente da Corte Constitucional -, de forma a suprir déficits inerentes às condições de abertura política e participação de grupos vulneráveis, os quais se veem insuficientemente representados no âmbito legislativo[368].

---

[366] CONNELL, Raewyn. **Gêneros em termos reais**. Tradução de Marília Moschkovich. Sâo Paulo: Nversos, 2016. p. 238.

[367] ROTHFIELD, Philipa. Bodies and subjects: medical ethics and feminism. In: KOMESAROFF, Paul A. (Ed.). **Troubled bodies**: critical perspectives on postmodernism, medical ethics and the body. Durham, North Carolina: Duke University Press, 1995. p. 238.

[368] BUNCHAFT, Maria Eugenia. Transexualidade e o "direito dos banheiros" no STF: uma reflexão à luz de Posner, Siegel e Fraser. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 6, nº 3, 2016, p. 226.

Três ações chegaram ao STF versando sobre direitos de pessoas trans (e que inevitavelmente tangenciam questões ligadas a sexo, gênero e identidade): i) o Recurso Extraordinário 845.779/SC, cuja repercussão geral foi reconhecida para se dizer a respeito da possibilidade de o Estado se pronunciar sobre o reconhecimento social da identidade de gênero de pessoas trans, tratando do uso de banheiros públicos; ii) o Recurso Extraordinário 670.422/RS, cuja discussão se cingiu à possibilidade de alteração de designativo de sexo no registro civil sem a necessidade da realização de cirurgias de transgenitalização e de averbação da condição trans no registro e; iii) a Ação Direta de Inconstitucionalidade, que questionou o art. 58 da Lei de Registros Públicos com o objetivo de possibilitar a alteração de prenome e designativo de sexo nos registros civis de pessoas trans.

Considerando que o posicionamento do STF acerca do acesso a banheiros se mantém inconclusivo, e que embora a sessão inicial do RE 845.449/SC tenha ocorrido anteriormente ao julgamento da ADI 4275, verifica-se que muitas das compreensões sobre sexo e gênero lançadas naquela oportunidade são retomadas em contextos atuais.

É o caso, por exemplo, das reiteradas notícias sobre mulheres trans "barradas" de usar banheiros em consonância com a sua identidade de gênero[369] ou, ainda, a discussão a respeito da participação de pessoas trans e intersexo em competições esportivas de alto rendimento – a qual vem sendo travada, inclusive, em âmbito legislativo[370].

Em ambas as situações, é comum se deparar com discursos que pregam a intransponibilidade do sexo biológico, o binarismo sexual e de gênero, além defenderem uma natureza apriorística dos corpos. Tais percepções partem de critérios objetivos e de certas características corporais "evidentes" para classificar subjetividades e identidades em masculinas ou femininas, independentemente da autopercepção dos sujeitos ou "das posições e contexto interseccionais e socioculturais em que elas estejam localizadas"[371].

No entanto, como será colocado a seguir, vieses contestadores a tais discursos podem ser acionados para desestabilizar a ordem estanque e "natural" dos sexos e gêneros.

---

[369] VASCONCELOS, Paloma. Impedidas de usar o banheiro: a realidade de pessoas trans no Brasil. **Ponte**. 17 de jan de 2020. Disponível em: https://ponte.org/impedidas-de-usar-o-banheiro-a-realidade-de-pessoas-trans-no-brasil/. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

[370] Nesse sentido, há notícias acerca de projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados (PL 2200/2019, PL 2596/2019 e PL 2639/2019) e nas Assembleias Legislativas de São Paulo e Paraná (respectivamente, PL 346/2019 e PL 245/2019), que visam a estabelecer o sexo biológico como critério exclusivo para a definição do gênero em competições esportivas oficiais no Brasil:

[371] VERGUEIRO, Viviane. Op. Cit., p. 57.

RE 845.779/SC E O ACESSO A BANHEIROS PÚBLICOS: NOTAS SOBRE SEXO, GÊNERO E CISNORMATIVIDADE

Em 18 de novembro de 2015, iniciou-se o julgamento do RE 845.779, sessão que teve duração de duas horas e quarenta e cinco minutos[372], e que contou, após a leitura do relatório feita pelo Ministro Luís Barroso (relator do processo), com as sustentações orais da representante da recorrente, bem como dos representantes dos *amici curae*[373], havendo, ainda, a manifestação do Ministério Público Federal.

O caso versa sobre a possibilidade de indenização por danos morais decorrente do constrangimento sofrido por uma mulher trans que foi impedida de utilizar o banheiro condizente com sua identidade de gênero em um shopping center. A recorrente interpôs recurso extraordinário, sustentando afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e à honra, aduzindo que o tratamento desrespeitoso à sua identidade de gênero ultrapassa os limites subjetivos da causa.

Não obstante a discussão jurídica na origem tenha se adstrito a uma questão de responsabilidade civil ante ilícito perpetrado pelo estabelecimento comercial, observa-se que o Recurso Extraordinário, ao ser recebido pela Suprema Corte, teve firmado como tema "a possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente".

Nota-se, de início, que tal apreensão do caso concreto demonstra acentuada interferência estatal sobre um contexto que, em tese, não é exatamente aferido como jurídico: conquanto os banheiros em locais públicos sejam, via de regra, separados em cabines próprias para *homens* e para *mulheres*, não há nenhuma normativa expressa (lei, resolução, enfim) que determine o uso dos banheiros nesses termos, sendo esta configuração reiterada,

---

[372] A sessão de julgamento pode ser acessada no seguinte endereço eletrônico: https://www.youtube.com/watch?v=t2nr57_Ku6c&t=8424s.

[373] No caso, a Associação Brasileira de Lésbicas Gays Bissexuais Travestis e Transexuais – ABGLT, o Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos - CLAM e o Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero Políticas e Direitos – LIDIS.

portanto, através de uma regra "não oficial, mas *oficiosa*, não escrita em nossos códigos"[374], e que, no específico caso do uso por pessoas trans, foi submetida a controle de constitucionalidade.

Cabível aqui a reflexão de Paul B. Preciado, para quem os sanitários públicos, são, antes de tudo, cabines de *vigilância de gênero*, isto é, espaços públicos que avaliam a acomodação de cada corpo às normas e códigos vigentes de femilinidade e masculinidade[375].

De qualquer forma, na ocasião, foram proferidos votos pelos Ministros Luís Barroso e Luiz Edson Fachin, tendo sido o julgamento suspenso em razão de pedido de vista dos autos formulado pelo Ministro Luiz Fux. Em que pese relevantes contribuições tenham sido trazidas pelas sustentações orais realizadas durante a sessão de julgamento, a presente análise se cingirá às compreensões sobre gênero, sexo e sexualidade insertas nos votos e deliberações dos componentes do pleno.

Ao emitir seu voto, o Ministro Relator consignou que "o transgênero é aquela pessoa que não se identifica plenamente com o gênero atribuído culturalmente ao seu sexo biológico (...) portanto, há um *descompasso* entre o 'sexo biológico', a visualização cultural do papel daquele gênero e a autopercepção do indivíduo quanto a si mesmo (...)". Na proposta de ementa, definiu, ainda que, "transexuais são pessoas que se identificam com o gênero oposto ao sexo de nascimento, sentindo geralmente que seu corpo não é adequado à forma como se percebe".

Percebe-se que, em suas considerações sobre transgeneridade, o relator se posiciona em conformidade com a concepção dominante de sexo enquanto elemento apriorístico e não passível de ser construído historicamente, reforçando dicotomias entre sexo e gênero.

Luís Barroso consignou, ainda, que "o *transexualismo* não é uma escolha, é um *destino*, é uma circunstância da vida (...) é um *fato da natureza* e não respeitar essas pessoas é não respeitar a natureza e, *para os que crêem*, é não respeitar a *criação divina*".

---

[374] GORSDORF, Leandro Franklin; HOSHINO, Thiago; KIRCHHOFF, Rafael dos Santos. De banheiros, armários e cortes: a identidade de gênero na pauta do STF. In: ESCRIVÃO FILHO, Antônio Sergio; PIVATO, Luciana Cristina Furquim; XIMENES, Salomão Barros. **Justiça e Direitos Humanos**: olhares críticos sobre o Judiciário em 2015. Curitiba: Terra de Direitos, 2016. p. 80.

[375] PRECIADO, Paul B. **Basura y Género**: Mear/ Cagar. Masculino/ Femenino. Eseté 06, Ed. Amasté Comunicación, Bilbao, 2002. p. 40-49.

Mesmo ao tentar se desvencilhar da dominante tratativa das experiências identitárias trans, o relator se refere a elas com o mesmo olhar clínico do paradigma benjaminiano jungido à percepção oriunda do senso comum acerca da inevitabilidade da natureza, da biologia, que, a um só tempo, universaliza e patologiza essas identidades.

No caminhar para o fim do voto, Luís Barroso, adiantando uma acalorada discussão que estava por vir, declara que

> É claro que alguém poderia invocar neste caso concreto o eventual desconforto *das mulheres* que estivessem num determinado banheiro e não se sentissem à vontade com a presença de *um transexual*. („„) A vida civilizada envolve viver com aquilo que a gente não ama (...) Note-se que o susposto constrangimento às demais mulheres seria limitado, tendo em vista que as situações mais intimas num banheiro feminino ocorrem em cabines privativas de acesso reservado a uma única pessoa. (...)

Neste trecho, especialmente, é de se notar que o relator parte de uma percepção cis(hetero)normativa para tecer considerações a respeito das pessoas que utilizam banheiros femininos, identificando, em um primeiro momento, como "mulheres" aquelas cisgêneras, ao passo que "o transexual" – possivelmente e implicitamente querendo se referir a uma mulher trans – não é reconhecido da mesma forma: naturaliza-se e essencializa-se o "feminino biológico", exigindo-se "coerência psicológica" a uma ou outra categoria de "sexo biológico"[376], sem se dar conta que a biologia, enquanto ciência, também é um construto social, sofrendo influxos de posições hegemônicas.

Não é de se estranhar, portanto, como "violências contra existências trans e gênero-diversas são frequentemente relacionadas com a invasão de certas percepções cisnormativas sobre diversidades corporais e de identidades de gênero"[377].

Após a proposta de ementa do Ministro Luis Barroso, o Ministro Marco Aurélio perguntou *como* seria possível aferir a identidade de gênero de uma pessoa, se seria "considerada a aparência, considerado o registro civil ou considerado o aspecto psicológico", em razão de sua "dificuldade em acreditar" que a empregada do shopping responsável pela guarda do banheiro teria de fato adotado a postura que adotou (não autorizado a entrada da

---

[376] VERGUEIRO, Viviane. Op. Cit., p. 65-66.
[377] Ibidem, p. 68.

Recorrente no banheiro feminino) se a aparência "*realmente* fosse feminina". Em seus comentários, o Ministro ainda anotou, pela autuação do processo, que "não houve sequer a troca do nome".

Barroso se mostrou um pouco titubeante para responder as indagações do colega, no entanto, entendeu que, no caso concreto, atendo-se aos fatos noticiados nos autos, e levando-se em consideração o nome social da recorrente, "trata-se de uma mulher em um corpo de um homem", o que nos leva a crer que sua estratégia argumentativa, neste específico momento, pautou-se em um paradigma psicológico, psicossocial, enfim, do gênero.

E, não obstante tenha se percebido um câmbio em relação à percepção eminentemente biologicista outrora esposada, consoante asseverado por Maria Eugenia Bunchaft:

> A mudança do paradigma epistemológico biológico para o psicológico ainda não demonstrou potencial para desconstruir a matriz binária e o dismorfismo heteronormativo do sistema sexo-gênero. Os indivíduos, ainda, permanecem sujeitos a um processo de categorização sexual que incorpora uma estratégia discursiva decorrente de uma estrutura binária do sistema sexo-gênero. A preocupação com a descoberta da identidade sexual dos indivíduos faz parte de um conjunto de saberes científicos que, embora englobe o paradigma psicológico, ainda presume a irreversibilidade sexual.[378]

Adiante, o Ministro Luiz Fux, detalhando a respeito da distinção entre "disforia de gênero e redesignação cirúrgica", dado que, segundo ele, teria colhido da página eletrônica do SUS, pergunta se a recorrente sofre de disforia de gênero ou teria realizado a intervenção cirúrgica. A causídica, então, responde que a recorrente estaria com a cirurgia marcada para fevereiro do próximo ano e, que, portanto, ainda não teria se submetido à transgenitalização.

Sobre a discussão técnico-processual que se erigiu acerca das premissas fáticas constantes do acórdão recorrido entre o Ministro Marco Aurélio e a Ministra Carmen Lúcia (se de fato constavam estes elementos probatórios acerca da aparência da recorrente na decisão colegiada impugnada através do recurso extraordinário), Barroso assinalou que "se o transexual *fosse rigorosamente igual a uma mulher*, nós não estaríamos discutindo esse

---

[378] BUNCHAFT, Maria Eugenia. Op. Cit, p. 230.

problema. Há um componente diferente, de *extravagância* e é *evidentemente* esse componente que gera o preconceito".

Esta discussão é especialmente interessante porque, ao evocar um parâmetro para mensurar quais corpos são legitimamente femininos (e, por extensão, quais seriam os corpos verdadeiramente masculinos), os Ministros do Supremo, que parecem extremamente interessados e/ou preocupados com tal questão, trazem à tona uma justificativa de *passabilidade* (termo que, resumidamente, traduz-se em um regime de visibilidade ou conhecimento[379] gerado pelo quanto uma pessoa trans se comporta de acordo com o estereótipo do gênero com o qual se identifica[380]) por parte da advogada da recorrente, quem, na condição de mulher trans, teria demonstrado aspectos estéticos suficientemente aptos a validarem sua identidade de gênero.

A sessão de julgamento foi encerrada após pedido de vista dos autos formulado pelo Ministro Luiz Fux, entendendo pela existência de um "desacordo moral *bastante* razoável no seio de nossa sociedade", por ter consultado a opinião de algumas pessoas, através de artigos pesquisados na internet (sem, contudo, mencionar fontes), sobre o uso de banheiros por pessoas trans, que teriam expressado por suas "opiniões populares" (segundo termos utilizados pelo ministro) desconforto com a situação. Transcrevemos algumas indagações que o Ministro narrou ter extraído de referidos artigos populares:

> (...) sendo assim, sua filha ou sua mulher será obrigada a usar o mesmo banheiro que um homem vestido de mulher desde que este alegue que se acha como mulher também? (sic) (...) as escolas e as universidades terão um cadastro, um espaço para o nome social (...) e ao mesmo tempo um cadastro próprio para o nome da pessoa? (sic) (...) Imagine como ficará o pai mais conservador que tem uma filha, sabendo que ela está na escola e qualquer pessoa que alegue possuir o gênero idêntico ao dela vai poder frequentar o mesmo banheiro que sua filha?

Tais perguntas foram seguidas de uma preocupação com possíveis pedófilos que poderiam adentrar os banheiros femininos, deixando em situação de vulnerabilidade *mulheres*

---

[379] DUQUE, Tiago. **Gêneros incríveis**: um estudo sócio-antropológico sobre as experiências de (não) passar por homem e/ou mulher. Campo Grande: Editora UFMS, 2017. p. 24.

[380] LANZ, Letícia. **O corpo da roupa**: a pessoa transgênera entre a conformidade e a transgressão das normas de gênero – uma introdução aos Estudos Transgêneros. Curitiba: Transgente, 2015. p. 421.

e *crianças* do *sexo feminino*, o que foi repisado pela fala do Ministro Ricardo Lewandowski, valendo-se dos termos que ora destacamos.

Percebe-se acentuada reiteração ao paradigma biológico da intocabilidade do sexo para sustentar o gênero e para legitimar aquelas que de fato seriam consideradas mulheres em razão do sexo, além de um tom moralista ao se pensar que corpos de mulheres trans podem ocupar o mesmo lugar que o de mulheres cis.

Além disso, a preocupação dos Ministros Fux e Lewandowski parece descurar do fato de que, no Brasil, os banheiros de uso público estão longe de serem lugares que refletem a propensa violência em face de mulheres cis: segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, em 2016, tramitaram na Justiça mais de um milhão de processos referentes à violência doméstica, o que corresponde, em média, a 1 processo para cada 100 mulheres brasileiras; desses, pelo menos 13,5 mil são casos de feminicídio.[381]

Outrossim, é também de se notar que os Ministros, ao externarem preocupação com crianças, ao tomarem este grupo sócio-etário por homogêneo e, muito provavelmente, pela sua cisgeneridade, esquecem-se de que uma significante parte de pessoas trans toma consciência de sua identidade de gênero em tenra idade, conforme pontuam Jaqueline Gomes de Jesus[382] e Natacha Kennedy[383], e que o silenciamento sobre esta realidade quanto à experiência desta transgeneridade se deve "a uma estratégia de supressão das vivências subjetivas dessas crianças, decorrentes de visões estereotipadas sobre gênero (cissexismo) e do preconceito contra a população transgênera (transfobia)".[384]

Cumpre anotar, ainda, que este excessivo "cuidado institucional", por assim dizer, não evidencia propriamente uma proteção ao bem-estar de "mulheres e crianças" – talqualmente ocorre nas políticas de verificação de gênero nos esportes -, mas, sim, parece

---

[381] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha** – 2017. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/ba9a59b474f22bbdbf7cd4f7e3829aa6.pdf. Acesso em: 26 de fevereiro de 2018.

[382] JESUS, Jaqueline Gomes de. Crianças trans: memórias e desafios teóricos. **III Seminário Internacional Enlaçando Sexualidades**. 15 a 17 de maio de 2013. Universidade do Estado da Bahia, Salvador.

[383] KENNEDY, Natacha. Crianças transgênero: mais do que um desafio teórico. **Revista Chronos**. Dossiês, 22. Volume II, número 2, 2010. p. 21-61.

[384] JESUS, Jaqueline Gomes de. Op. Cit., p. 3.

mais evocar uma constante forma de governança corporal, ligada a ideias culturais hegemônicas (e não só científicas) sobre o que é um corpo feminino[385].

Após o pedido de vista feito em 2015, o RE 845.779 não mais retornou à pauta de julgamentos do STF. Por outro lado, a Corte, após inclusões em pauta sem julgamento definitivo, decidiu em 1º de março de 2018 pela procedência da ADI 4275 e, em 15 de agosto do mesmo ano, pelo provimento do RE 670.422/RS, ambos aludindo, como visto acima, a questões de reconhecimento jurídico e registral da identidade de gênero.

A permanência do não posicionamento do STF quanto ao direito de acesso aos banheiros sugere um possível impasse: parece que a sociedade, em geral, vê-se mais confortável em abarcar mudanças que, apesar de garantirem direitos fundamentais a partir do acionamento dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autodeterminação, não deslocam fundamentos estruturalizantes de desigualdades que estão vinculados à matriz binária de concepção do humano, já que, a rigor, a possibilidade de alteração registral, no plano formal, ainda exige um enquadramento no gênero feminino ou masculino.

Ao se colocar em evidência o corpo não inteligível para a concepção biologicista dos gêneros – que se fundamenta na verdade irrestritra e inquestionável do "sexo biológico" -, propugnando-se sua legitimidade de ocupação dos espaços, evoca-se não só o desconforto social, como também uma reação pautada em discursos conservadores incompatíveis com os valores subscritos constitucionalmente.

CONCLUSÃO

O atual projeto de classificação sexual promovido pelo direito está em uma crise causada pelo aumento de divergências entre as definições individuais de identidade de gênero e as definições sexuais e de gênero assentadas juridicamente.

Expressões e identidades de gênero se tornam cada vez mais distantes das expectativas sócio-normativas impostas pela designação sexual

[385] PIRES, Bárbara. **As políticas e produções de sexo/gênero no esporte**: um olhar sobre o hiperandrogenismo às vésperas das Olimpíadas Rio 2016. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/Artigo%20B%C3%A1rbara%20Pires%20PDF.pdf. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

[386]; também se mostram mais visíveis os movimentos pela desjudicialização e despatologização do reconhecimento político de tais arranjos subjetivos[387].

Nesse sentido, é possível afirmar que, com maior frequência, as instâncias institucionais confrontam casos que progressivamente envolvem distinções científicas complexas, propulsionando o distanciamento de tradições conceituais jurídicas que por vezes se afiguram descompassadas com as variadas experiências vivenciadas pelo tecido social. Há uma mobilização pela desestabilização das estruturas ficcionais da objetividade, neutralidade e universalidade do direito moderno, que soube tão bem ser sustentáculo de uma matriz binária dos gêneros.

Por outro lado, não se pode olvidar que há uma série de direitos e normas de ordem social que são sustentados e diferenciados pela distinção sexual – como ocorre no acesso aos banheiros que, como visto, trata-se de uma norma *oficiosa* de regulação dos corpos. Afinal de contas, "o conceito de humano está assentado em um projeto político que retira humanidade daqueles que não têm um gênero compatível com o sexo"[388]. O posicionamento adotado pelo STF até o momento não destoa deste paradigma.

Experiências identitárias trans – e intersexo -, bem como saberes que rejeitam esta concepção hegemônica, entretanto, colocam em questionamento a imperiosidade da classificação binária em função do "sexo biológico" para terem acesso a estes direitos.

Se, por um lado, encerrar soluções em termos práticos quanto a esses problemas se afigura tarefa mais executável, por outro, repensar os discursos que fundamentam a matriz binária e oposicional das categorias jurídicas, mesmo que dentro do escopo acadêmico, é urgente para que consigamos construir um arcabouço teórico-prático para uma tutela jurídica que não mais se coadune com valores culturais transfóbicos.

Outrossim, considerando a Constituição como construção social aberta aos influxos dos movimentos sociais[389], faz-se necessário persistir com a disputa hermenêutica no tocante às questões de gênero, possibilitando-se, enfim, o abandono do reducionismo

---

[386] CURRAH, Paisley. The transgender rights imaginary. In: FINEMAN, Martha; JACKSON, Jack E.; ROMERO, Adam P. (Ed.) **Feminist and queer legal theory**: intimate encounters, uncomfortable conversations. Ashgate, 2009. p. 246.

[387] LITARDO, Emiliano. Op. Cit., p. 195.

[388] BENTO, Berenice. Política da diferença: feminismos e transexualidades. In: COLLING, Leandro (org.). **Stonewall 40+ o que no Brasil?.** Salvador: EDUFBA, 2011. p. 90.

[389] BUNCHAFT, Maria Eugenia. Op. Cit., p. 230.

autorreferente de digressões jurídicas mais corriqueiras e da perpetuação de violências institucionais veiculadas no bojo do próprio discurso jurídico.

REFERÊNCIAS

ARÁN, Márcia; LIONÇO, Tatiana; MURTA, Daniela. Transexualidade e saúde pública no Brasil. **Ciênc. saúde coletiva**, 2009, vol. 14, n.4, p. 1141-1149.

ARÁN, Márcia; MURTA, Daniela. Do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero às redescrições da experiência da transexualidade: uma reflexão sobre gênero, tecnologia e saúde. **Physis**: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 19 (1), 2009.

BAGAGLI, Beatriz Pagliarini. O reconhecimento das identidades trans nas políticas públicas: para além da cisnormatividade. OLIVEIRA, Antonio Deusivam de; PINTO, Cristiano Rosalino Braule (orgs). **Transpolíticas públicas**. Campinas: Papel Social, 2017.

BENTO, Berenice. **A (re)invenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. RIod e Janeiro: Garamond, 2006.

_____. Política da diferença: feminismos e transexualidades. In: COLLING, Leandro (org.). **Stonewall 40+ o que no Brasil?**. Salvador: EDUFBA, 2011.

BENJAMIN, Harry. Transsexualism na transvestism as psycho-somatic and somato psych-syndromes. In: STRYKER, Susan; WHITTLE, Stephen. **The Transgender Studies Reader**. New York: Routledge, 2006.

BORBA, Rodrigo. **O (des)aprendizado de si:** transexualidades, interação e cuidado em saúde. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2016.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Transexualidade e o "direito dos banheiros" no STF: uma reflexão à luz de Posner, Siegel e Fraser. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 6, nº 3, 2016.

CONNELL, Raewyn. **Gêneros em termos reais**. Tradução de Marília Moschkovich. Sâo Paulo: Nversos, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha** – 2017. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/ba9a59b474f22bbdbf7cd4f7e3829aa6.pdf. Acesso em: 26 de janeiro de 2020.

CURRAH, Paisley. The transgender rights imaginary. In: FINEMAN, Martha; JACKSON, Jack E.; ROMERO, Adam P. (Ed.) **Feminist and queer legal theory**: intimate encounters, uncomfortable conversations. Ashgate, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DUQUE, Tiago. **Gêneros incríveis**: um estudo sócio-antropológico sobre as experiências de (não) passar por homem e/ou mulher. Campo Grande: Editora UFMS, 2017.

GORSDORF, Leandro Franklin; HOSHINO, Thiago; KIRCHHOFF, Rafael dos Santos. De banheiros, armários e cortes: a identidade de gênero na pauta do STF. In: ESCRIVÃO FILHO, Antônio Sergio; PIVATO, Luciana Cristina Furquim; XIMENES, Salomão Barros. **Justiça e Direitos Humanos**: olhares críticos sobre o Judiciário em 2015. Curitiba: Terra de Direitos, 2016.

JESUS, Jaqueline Gomes de. Crianças trans: memórias e desafios teóricos. **III Seminário Internacional Enlaçando Sexualidades**. 15 a 17 de maio de 2013. Universidade do Estado da Bahia, Salvador.

KENNEDY, Natacha. Crianças transgênero: mais do que um desafio teórico. **Revista Chronos**. Dossiês, 22. Volume II, número 2, 2010. p. 21-61.

LANZ, Letícia. **O corpo da roupa**: a pessoa transgênera entre a conformidade e a transgressão das normas de gênero – uma introdução aos Estudos Transgêneros. Curitiba: Transgente, 2015.

LAQUEUR, Thomas. **La constucción del sexo**: cuerpo y género desde los griegos hasta Freud. Madrid: Cátedra, 1994. p. 258.

LIMA, Francielle Elisabet Nogueira. **Tutela jurídica de pessoas trans**: análise crítica a partir do transfeminismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LITARDO, Emiliano. Os corpos desse outro lado: a lei de identidade de gênero na Argentina. **Meritum** – Belo Horizonte – v. 8 – n. 2 – jul./dez. 2013, p. 193-226.

PIRES, Bárbara. **As políticas e produções de sexo/gênero no esporte**: um olhar sobre o hiperandrogenismo às vésperas das Olimpíadas Rio 2016. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/Artigo%20B%C3%A1rbara%20Pires%20PDF.pdf. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

PRECIADO, Paul B. **Basura y Género**: Mear/ Cagar. Masculino/ Femenino. Eseté 06, Ed. Amasté Comunicación, Bilbao, 2002. p. 40-49.

ROTHFIELD, Philipa. Bodies and subjects: medical ethics and feminism. In: KOMESAROFF, Paul A. (Ed.). **Troubled bodies**: critical perspectives on postmodernism, medical ethics and the body. Durham, North Carolina: Duke University Press, 1995.

SAADEH, Alexandre. **Transtorno de identidade sexual**: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino (tese). Universidade de São Paulo, 2004.

SANTOS, Maria De Fátima Lima. A invenção do dispositivo da transexualidade: produção de verdades e experiências trans. **Em pauta**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 28.

SPADE, Dean. **Resisting medicine, re/modeling gender**. Berkeley Women's L. J (2013). Disponível em: http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1190&context=bglj. Acesso em: 13 de janeiro de 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma – Relator: Ministro Felipe Salomão – Recurso Especial nº 1.626.739/RS. Data de julgamento: 11 de outubro de 2016.

SZANIWASKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo – aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 52.

VASCONCELOS, Paloma. Impedidas de usar o banheiro: a realidade de pessoas trans no Brasil. **Ponte**. 17 de jan de 2020. Disponível em: https://ponte.org/impedidas-de-usar-o-banheiro-a-realidade-de-pessoas-trans-no-brasil/. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

VERGUEIRO, Viviane. **Por inflexões decoloniais de corpos e identidades de gênero inconformes**: uma análise autoetnográfica da cisgeneridade como normatividade. 2016. 244 f. Dissertação (Programa Multidisciplinar de Pós-Graduação em Cultura e Sociedade, do

Instituto de Humanidades, Artes e Ciências Professor Milton Santos) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e sexo**: mudanças no registro civil. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PESSOAS TRANSGÊNERAS PRIVADAS DE LIBERDADE: A PRÁTICA E O DEBATE CONSTITUCIONAL

TRANSGENDER PERSONS DEPRIVED OF THEIR LIBERTY: PRACTICE AND CONSTITUTIONAL DEBATE

Ana de Mello Côrtes [390]

Antonio Marcos Quinupa[391]

INTRODUÇÃO

Em matéria veiculada nacionalmente em rede televisiva[392] a situação das pessoas transgêneras privadas de liberdade foi posta em pauta e mais uma vez essas pessoas, bem como o grau de violabilidade de direitos fundamentais a que estão submetidas, foram expostos. As mazelas do sistema prisional brasileiro, no qual as pessoas encarceradas são vítimas de incontáveis violações, não são novidade, como já manifestou o Supremo Tribunal Federal reconhecendo o Estado de Coisas Inconstitucional esse sistema (na ADPF 347).

No entanto, ao encarar a questão de uma perspectiva da diversidade de identidade de gênero e orientação sexual torna-se flagrante o fato de que pessoas pertencentes a minorias marginalizadas nesse sentido estão sujeitas a uma dupla condição de vulnerabilidade: de um lado a vulnerabilidade de todas as pessoas encarceradas, de outro a vulnerabilidade da discriminação que pessoas LGBT sofrem no cotidiano, intensificada na realidade prisional, especialmente para mulheres trans e travestis.

Abordar essa realidade em um cotejo entre a literatura jurídica sobre o tema e a exposição de casos emblemáticos sobre pessoas trans no cárcere é o tema central desse capítulo.

---

[390] Doutoranda em Direito Público na Universidade de Coimbra (UC), Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) – anademellocortes@gmail.com

[391] Mestre em Direito pelo PPGD UNINTER. Membro do Conselho Penitenciário da Secretaria de Estado da Segurança Pública do Estado do Paraná – quinupa@yahoo.com.br

[392] Disponível em: < https://bit.ly/2Th7xNU>. Acesso em 3 de março 2020.

Os casos selecionados permitem a abordagem da questão de forma ampla. A ADPF 527, que leva a questão do cumprimento de pena em alocação que esteja de acordo com a identidade de gênero ao STF em controle concentrado de constitucionalidade, permite notar como é necessário que o judiciário seja acionado para a garantia de direitos básicos de segurança e como, ainda assim, parte da população transgênera, especialmente o vulnerável segmento das travestis, permanece alijada deste direito. O caso de Verônica Bolina, por sua vez, mostra na prática como tortura e variadas formas de violência podem vitimar pessoas trans no cárcere. Por fim, é trazida a busca do Departamento Penitenciário do Estado do Paraná por promover um programa mais adequado de acolhimento para pessoas trans no cárcere.

O exame dos casos leva a questionamentos e constatações sobre a maior vulnerabilidade que atinge pessoas trans no sistema prisional bem como, também com recurso a outras decisões nacionais sobre direitos de pessoas trans, sobre a ausência de fundamento lógico na exclusão das travestis da proteção no momento do cumprimento de pena.

ADPF 527

Há quase um século Pachukanis adverte que o direito não está mais nos umbrais do ser (*sein*) ou do dever ser (*dasein*) propalado até os dias de hoje no meio jurídico acadêmico. Que não existe um mundo idealizado a ser alcançado mas que as abstrações jurídicas (como sujeitos de direitos) se concretizam nas relações, "na medida em que as relações entre as pessoas se constroem como relação de sujeitos, temos as condições para o desenvolvimento da superestrutura jurídica com suas leis formais, seus tribunais, seus processos, seus advogados, e assim por diante".[393]

É nessa perspectiva que mais uma vez o Supremo Tribunal Federal – STF enfrenta o julgamento de mais um caso tido como *hard case*. Para o filósofo Luiz Fernando Coelho *hard cases*:

[393] PACHUKANIS, Evguiéni B. Teoria geral do direito e marxismo. Tradução Paula Vaz de Almeida: revisão técnica Alysson Leandro Mascaro, Pedro Davoglio. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 62

> [...] têm sido definidos como envolvendo conflitos judiciais que admitem mais de uma solução, seja em virtude de vagueza ou obscuridade da norma aplicável, seja em face da existência de duas ou mais igualmente aplicável, seja ainda em face de lacunidade da legislação.[394]

Trata-se da Arguição de Preceito Fundamental - ADPF 527, que versa sobre o acolhimento da comunidade LGBT, especialmente sobre a possibilidade de pessoas transgêneras, vítimas de maior vulnerabilidade, serem alocadas de acordo com sua identidade de gênero no sistema prisional.

A ação foi proposta pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos – ABGLT, e discute normas que a associação afirma serem descumpridas da Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação, Portaria n. 1, de 14 de abril de 2014, no art. 3º, §§1º, 2º e art. 4º, *caput* e parágrafo único, *in verbis*:

> Art. 3º - Às travestis e aos gays privados de liberdade em un idades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivências específicas.
>
> §1º - Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo.
>
> §2º - A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade.
>
> Art. 4º - As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas.
>
> Parágrafo único – Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade.

Há que se observar que a própria Resolução Conjunta apresenta um entendimento controvertido, para não dizer comprometedor, quanto à orientação sexual e identidade de gênero. Apresenta o entendimento de que travestis e gays estão dentro da mesma matriz de inteligibilidade quanto à constituição de suas subjetividades: "às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas". Conforme abordará a próxima seção, a

[394] COELHO, Luiz F. Hard cases: argumentação juridical em casos difíceis. Coordenador: Luiz Fernando Coelho. Organizadores: Olga Maria Krieger, Paulo Silas Taporosky Filho. Curitiba: Instituto da Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2018. p. 21

identidade de gênero está para as pessoas transgêneras que subvertem a norma jurídica de gênero (notadamente englobando as travestis), assim como a orientação sexual está para gays, lésbicas e bissexuais.

Dessa forma o melhor entendimento dispensado às travestis seria acomodá-las no ambiente prisional feminino por sua identidade de gênero, sua autopercepção enquanto identidade feminina, não como está sendo lida pelo sistema prisional por sua genitália, direcionando-a ao espaço prisional masculino.

Contudo, em decisão da medida cautelar da ADPF 527, o relator defere parcialmente o pedido, determinando que as pessoas transexuais femininas sejam transferidas para os presídios femininos, não estendendo a proteção às demais pessoas transgêneras encarceradas, em total dissonância com os mecanismos de proteção pelos órgãos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos artigos 2º, 3º e 5º[395] e aos Princípios de Yogyakarta[396], que versam, especificamente sobre orientação sexual e identidade de gênero. A dissonância pode ser vista também em relação a dispositivos da Constituição Federal de 1988, que prega a igualdade e o combate à discriminação.

O CASO VERONICA BOLINA[397]

Em 2015 o rosto desfigurado de uma travesti estampou uma série de notícias e virou tema de campanhas por direitos de pessoas trans. O rosto é de Verônica Bolina, travesti

[395] Art. 2º - 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Art. 3º - Todo ser humano tem direito à vida, a liberdade e à segurança pessoal. Art. 5º - Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

[396] Por ocasião da comemoração dos 60 anos da Declaração dos Direitos Humanos os Princípios de Yogyakarta foram apresentados como uma carta global para os direitos LGBT, a 26 de março de 2007 perante o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em Genebra. Estes princípios não foram adotados pelos Estados em tratado, e, portanto, não constituem, por só, um instrumento vinculativo do direito internacional dos direitos humanos. No entanto, os autores pretendem que os Princípios de Yogyakarta são adotados como uma norma universal, isto é, uma norma legal internacional obrigatória para os Estados, a que alguns países têm reservas expressas. Na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em Nova York, em 18 de dezembro de 2008, o Brasil assina a recomendação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero.

[397] Agradecemos a Dimitri Sales, presidente do Conselho Estadual dos Direitos da Pessoa Humana (CONDEPE) pelo envio dos autos do processo de apuração de violação de direitos humanos, agresssão e tortura de Verônica Bolina.

presa e, em situação psicológica instável, colocada em uma cela com onze homens e em seguida em outra com três homens, onde começaram as agressões, devidas a conflito com os presos por ser travesti.

Verônica narra que, em seguida, reagindo a uma agressão de um policial, mordeu a orelha dele chegando a arrancar um pedaço e que, a partir de então foi submetida a formas de tortura dos parte de policiais que incluem ameaças, xingamentos transfóbicos, chutes e socos, spray de pimenta, tiros e introdução de um cabo de vassoura em seu ânus. As fotos de Verônica com os seios e parte das pernas a mostra, machucada e torturada se proliferaram pela internet.

Após retornar à prisão Verônica relata, ainda, ter sido coagida a gravar um áudio negando a tortura e afirmando não querer ser usada para fins políticos.

Nos autos do processo da apuração de violação de direitos humanos, agressão e tortura de Verônica do Conselho Estadual dos Direitos da Pessoa Humana (CONDEPE) de São Paulo são levantados importantes questionamentos acerca, dentre outros fatores, dos motivos para uma presa em estado de confusão mental ter sido alocada em uma cela com onze homens, da necessidade de força policial com tal intensidade usada contra ela, da obtenção das imagens de Verônica e da situação de outras presas travestis e transexuais em situações comparáveis.

Embora em São Paulo o Decreto 55.888/2010 determine que o direito à identidade de gênero deve ser respeitado e que pessoas transgêneras devem ser tratadas por servidores públicos com respeito ao nome e aos pronomes escolhidos e a Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação, Portaria n. 1, de 14 de abril de 2014 estabeleça que mesmo em privação de liberdade a identidade de gênero deve ser respeitada, Verônica teve todos esses direitos violados. Além da flagrante violência física, seu corpo exposto e seus longos cabelos cortados feriram sua identidade.

A maior parte das formas de violência descritas foram praticadas intencionalmente não só pelos agentes estatais autores como também com a conivência dos demais agentes estatais presentes.

O CASO DO DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO DO PARANÁ (DEPEN/PR)

Desde o ano de 2018, a Defensoria Pública do Estado do Paraná, por meio do Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (NUDEM) e do Núcleo da Cidadania e Direitos Humanos (NUCIDH), tem provocado o Departamento Penitenciário do Estado para a criação de um programa para encaminhamento das pessoas transgêneras privadas de liberdade[398].

Na exposição de motivos apresenta as ações que foram feitas em torno da retificação no prenome das pessoas transgêneras, de acordo com o RE 670.422/RS, da ADI 4275 e do Provimento n. 73 do Conselho Nacional de Justiça, na data de 28 de junho de 2018[399], todavia, em visitas periódicas ao sistema prisional verificou-se que as pessoas transgêneras que estavam em privação de liberdade não haviam retificado, ainda, seus prenomes no assento civil por falta de informação.

Na busca pela garantia da integridade física, pessoas transgêneras e gays com maior incidência de vulnerabilidade estavam sendo alocados de modo provisório em celas de "seguro" ou no Complexo Médico Penal. Diante desse panorama busca-se fazer valer o entendimento propalado pelo ministro Edson Fachin, para que essa população privada de liberdade tenha minimamente seus direitos garantidos:

> [...]o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, incluindo a proteção contra a violência, à tortura e maus tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à vivência, ao acesso a seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação.[400]

Foi criado um grupo de trabalho junto ao departamento formado por integrantes da Defensoria Pública, do Ministério Público, do Judiciário, da OAB, da sociedade civil e do

---

[398] Protocolo n. 15.474.744-3. Disponível em: <https://bit.ly/2Zmq6Uz>. Acesso em 21 jun. de 2019.

[399] Disponível em: < https://bit.ly/2L6nH7i>. Acesso em 21 jun. de 2019.

[400] STF, Min. Edson Fachin, VOTO ADI 4275, 01/03/2018.

setor de psicologia da Penitenciária Feminina de Piraquara com o objetivo de discutir a melhor alocação das pessoas nessa situação.[401]

Essa atuação conjunta levou à regulamentação da questão por parte do governo do Paraná no fim do ano de 2019. A regulamentação atende a parâmetros nacionais e internacionais de respeito a direitos humanos e garante, além da alocação em celas específicas em unidades prisionais femininas, o respeito ao nome social, a manutenção de suas características físicas, a continuidade de tratamento hormonal, o direito a visitas íntimas e a proteção contra discriminação[402]. Direitos que parecem básicos, mas que não estão ao alcance de todas as pessoas transgêneras na realidade prisional brasileira.

DIREITOS DE PESSOAS TRANS EM PAUTA NO STF E A CONSEQUÊNCIA LÓGICA DO RECONHECIMENTO

Nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal – STF tem estabelecido outros debates em torno dos direitos da pessoa transgênera. Esses debates podem ser vistos na decisão conjunta do Recurso Extraordinário n. 670.422/RS e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275.

A referida ADI foi proposta pela Procuradoria-Geral da República, momento em que estava em exercício a Procuradora-Geral da República Deborah Duprat. Duprat, com um mandato interino de 22 dias, foi a primeira mulher a ocupar o cargo no Brasil e propôs também com ações em defesa da união civil de pessoas do mesmo gênero e da Marcha da Maconha, além de emitir parecer favorável ao aborto de feto anencefálico.[403]

Na ADI em pauta, a PGR pleiteou a retificação de prenome e designação sexual independente de cirurgia de transgenitalização, no entanto, o pedido estava condicionado à emissão de laudos psicológicos e psiquiátricos atestando a condição de transgeneridade das pessoas interessadas.

---

[401] Disponível em: < https://bit.ly/2TxQ1Uz>. Acesso em 12 de fev. 2020.
[402] Disponível em: < https://bit.ly/3crhRKy>. Acesso 12 fev. 2020.
[403] Disponível em: < https://bit.ly/3asv1Fz>. Acesso em 12 fev. 2020.

A ação pedia, ainda, que fosse dada a interpretação conforme a Constituição do art. 58 da Lei 6.015/73, Lei de Registros Públicos, *in verbis*, "o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos notórios."

O RE 670.422/RS versava sobre o pedido de alteração de registro civil, ajuizado por S.T.C., de relatoria do ministro Dias Toffoli. O Processo esteve sobre segredo de justiça, todavia as ilações feitas são a partir do voto do E. Relator, do inteiro teor do acórdão e do parecer da Procuradoria-Geral da República, uma vez os autos estão em segredo de justiça.

Depreende-se que o Juízo de primeiro grau atendeu parcialmente o pedido, retificando o prenome e não retificando o designativo de sexo, manifestando ainda a necessidade de a pessoa requerente realizar cirurgia de redesignação sexual para o deferimento da alteração do assentamento civil relativo ao sexo, bem como averbação no registro de nascimento sua condição de transexual. A pessoa autora da ação interpõe recurso de apelação e mesmo o *Parquet* se manifestando pelo improvimento do recurso ao Juízo da 8ª Câmara do Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por maioria, deu provimento ao recurso por entender a impossibilidade de anotação de retificação de designativo de sexo como transexual.

Da decisão a pessoa autora opôs embargos de declaração, não acolhido pelo Tribunal, restando à mesma interpor Recurso Extraordinário conforme ementa:

> Direito constitucional e civil. Registros públicos. Registro civil das pessoas naturais. Alteração do assento de nascimento. Retificação do nome e do gênero sexual. Utilização do termo transexual no registro civil. O conteúdo jurídico do direito à autodeterminação sexual. Discussão acerca dos princípios da personalidade, dignidade da pessoa humana, intimidade, saúde, entre outros, e a sua convivência com princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos. Presença de repercussão geral[404].

O Em sessão plenária na data de 22.11.2017, por ocasião do julgamento do RE 670.422/RS, o ministro Marco Aurélio pediu vistas para julgamento conjunto com a ADI 4.275 por haver conexão com o tema. Dessa forma, novo julgamento foi pautado para a data

[404] **Tema 761**: É possível a alteração de gênero no registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de adequação de sexo, sendo vedada a inclusão, ainda que sigilosa, do termo "transexual" ou do gênero biológico nos respectivos assentos.

de 22.02.2018, mas por extensão da pauta o julgamento foi retomado somente em 28.02.2018 e finalizado na tarde de 01.03.2018.

Para além do reconhecimento do direito à mudança de prenome e designativo sexual das pessoas transgêneras sem necessidade de cirurgia de transgenitalização, de laudos e ação judicial[405] merece destaque a adoção do termo "pessoas transgêneras" como um termo guarda-chuva englobando todas as identidades trans (ou seja, não cisgêneras)[406].

A adoção desse mesmo raciocínio na questão do cárcere implicaria, por uma questão lógica, no reconhecimento de que travestis estão abarcadas pela categoria transgênera e dessa forma também deveriam ser alocadas para o cumprimento de pena de prisão de acordo com sua identidade de gênero, ou seja, em estabelecimentos prisionais femininos.

Ampliar o entendimento de pessoa transgênera como termo abrangente possibilita às travestis o tratamento isonômico apresentado no parágrafo único do art. 4º "às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade."

Importante observar também que ao tratarmos desses sujeitos percebemos que são capturados pelo dispositivo da sexualidade, especificamente, para fazermos uso do termo foucaultiano, de sujeitos da sexualidade periférica. É pelo dispositivo da sexualidade que as pessoas apresentam seus matizes de inteligibilidade de orientação sexual e identidade de gênero:

---

[405] Por mais que a Certidão de Julgamento das ações conjuntas, RE 670.422/RS e ADI 4275, que viabilizou o pedido de retificação de prenome e designativo sexual extrajudicialmente gerasse efeito, *erga omnes*, em todo Território Nacional na data de 01.03.2018, alguns entes federados aguardaram o Provimento do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a exemplo do Estado do Paraná. O Provimento nº 73 foi publicado na data de 28.06.2018.

[406] Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 761 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário. Vencidos parcialmente os ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes. Nessa assentada, o ministro Dias Toffoli (Relator), reajustou seu voto para adequá-lo ao que o Plenário decidiu na ADI 4.275. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: "i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; ii) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo 'transgênero'; iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos". Vencido o ministro Marco Aurélio na fixação da tese. Ausentes, neste julgamento, o ministro Gilmar Mendes, e, justificadamente, a ministra Cármen Lúcia (Presidente). Presidiu o julgamento o ministro Dias Toffoli (Vice-Presidente). Plenário, 15.8.2018. Disponível em: <https://bit.ly/2HjxOpQ>. Acesso em 15 de fev de 2019.

> A sexualidade é o nome que se pode dar a um dispositivo histórico: não à realidade subterrânea que se apreende com dificuldade, mas à grande rede da superfície em que a estimulação dos corpos, a intensificação dos prazeres, a incitação ao discurso, à formação dos conhecimentos, o reforço dos controles e das resistências, encadeiam-se uns aos outros, segundo algumas grandes estratégias de saber e de poder.[407]

São as estratégias de saber e poder que incidirão sobre os corpos dos gays, das travestis e das pessoas transgêneras que determinarão os espaços que serão alocados no sistema prisional.

Dessa forma, para que se desfaça a celeuma em torno de orientação sexual e identidade de gênero, lançamos mão do termo *identidade de gênero* como categoria de análise da *cisgeneridade* para a *transgeneridade*.

Quando uma pessoa se autodenomina travesti ou transexual, ela não está reivindicando para si a apropriação de ser homem ou mulher, está exatamente problematizando o *cistema*[408], que atribui o gênero às pessoas no nascimento de acordo com a aparência externa de sua genitália.

O entendimento de que a identidade de gênero e a orientação sexual correspondem ao sexo designado no nascimento é denominado pela filósofa Judith Butler como *heteronormatividade*[409], de forma que a manifestação de uma orientação sexual e identidade de gênero que não estejam vinculados ao sexo designado no nascimento causa uma pane no *cistema* heteronormativo.

Nesse sentido, considerando que a categoria mulher está autocompreendida pela matriz de inteligibilidade que essas pessoas apresentam, quando uma mulher transgênera ou travesti se apresenta, ela está implodindo a norma binária de gênero.

Tomando *gênero* como categoria de análise, podemos perceber um aparato que nos faz refletir e avançar nas discussões sociopolíticas da assimetria dos papéis sexuais

---

[407] FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade I a vontade de saber. 18ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988. p. 116 e 117.

[408] O *cistema* que estamos denominando decorre da definição de pessoas cis, como apresentado pelo movimento transfeminista e nos parágrafos anteriores. O prefixo cis em latim significa "deste lado" (e não do outro), uma pessoa cis pode ser tanto cissexual e cisgênera. Disponível em: <https://bit.ly/2XYbdo6>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

[409] BUTLER, Judith P. **Problema de gênero:** feminismo e subversão da identidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. p. 24.

apresentados anos da década de 1980, destacadamente em uma obra que marcou o campo de estudos feministas, o texto de Joan Scott *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*. A autora se propõe a fundamentar e legitimar gênero como categoria para as análises dos processos sociais históricos e desconstrói o termo gênero desde sua forma gramatical, pois implica regras conceituais e limita a possibilidade de uma análise relacional. Scott demonstra como esse termo era utilizado e o vem desconstruindo por ter forma binária de análise. A historiadora demonstra que "a história do movimento feminista é uma história da recusa da construção hierárquica da relação entre masculino e feminino, em seus contextos específicos, e uma tentativa para reverter ou deslocar suas operações"[410]. Dessa forma, Scott lança as bases de sua reflexão para ser pensada como teoria: "(1) o gênero é elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos e (2) o gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder"[411].

Assim como *gênero* é uma categoria de análise das assimetrias dos papéis sexuais a *identidade de gênero* apresenta-se como categoria de análise da *cisgeneridade* para a *transgeneridade*.

O gênero pode ser descrito como uma categoria de análise sociológica, política e histórica. É dispositivo de controle social, erigido, sobretudo, juridicamente para instituir normas de conduta, haja vista a produção jurídica da existência de duas (somente duas) categorias de gênero, *homem* e *mulher* ou *masculino* e *feminino*, que foram atribuídas ao nascer e que se inscrevem na certidão de nascimento.

A orientação sexual, por sua vez, como a própria expressão aponta, estabelece para onde o desejo é orientado; está vinculada ao desejo erótico e afetivo da pessoa com quem ela se relaciona ou mantém relação sexual, aqui as pessoas são auto percebidas como homossexuais ou bissexuais.

Como identidade de gênero, tomamos a possibilidade de uma pessoa constituir-se de forma não prescrita pelo binarismo de gênero. Assim, a condição de ser homem ou mulher não estaria diretamente vinculada ao sexo que foi designado ao indivíduo ao nascer, e não necessariamente a orientação sexual estaria vinculada à determinada pela heteronormatividade.

---

[410] SCOTT, Joan. Gender: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history. New York: Columbia University Press. 1989. p. 84.

[411] *Idem. Ibidem.* p. 85.

Nesta seara, importante distinguir *cisgênero* de *transgênero*. O primeiro é como conceituamos os indivíduos que, dentro desse sistema binário, têm o sexo designado ao nascer e a identidade de gênero correspondentes. Já por transgênero entendemos aquele que foge a essa correspondência, essa conformidade em algum grau será divergente. A *cisgeneridade*, portanto, está posta para as *pessoas conformes* ao sexo designado ao seu nascimento, já a *transgeneridade* está posta para *pessoas não conformes*, cuja identidade de gênero não está relacionada ao sexo atribuído no seu nascimento.

Ainda, mister entender que ao mencionarmos o gênero binário anterior à palavra "trans" (como, *v.g.*, "homem trans" ou "mulher trans") estamos nos referindo à identidade auto constituída pelo sujeito, e não à identidade atribuída por terceiros ou pelo sexo designado ao nascer.

A REALIDADE DA PESSOA TRANSGÊNERA NO CÁRCERE

Em seu parecer no processo que apura as torturas e demais violações de direitos sofridas por Verônica Bolina, a professora Eloísa Machado de Almeida afirma que embora não sugira que a violência aplicada a Verônica seja decorrência do fato de ser travesti, sua identidade de gênero a tornou mais vulnerável a essa violência e a moldou com contornos de discriminação transfóbica.

Essa afirmação ilustra bem a realidade não só de Verônica, mas das pessoas trans no cárcere de forma geral. Isto é, essas pessoas estão vulneráveis como qualquer outra por sua condição de encarceradas, mas não só, porque a falta de reconhecimento da identidade de gênero traz novos contornos a essa vulnerabilidade e multiplica as formas de violência sofridas.

Um ponto crítico pela perpetuação dessa violência é a alocação de pessoas transgêneras para cumprimento de pena em estabelecimentos prisionais inadequados a sua identidade de gênero, questionada na ADPF 527 justamente porque, na prática, as normas já existentes não são respeitadas e a vulnerabilidade de pessoas trans é a regra.

A situação ameaçadora e o perigo à integridade física gerados sempre que uma mulher trans ou travesti é colocada em uma cela repleta de homens traz prejuízos

incalculáveis e de difícil superação. E, ainda que a medida cautelar na ADPF 527 tenha trazido certo avanço para que tais violações não mais aconteçam, permanece em situação de especial vulnerabilidade o segmento das travestis.

Importante reiterar que não reconhecer o mesmo direito a pessoas transexuais e travestis vai na contramão da consequência lógica das últimas decisões do STF sobre direitos de pessoas transgêneras, que vão no sentido de reconhecer o direito à identidade de gênero para "pessoas transgêneras" como um termo guarda-chuva englobando todas as identidades trans.

Da própria petição inicial da ABGLT para a ADPF 527 assim como da jurisprudência do STF é possível ver outros exemplos aviltantes de violação, como o caso de uma travesti presa com 31 homens em uma cela com capacidade para doze pessoas (*Habeas Corpus* nº 152.491).

A Constituição Federal de 1988 proíbe tratamento desumano ou degradante e assegura o direito à saúde e à integridade física, mas na prática isso não basta para que mulheres transexuais e travestis sob custódia do Estado não sejam alocadas em presídios masculinos em total violação a normas constitucionais basilares. E a regulamentação não basta, uma vez que o acesso a direitos depende também da aplicação e da intermediação de autoridades responsáveis.

CONCLUSÃO

Não há dúvidas quanto à constatação da vulnerabilidade dupla à qual são submetidas pessoas transgêneras no cárcere: de um lado a vulnerabilidade inerente ao sistema prisional brasileiro, de outro a vulnerabilidade decorrente do reconhecimento precário de sua identidade pelo Estado, o que, não raro, culmina no encarceramento em estabelecimento inadequado a sua identidade de gênero e em tratamentos discriminatórios.

A decisão cautelar na ADPF 527 apresenta aspectos positivos quando suscita a problematização das pessoas transgêneras privadas de liberdade e se propõe a construir um espaço de acolhimento condizente à identidade de gênero dessa população; todavia apresenta também os limites negativos quando não entende a constituição subjetividade das pessoas

transgêneras como um termo abrangente e não reconhece o direito das travestis serem alocadas no sistema prisional feminino.

Na decisão cautelar da ADPF 527 o Relator, ministro Roberto Barroso, vota parcialmente pelo pedido, apresentando entendimento de que apenas as mulheres transexuais sejam encaminhadas os sistema prisional feminino e intima a Presidência da República, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (DEPEN), do Conselho de Combate à Discriminação, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), para que se manifestem sobre o feito. Bem como pede a inclusão do feito em pauta para referendo da cautela pelo plenário.

O caso de Verônica Bolina, travesti submetida a variadas formas de tortura no cárcere, ilustra bem a situação de vulnerabilidade aumentada na qual pessoas trans e especialmente travestis se encontrarão enquanto a questão não for resolvida.

Nesse contexto, além da tentativa de acionar o STF para discutir a questão, outras formas de procurar proteção para as pessoas transgêneras nessa situação de vulnerabilidade são possíveis. Um exemplo disso é a provocação da Defensoria Pública do Estado do Paraná ao Departamento Penitenciário do Estado para a construção de um espaço de acolhimento das pessoas transgêneras e aos gays como maior incidência de vulnerabilidade, que está em curso.

Diante das dificuldades enfrentadas e em uma situação na qual nem mesmo as decisões anteriores do STF reconhecendo direitos de pessoas transgêneras são suficientes para garantir proteção adequada a essas pessoas, a realidade de discriminação perdura e iniciativas como a da Defensoria Pública do Paraná na tentativa de minimizar a violência da situação são necessárias ao enfrentamento da questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUTLER, Judith P. **Problema de gênero:** feminismo e subversão da identidade. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

COELHO, Luiz F. **Hard cases**: argumentação juridical em casos difíceis. Coordenador: Luiz Fernando Coelho. Organizadores: Olga Maria Krieger, Paulo Silas Taporosky Filho. Curitiba: Instituto da Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2018.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I a vontade de saber**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

GOVERNO FEDERAL. Justiça e Segurança Pública. **RESOLUÇÃO CONJUNTA N. 1 DE 15 DE ABRIL DE 2014**. Disponível em: <https://bit.ly/3avLLM5>. Acesso em 03 de setembro de 2019.

LANZ, Letícia. **O Corpo da roupa**: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero. Uma introdução aos Estudos de Transgêneros. Curitiba: Transgente, 2015.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo.** Tradução Paula Vaz de Almeida: revisão técnica Alysson Leandro Mascaro, Pedro Davoglio. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Disponível em: <https://bit.ly/2vwPqdS>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

SCOTT, Joan. **Gender**: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history. New York: Columbia University Press. 1989.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acompanhamento processual**. ADI 4275. Disponível em: <https://bit.ly/2TDNnMZ>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Sessão de julgamento da ADI 4275**. Parte 1. Disponível em: <https://bit.ly/38pD44n>. Acesso em: 28 de março de 2018. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sessão de julgamento da ADI 4275. Parte 2. Disponível em: <https://bit.ly/2uV9aay>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Sessão de julgamento do RE 670.422**. Parte 1. Disponível em: <https://bit.ly/2TnYOta>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Sessão de julgamento do RE 670.422**. Parte 2. Disponível em: <https://bit.ly/2VIsUcB>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Decisão monocrática da ADPF 527**. Disponível em: <https://bit.ly/3aw5CLa>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Manifestação da Procuradoria Geral da República**. Disponível em: <https://bit.ly/2TLB41k>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

REFLEXÕES SOBRE O MÉTODO EM DIREITO COMPARADO: DO FUNCIONALISMO AO CULTURALISMO

REFLECTIONS ON THE COMPARED LAW METHOD: FROM FUNCTIONALISM TO CULTURALISM

Paulo R. Incott Jr[412]

Paulo Silas Taporosky Filho[413]

Larissa Ribeiro Tomazoni[414]

INTRODUÇÃO

O uso do direito comparado é tema de urgente tratamento acadêmico adequado. As cortes brasileiras, em especial as de instância superior, têm recorrido ao uso voluntário do direito estrangeiro com frequência, seja como um guia para a prestação jurisdicional ou como forma de argumentação ao fundamentar as decisões em casos difíceis[415].

---

[412] Paulo Roberto Incott Jr. Mestre em Direito. Especialista em Direito e Processo Penal. Professor de Direito e Processo Penal do Centro Universitário Santa Cruz. Advogado. Paulo.incott@gmail.com

[413] Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER); Especialista em Ciências Penais; Especialista em Direito Processual Penal; Especialista em Filosofia; Professor de Processo Penal na Universidade do Contestado (UnC); Professor de Direito Penal no Centro Universitário Internacional (UNINTER); Professor na pós-graduação em ciências criminais da FESP; Advogado; Membro da Comissão de Prerrogativas da OAB/PR; Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura; Direito de Relações Sociais e Acadêmico da Associação Paranaense dos Advogados Criminalistas (APACRIMI); E-mail: paulosilasfilho@hotmail.com

[414] Mestra em Direito pelo Uninter na linha de pesquisa Jurisdição e Processo na Contemporaneidade. Especialista em gênero e sexualidade pela Unyleya. Bacharel em Direito pelo Unibrasil Centro Universitário. Advogada inscrita na OAB-PR sob o número 83.635. E-mail: Larissa.ribeiro.tomazoni@gmail.com

[415] "O Direito Comparado constitui um dos pontos culminantes dos estudos e pesquisas jurídicas; o seu caráter instrumental faz com que a cada dia aumente a sua importância". OVÍDIO, F. Aspectos do direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**. São Paulo, v.79, p.161-180, 1984. p.172.

O direito comparado é utilizado especialmente para superar pontos de vista internos na análise de questões apresentadas pelos ordenamentos jurídicos ao lidar com problemas relevantes. Apesar de sua importância, por vezes, é compreendido como mera aproximação fática de casos, normas ou soluções entre ordenamentos, com a finalidade de simplesmente ilustrar determinado posicionamento, do que efetivamente fundamentar uma argumentação técnica apropriada.

Foi na virada do século XIX para o XX que o direito comparado obteve *status* de disciplina cientifica, por ocasião do Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em Paris em 1900, passando da perspectiva jurídico-política para o nível científico.[416] Passados mais de um século do reconhecimento de seu espaço epistemológico autônomo, há ainda grande necessidade de estudos sobre a questão metodológica. Ao longo dos anos surgiram diversas propostas para um método em direito comparado, como o método funcionalista, o analítico, o estrutural, o histórico, o cultural, o método de comparação contextualizado e o método do núcleo comum, que harmonizar os anteriores.

Com o propósito de apresentar as características de três dos mais comumente referenciados destes métodos de modo sucinto e claro é que este trabalho será desenvolvido. O fato de haver pouco sobre o tema produzido em língua materna brasileira faz com que análises como esta se tornem indispensáveis, almejando, inclusive, fornecedor aos que iniciam o estudo do direito, desde logo, um material de apoio que poderá servir de estímulo para o aprofundamento nesta matéria.

O método funcionalista, o primeiro e ainda predominante método comparatista é até os dias de hoje objeto de intensas polêmicas e debates. Apesar de todas as críticas, o funcionalismo ainda permanece como o epicentro das abordagens técnicas em direito comparado. Isso ocorre não porque este método possui consistência teórica bem demarcada,

---

[416] CURY, P. M. N. Métodos em Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 176-185, 2014. p.176-177. Essa disjunção é, contudo, colocada em cheque por Martii Koskenniemi, que demonstra com precisão o inexorável ingrediente "político" no desenvolvimento do direito internacional e, consequentemente, em qualquer uso de direito comparado. Significa dizer que todo uso de direito comparado carrega em si a necessária justificação deste uso, que poderá sempre ser qualificada como "política", embora isso, em si, não forneça nenhum critério apriorístico de valoração do uso que se pretende fazer. Disto decorre as dificuldades em se construir os limites ao uso do comparatismo apenas com referência ao sistema de direito como "ciência" ou dentro da lógica do pensamento positivista. A decisão sobre o uso legítimo do direito comparado será sempre uma decisão que demandará (ou ao menos se servirá) de elementos extrínsecos ao âmbito "puro" do jurídico. Sobre o assunto ver: KOSKENNIEMI, Martii. **The gentle civilazer of nations: the raise and fall of international law 1873-1960**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

mas pelo fato de que contribui de maneira importante e prática para a confortável identificação de similaridades entre os ordenamentos, facilitando a efetivação de "transplantes" jurídicos e dando a estes uma roupagem de cientificidade que confere às conclusões, previamente desejadas, um critério de legitimidade.[417] Dada a prevalência do método funcionalista, o primeiro capítulo da pesquisa aborda suas principais características. Na sequência, explanam-se, em tópicos próprios, as críticas ao método funcionalista conforme traduzidas por dois pesquisadores de direito comparado de grande prestígio na atualidade: Ran Hirschl e Pierre Legrand.

O MÉTODO FUNCIONAL DE DIREITO COMPARADO

O método funcional de Direito Comparado foi influenciado pela teoria sociológico-funcionalista, que busca proporcionar resultados analíticos a partir do estudo sistemático do objeto de conhecimento.[418] O método que era originalmente da sociologia foi aplicado ao direito comparado, inicialmente por Ernst Rabel e posteriormente desenvolvido por Konrad Zweigert e Hein Kötz. No lugar de normas, as funções abstratas é que são objetos da analise comparativa, o que abre a possibilidade de tanto as decisões como a literatura jurídica sejam objeto de comparação, esse método buscava permitir a comparação de ordenamentos jurídicos sem que o comparatista esteja vinculado aos dogmas de seu próprio ordenamento. O referido método busca por similitudes funcionais entre os ordenamentos, ou seja, funções semelhantes capazes de ser percebidas pelo comparatista. "A questão central do método funcional de Direito Comparado poderia, então, ser formulada nos seguintes termos: qual objeto seria capaz de desempenhar o papel da função sob análise em seu próprio ordenamento jurídico"?[419]

---

[417] DUTRA, D. C. Método(s) em Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, v. 61, n. 3, p.189-212, 2016.p.198-199. Sobre a questão do conceito e da impossibilidade de "transplantes" jurídicos ver: LEGRAND, Pierre. The impossibility of 'Legal Transplants'. **Maastricht Journal of European & Comparative Law**. Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997.

[418] CURY, P. M. N. Métodos em Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 176-185, 2014. p.178.

[419] Ibidem, p.178-179.

Por conta do amplo espectro de abrangência do método funcional Konrad Zweigert e Hein Kötz defendem que o método funcional era o único método de Direito Comparado a disposição. O núcleo desse método é a pressuposição de que apenas comparáveis podem ser comparados, na medida em que diferentes soluções se destinam à abordagem de problemas semelhantes elas preenchem a mesma função e são, por isso mesmo, comparáveis.[420]

Surge assim, uma presunção abstrata da coincidência de funções. O método funcional pode ser resumido em cinco etapas:

> (i) Questionamento: como um determinado problema é solucionado?
>
> (ii) Escolha dos ordenamentos jurídicos e relatórios sobre as respectivas soluções para o problema pesquisado.
>
> (iii) Processo comparativo stricto sensu: em que medida se assemelham as soluções? Em que pontos elas coincidem; através de quais características elas diferem entre si?
>
> (iv) Construção de uma sistemática para análise das soluções, esclarecimento de semelhanças e diferenças.
>
> (v) Valoração crítica dos resultados, o que eventualmente poderá conduzir à avaliação (discricionária) da melhor solução.[421]

O resultante distanciamento em relação ao ordenamento jurídico do comparatista permitiria uma comparação neutra do ponto de vista valorativo. O método baseia-se na presunção de similitudes, da fixação da função como elemento externo e da pretensão de neutralidade do comparatista no processo comparativo e da valoração dos resultados. O método funcional é aquele "no qual é empreendida a tentativa de identificar, em um ordenamento jurídico, normas jurídicas ou sociais que desempenhem o mesmo papel (função) que outras normas consideradas em outros ordenamentos jurídicos comparados".[422]

Em resumo, o método funcionalista pode ser definido como aquele que pretende identificar respostas jurídicas similares ou distintas, para problemas correlatos em diversas

---

[420] Idem.
[421] Ibidem, p.179.
[422] Idem.

partes do mundo, pois, há uma "equivalência funcional", já que os problemas são praticamente idênticos em todo o mundo.[423]

A suposta presunção de similitudes entre os ordenamentos em termos puramente teoréticos bem como a presunção de neutralidade no processo comparativo, fez com que a partir da década de 1980 o método funcional passasse a ser objeto de críticas[424], as quais serão explanadas no próximo capítulo.

HIRSCHL E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O ESTUDO DO DIREITO COMPARADO

Ran Hirschl, professor de Direito e Ciência Política na Universidade de Toronto, membro da *Royal Society of Canada*, é um notório jurista dos estudos do Direito Comparado. Sua contribuição para a ótica proposta no presente artigo é salutar, uma vez que vai para muito além daquele paradigma do que se entende pelo tema que necessita ser superado. Suas pesquisas se concentram na interseção da política comparativa e do constitucionalismo comparativo. Estas permitem delinear traços para uma epistemologia própria para o Direito Comparado – a ser construída oportunamente, até mesmo porque Hirschl pontuou que não há sentido em se manter uma divisão disciplinar entre o Direito Constitucional comparado e outras disciplinas relacionadas que estudam o mesmo conjunto de fenômenos – todos estes atrelados às ciências sociais de forma geral[425].

Hirschl observa a metodologia comparatista como estagnada, quando mesmo após ter notado um ressurgimento no interesse nesse campo de estudos, as bases epistemológicas permanecem sem qualquer alteração, o que acaba por ensejar num avanço que é meramente aparente, ou seja, por mais que se tenha uma grande atenção atualmente voltada para o Direito Comparado, a expressividade de um trato sério para com essa temática é pouco significativa. Sua grande crítica, portanto, se em relação a falta de um método apropriado para os estudos comparatistas, ensejando assim naquilo que o autor chama de matriz metodológica

---

[423] DUTRA, D. C. op. cit., p.198.
[424] CURY, P. M. N. op. cit., p.179-180.
[425] HIRSCHL, Ran. **From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies**. Disponível em: https://doi.org/10.1093/icon/mos057 Acesso em: 11 jul. 2018.

desfocada.[426] As abordagens comparatistas, quando realizadas, são assim procedidas, muitas vezes, de forma desatenciosa ou descuidada, o que acarreta em diversos problemas que até podem passar despercebidos, mas produzem conclusões de dúvida acurácia. Tem-se como resultado um andar em círculos, um uso do comparatismo como autoreferenciador, que se retroalimenta com o fim de justificar determinadas decisões tomadas antes mesmo do início da pesquisa.

Hirschl vai afirmar a grande importância para o estudo do tema que tenha por objetivo a formação de conceitos sofisticados, tratando-se de um elemento fundamental para qualquer investigação acadêmica no Direito Comparado[427]. É por isso que se diz que deve haver uma atenção voltada aos aspectos principiológicos que norteiam as abordagens comparatistas, uma vez que se faz necessário que um método rigoroso se faça presente. Aquilo que o autor chama de *migração de ideias constitucionais*[428]*,* por exemplo, trata-se de um fenômeno que acaba por possibilitar justas e devidas reinvindicações no campo dos direitos sociais, pois se permitem avanços no agir da jurisdição constitucional, sendo necessário para que assim ocorra, portanto, a estrita observância dos critérios de base que devem ser calcados.

A própria ideia que se tem do termo 'comparativo' ou 'comparado' é posta em xeque por Hirschl. O problema estaria em seu uso indiscriminado, uma vez que existiriam diferentes formas de estudos comparativos. A necessidade dessa divisão reside em conferir maior autenticidade a abordagem empregada, ou seja, possibilitando-se uma diferenciação de estudos de Direito Comparado mais sérios dos mais superficiais.

Para o autor, existiriam quatro diferentes tipos de estudos comparativos. O primeiro tipo, ou primeiro nível, seria o 'livre', onde a partir do estudo comparado com relação a um único país se estabeleceria o método comparativo. Eis justamente onde o erro de se entender tal abordagem comparativa como metodológica reside, uma vez que numa leitura rasa sobre determinado instituto comparado entre dois países, diversos outros fatores envoltos ao problema acabam deixando de ser levados em conta. Note-se que o equívoco nessa forma

---

[426] HIRSCHL, Ran. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Shazia. (ed.). **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University, 2007. p. 39-66.

[427] HIRSCHL, Ran. **The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=901700> Acesso em: 11 jul. 2018.

[428] Idem..

de abordagem – a mais costumeiramente realizada por quem se diz comparatista de modo irrefletido – está no trato rasteiro da abordagem realizada, que acaba por ensejar em leituras descontextualizadas do direito ou instituto estrangeiro, tendo aí uma mera comparação parcial que desconsidera o todo, o mais abrangente. O máximo que pode se aproveitar nesse nível de estudo comparado seria um apanhado informativo sobre como determinado tema se apresenta no Direito de outros países, cujo resultado acaba sendo algo bastante superficial.

Um seguindo nível seria aquele em que ocorre uma autorreflexão do comparatista após realizada a abordagem, o que acabaria ensejando numa melhoria nas abordagens futuras. O intento do comparatista nesse nível se dá para com a busca da melhor ou mais adequada regra em diferentes sistemas jurídicos. Neste se é levado em conta o aspecto estrutural do país abordado no que diz respeito ao seu exercício da jurisdição. O intento nessa abordagem é buscar uma visão mais abrangente, uma abordagem mais holística.

O terceiro nível de estudo do Direito Comparado seria o que se destina a elaborar conceituações mais ricas, criando-se estruturar analíticas, possibilitando assim um pensamento mais crítico sobre a prática jurisdicional abordada. Intenta-se aqui uma maior compreensão sobre o contexto cultural em que se situa o sistema jurídico analisado. Os fenômenos sociais e políticos existentes no país em que o sistema é analisado recebe uma atenção maior. Tratando-se de uma abordagem que acaba por adotar contornos universalistas, há uma ênfase nas semelhanças e nas diferenças entre os sistemas comparados numa escala que ultrapassa o aspecto jurídico inclusive. Tem-se assim um estudo mais sofisticado, pois mais detalhista e analítico, permitindo-se a criação de estruturas conceituais para um estudo sério do Direito Comparado.

Já o quarto nível de estudo do Direito comparado busca ultrapassar todo e qualquer nível dentre os aspectos conceituais que estabelecem a base para as análises comparatistas. Nesse, encontra-se um objetivo que vai além da mera descrição do objeto de análise, uma vez que se intenciona a criação de uma teoria de inferência causal. Isso se faz necessário diante do fato de que uma boa teoria precisa de conceitos não meramente descritivos, mas também explanativos sobre os fenômenos observados e tratados. Assim sendo, a formulação de hipóteses testáveis acaba se tornando uma regra, culminando na confirmação ou afastamento de tais hipóteses mediante teste e a formulação de conclusões, as quais acabarão se tomando como verdadeiras por inferência (indutiva). A importância desse

nível, altamente metódico, estabelece como elementos fundamentais a seleção dos casos a serem analisados e a formalização coesa da pesquisa comparativa a ser realizada.

Hirschl reconhece a importância dos princípios oriundos da abordagem científica dos campos social e político. É por isso que sua proposta de análise vai além daquele tipo de abordagem rasteira de Direito Comparado – que poderia ser considerada como a de nível um, segundo sua própria concepção de escalonamento. Aqui o autor considerada as três principais formas de inferência causal e testes teóricos das ciências sociais: a pesquisa experimental, a análise estatística de grandes conjuntos de dados e o exame sistemático de um pequeno número de casos. Assim se estabelecendo (mediante a adesão desses princípios no estudo do Direito Comparado), torna-se possível ir além daquele terceiro nível de estudo comparativo, uma vez que assim efetivamente são formados conceitos próprios, possibilitando-se o 'situar-se' num nível maior de análise – o da inferência causal por meio da comparação controlada.

O autor formula então diferentes tipos de abordagens para o estudo comparativo, tais como a dos 'casos mais semelhantes', a dos 'casos mais diferentes', a dos 'casos prototípicos', a dos 'casos mais difíceis' e dos 'casos ultrapassados'- cada qual com suas próprias características definidoras que são construídas de acordo com um rico grau metodológico, possibilitando uma análise comparativa com um mínimo grau de seriedade.

O intento de Hirschl, pelo menos um deles, é o de fornecer uma base de estudo unificado para o que chama de 'migração de ideias constitucionais'. Conforme já pontuado, em que pese sua atenção seja voltada para o Direito Comparado no âmbito da jurisdição constitucional, a base tida como resultado de suas preocupações possibilita uma aplicação em qualquer área do Direito, uma vez que, através da metodologia proposta, tem-se algumas fagulhas que indicam um aporte epistemológico possível. Daí a importância do estabelecimento de critérios formais no trato da temática, uma vez que isso se trata de condição necessária para uma análise concreta e séria no estudo do Direito Comparado. O jurista, em tom jocoso, inclusive pontua que pelo modismo atual com relação ao Direito Comparado, todos querem se dizer comparatistas. A consequência disso é a produção acadêmica exponencial resultante do dramático aumento do interesse pelo Direito Comparado, o que resulta em cada vez mais novos livros e disciplinas que se debruçam sobre a matéria. Entretanto, esse interesse pelo tema, em sua grande maioria, ignora os aspectos metodológicos necessários para que se faça uma abordagem criteriosa e coerente. Daí a constatação de Hirschl de que todo um potencial existente para a construção de uma teoria

comparatista robusta acaba por perecer, uma vez que permanece em grande parte não cumprida.

Hirschl trabalha com várias perguntas que permanecem sem respostas, o que assim ocorre pelo fato de que as abordagens ao Direito Comparado são descuidadas em sua maioria. Por exemplo, quais são os países e Tribunais mais abertos à ideia de migração transnacional de ideias - e por qual motivo? Quais são os tipos de problemas jurídicos que acabam sendo mais propícios ao empréstimo de soluções entre Cortes? Existe algum impacto dessa migração de ideias nos métodos interpretativos? Quais seriam as ligações identificáveis em seus aspectos políticos, econômicos e culturais quando observados com uma maior abrangência em conjunto à migração de ideias entre países distintos? Qual o motivo responsável pelo fenômeno da migração de ideias constitucionais? Perceba-se que é justamente pelo fato de existirem muitas perguntas ainda sem respostas que os estudos em Direito Comparado devem ser realizados com atenção às preocupações metodológicas, seguindo-se um formato de pesquisa orientados pela inferência e calcados nos princípios norteadores para a seleção dos casos, institutos e países a serem analisados. Explicar algo não é o mesmo que estabelecer a sua descrição – e essa distinção faz toda a diferença para o Direito Comparado.

Para Hirschl, resta pendente uma coerência metodológica no Direito Comparado. O comparativismo é uma ferramenta fundamental no meio acadêmico que possibilita uma maior compreensão sobre diversos fatores ligados ao Direito. É pelo estudo do Direito Comparado que se fomentam as possibilidades de descrições legítimas de institutos jurídicos diversos, promovendo-se um efetivo discurso jurídico globalizado. Para tanto, faz-se necessário o 'kit básico do comparatista', que deve conter determinadas ferramentas que são indispensáveis para o tratamento da matéria, a saber, competências jurídicas e linguísticas pertinentes à disciplina, um conhecimento detalhado do sistema jurídico estrangeiro a ser estudado, certa familiaridade com diferentes metodologias comparativas básicas, a capacidade de se manter constantemente atualizado e informado sobre o desenvolvimento do jurídico no exterior, efetiva sensibilidade cultural e uma alta dose de vontade de passar longos períodos de tempo fazendo trabalho de campo.

Desta forma, Hirschl sustenta que parte significativa do problema aqui apontado tem como causa 'matriz metodológica desfocada' no comparativismo. Muitos comparatistas pecariam pelo fato de aderirem a uma abordagem mais simplista para a seleção dos institutos

a serem estudados, negligenciando assim os princípios metodológicos mais básicos de comparação controlada e formato de pesquisa frequentemente utilizados nas ciências sociais.

Como aduz Hirschl, já é tempo de os pretensos estudiosos do Direito Comparado se libertarem das restrições tradicionais, uma vez que não se pode mais falar em desconhecimento sobre a implicação de seus problemas, devendo assim haver uma contribuição efetiva para com a construção de uma teoria firme e coerente onde se implemente um método mais rigoroso. Somente assim será possível estabelecer uma abordagem de Direito Comparado mais unificada e coerente.

A DEFESA DO MÉTODO CULTURALISTA POR PIERRE LEGRAND

O Professor Pierre Legrand leciona Direito Comparado na *École de Droit de la Sorbonne*, onde atua como diretor do programa de pós-graduação em estudos jurídicos comparados. Também leciona como professor visitante na Faculdade de Direito da Universidade de San Diego (EUA) e como membro sênior da Faculdade de Direito da Universidade de Melbourne (Austrália). Antes de se estabelecer na França, o professor Legrand, de origem canadense, lecionou por doze anos no Canadá, na Inglaterra e na Holanda. Ele também foi membro visitante no Instituto Max-Planck em Hamburgo e atuou como *Visitante Distinto* na Faculdade de Direito da Universidade de Toronto (Canadá).

Recentemente, o professor teve sua primeira obra publicada em português, fruto da tradução feita pelo Professor Daniel Wunder Hachem (Pontifícia Universidade Católica do Paraná/Universidade Federal do Paraná). A obra intitula-se "*Como ler o direito estrangeiro*" e foi publicada pela Editora Contracorrente (2018).

Legrand defende seu método de estudo de Direito Comparado calcado no mote de descobrimento de *diferenças*[429], de apreciação do caudal de forças que se contrapõe aos esforços de universalização e os obrigam a "localizar-se", resultando em feições diferentes em

[429] "... sustento que o comparatista deve se engajar em estudos comparativos sob a bandeira da "análise diferencial das juriculturas (...) muito particularmente por causa dos fenômenos de europeização e *glocalização* de sistemas jurídicos, me parece que na realidade está mais do que na hora de o comparatista orientar decididamente seus trabalhos para a descoberta da singularidade". LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 58-59.

cada ambiente cultural em que se manifestam, tão profundas as diferenças quanto seja despendido tempo no trabalho de "escavação"[430].

Quando o pesquisador, o comparatista, se debruça sobre um elemento normativo, uma teoria jurídica ou mesmo uma forma de interpretação estrangeiros, a sua busca deverá levar, necessariamente, ao encontro de uma série ampla e multifacetada de diferenças entre o elemento de onde ele parte e os elementos que irá buscar. É dizer: deverá estar aberto ao desconforto do estranhamento e não à tranquilizante percepção de sinonímias[431]. Para tanto, será necessário abandonar o pensamento universalizante e assumir uma postura "culturalista"[432]. Em outras palavras, será preciso deixar de lado a tentativa de julgar uma lei ou um mecanismo jurídico grosseiramente como "melhor" ou como "verdadeiro", oferecendo-o como um modelo, uma receita de bolo a ser uniformizada universalmente.

Uma das importantes contribuições de Legrand com esta perspectiva é destacar dois sérios riscos que precisam ser evitados pelo pesquisador comparatista. A primeira deles é o *etnocentrismo*, ou seja, a atitude do pesquisador de tomar a sua experiência, o seu ordenamento, as suas concepções, como critério rígido de análise.

Um segundo perigo tem que ver com a *incomensurabilidade*. Mesmo que se possa afirmar a crescente tendência de homogeneização de certos aspectos culturais no mundo Ocidental, haverá diversos casos em que o comparatista irá se deparar com a ausência de uma medida comum de comparação. Não encontrará uma base sobre a qual edificar um edifício composto de elementos comparados e deverá se abster rigorosamente de tentar fabricá-los por conta própria.

Outro aspecto da perspectiva culturalista é a conclusão de que Direito Comparado, ou estudos jurídicos comparados, como prefere o Prof. Legrand, não podem se reduzir a uma comparação entre atos normativos positivados. Não se pode reduzir o Direito à lei e não se pode meramente comparar textos legais e afirmar que o produto final será um estudo de Direito Comparado. Isso é falacioso, incompleto, equivocado. O esforço do pesquisador deverá ser no sentido de elucidar, pela fragmentação do elemento jurídico em suas muitas

---

[430] O método arqueológico de pesquisa recebe especial "elogio" do professor da Sorbonne: "Segundo o culturalista, o Direito posto é, pois, um lugar a partir do qual se empreende um trabalho arqueológico, de onde se parte para um procedimento de escavação, para revelar o que esse Direito "posto" esconde, para expor o que ele omite". Idem, p. 71.

[431] Nas palavras de Legrand: "o estrangeiro e o estranho andam aqui (e muitas vezes...) de mãos dadas!". Ibidem, p. 28.

[432] LEGRAND, Pierre. The same and the different. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. **Comparative Legal Studies**: Traditions and Transitions**.** Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

faces (aspectos políticos, religiosos, econômicos, sociais, etc.) o sentido peculiar que aquele elemento adquiriu no contexto de sua aparição, para então ser possível compreender em que isto pode contribuir com a avaliação dos elementos internos (nacionais).

Legrand discorda da separação hermética entre a lei e sua aplicação, ou melhor, entre lei e os fatores que elucidam sua gênese, sua feição e, principalmente, o modo como ela passou a ser aplicada, interpretada e vivida em determinado ambiente espacial e temporalmente experimentado. Para o professor da Sorbonne esses fatores não são meramente conjunturais, contextuais, mas fazem parte da estrutura própria da lei. Esta só existe em função desses fatores e só possui algum sentido empiricamente observável, compreensível, quando analisada em conjunto com esses fatores[433].

Diante destas percepções, Legrand vem conduzindo estudos interessantíssimos com base nas decisões da Suprema Corte Norte-Americana, além de orientar muitas pesquisas de Direito Comparado que se baseiam em seu método culturalista, revelando uma impressionante riqueza de matizes diferentes conforme os ambientes jurídicos analisados pelos pesquisadores. Em vista do rendimento que este método é capaz de produzir, seus critérios não podem deixar de ser analisados pelo comparatista, mesmo que este decida recorrer a outro método como guia principal de sua pesquisa.

CONCLUSÃO

A pesquisa sobre os métodos em Direito Comparado permite a percepção de que fundamentações jurídicas, quer sejam no campo legislativo, quer no campo jurisdicional, calcadas nessa forma específica de análise, não podem ser levadas a cabo de forma simplista, reduzindo a operação a um mero jogo de junção disforme de peças não intercambiáveis. O resultado de uma aproximação de tal forma reducionista forma verdadeiros "franskesteins" jurídicos, privando as manifestações do Direito de qualquer seriedade e coerência.

Para que os estudos comparados sejam conduzidos de forma técnica, respeitando as diferenças culturais inerentes à formação das diferentes sociedades em que o fenômeno jurídico é avaliado, será sempre necessário que o método funcionalista seja, se não superado, ao menos "temperado" por uma perspectiva multidisciplinar que seja capaz de demonstrar as peculiaridades de cada ambiente normativo colocado em perspectiva para comparação.

---

[433] Op. Cit.

O pesquisador, ao conduzir assim suas pesquisas, pautando-se pelo uso desta técnica comparatista, deverá estar preparado para responder a perguntas como: o que justificativa a escolha destes países para comparação? Por que se lança mão da comparação? Em que os elementos normativos internos se mostraram insuficientes? Quais as diferenças encontradas na pesquisa sobre o contexto em que essas regras surgiram e vem sendo aplicadas nos países pesquisados? Trata-se da tentativa de propor, com uso da comparação, uma harmonização entre os sistemas jurídicos? Em caso afirmativo, quais as supressões estão sendo sugeridas em cada um dos sistemas envolvidos? Quanto essas supressões são capazes de desconfigurar o sistema original de algum dos países? Caso não haja reciprocidade, ou seja, não se trata de harmonização, mas apenas de utilização da solução dada por outro país para problema em alguma medida semelhante, quais são as semelhanças aventadas? São elas apenas conceituais (superficiais), ou há de fato uma pauta valorativa significativamente consensual?

Parece ser especialmente difícil a efetivação de pesquisas comparatistas aptas a demonstrar respeito aos aspectos culturais que identificam cada sociedade com seu ordenamento social quando o pesquisador se vê imbuído de um comprometimento com a busca por padrões de universalização. Raras vezes, se é que em alguma situação isso ocorre, o desejo por universalização não termina por externar um processo hegemônico de imposição de um sistema sobre outro, baseado em escolhas prévias à própria pesquisa comparatista. Assim, a preocupação com a questão metodológica se mostra de especial importância. Conclui-se, desta forma, pela necessidade de se desenvolverem mais e melhores trabalhos em instituições brasileiras sobre o método em estudos jurídicos comparados.

REFERÊNCIAS

CURY, P. M. N. Métodos em Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 176-185, 2014.

DUTRA, D. C. Método(s) em Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, v. 61, n. 3, p.189-212, 2016.

HIRSCHL, Ran. ***From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies****. Disponível em: https://doi.org/10.1093/icon/mos057 Acesso em: 11 jul. 2018.*

HIRSCHL, Ran. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Shazia. (ed.). ***The Migration of Constitutional Ideas****. Cambridge: Cambridge University, 2007.*

HIRSCHL, Ran. ***The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law****. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=901700> Acesso em: 11 jul. 2018.*

KOSKENNIEMI, Martii. ***The gentle civilazer of nations: the raise and fall of international law 1873-1960****. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.*

LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

LEGRAND, Pierre. The impossibility of 'Legal Transplants'. ***Maastricht Journal of European & Comparative Law****. Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997.*

LEGRAND, Pierre. The same and the different. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. ***Comparative Legal Studies****: Traditions and Transitions****.*** *Cambridge: Cambridge University Press, 2009.*

OVÍDIO, F. Aspectos do direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**. São Paulo, v.79, p.161-180, 1984.

THE IMPACT OF THE ZIKA VIRUS ON THE REPRODUCTIVE HEALTH OF BRAZILIAN WOMEN, ENVIRONMENTAL RACISM AND THE ACTION FOR DIRECT CONTROL OF UNCONSTITUTIONALITY (ADI) N° 5581

O IMPACTO DO ZIKA VÍRUS NA SAÚDE REPRODUTIVA DAS MULHERES BRASILEIRAS, RACISMO AMBIENTAL E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) N° 5581

Larissa Ribeiro Tomazoni434

INTRODUCTION

Microcephaly caused by the zika virus is in the spotlight. Several newspapers, magazines, websites, internet forums, blogs, and television shows emphasized this health condition that constantly affected newborn children from diseased pregnant women. The response was the ZIKAV, an arbovirus unknown to Brazil until recently.

Nonetheless, the media coverage focused on a biomedical perspective that neglected other relevant aspects concerning the ZIKAV, the transmission process, and the most impacted sectors of the populace. Diseases mostly spread by mosquitos are not egalitarian. In Brazil, they tend to affect the most impoverished areas, the ones without proper infrastructure, water supply, health assistance, and sex education.

The lack of adequate infrastructure significantly affects the poorest women who do not have access to sex education and contraceptive methods. The reality of these women combined with the problems brought by ZIKAV, such as microcephaly, led to litigation in the Federal Supreme Court in 2016, through ADI (action for direct control of unconstitutionality) n ° 5581, which discusses the possibility of women interrupting gestation affected by the ZIKAV epidemic.

[434] Mestra em Direito pelo Uninter na linha de pesquisa Jurisdição e Processo na Contemporaneidade. Especialista em gênero e sexualidade pela Unyleya. Bacharel em Direito pelo Unibrasil Centro Universitário. Advogada inscrita na OAB-PR sob o número 83.635. E-mail: Larissa.ribeiro.tomazoni@gmail.com

This article aims to describe a socioeconomic perspective on the ZIKAV phenomenon. The Health Ministry reports are geographically analyzed. Selected bibliography studies the qualitative disparities among Brazil's regions. At the same time, it presents a summary of biological and medical consequences of the ZIKAV, though acknowledging that this description is insufficient to properly comprehend the virus and its impacts.

THE ZIKA VIRUS

The congenital symptoms of the zika virus, which include microcephaly and other modifications of the central nervous system, are based on class in Brazil, since poor, Northeastern women are the most affected people.[435] Jeffrey Lesser and Uriel Kitron mention a saying which affirms that "mosquitos are democratic; they sting anyone regardless of class condition"[436]; however, "the fact is that the current zika virus crisis had very different impacts on different classes, social groups, and genders. In other words, the zika virus is another indication of Brazil's persistent inequality, even though decades have gone by since re-democratization".[437]

Diseases spread by mosquitos disproportionately affect the poorest. The outbreak of the zika virus epidemic was most intense in Brazil's Northeast, where a larger share of the population lacks minimum conditions and where "climatic conditions favor the propagation of mosquito-spread diseases, especially when compared to Brazil's South, richer and less warm."[438]

In February (2015), seven months after the World Cup, the Secretary for Health Vigilance, an organ of the Health Ministry, began to survey registers of Undefined

[435] DINIZ, Debora. Vírus Zika e mulheres. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, n.32, maio, 2016, p.3.

[436] DREZETT, Jefferson; GOLLOP, Thomaz Rafael. O vírus Zika: uma nova e grave ameaça para a saúde reprodutiva das mulheres. Reprodução & Climatério, Rio de Janeiro, Elsevier BV, v. 31, n. 1, p. 1-4, 2016.p.1.

[437] Idem

[438] Idem.

Exanthematic Syndromes occurrences in Brazil's Northeast; the zika virus (ZIKAV) was among the several arbovirus that was investigated.[439]

The zika virus is a kind of RNA arbovirus, originally isolated from human beings in 1952, in Uganda, and, subsequently, in Nigeria (1954). In 1964, the first clinical case was documented and described as a mild headache accompanied by fever and muscle aches. Between 1952 and 1981, few registers attest zika virus infections in African and Asian countries. In 2007, the virus was identified on the Yap Islands, in Micronesia, involving a limited range of people with no registers of deaths nor complications.[440]

In 2014, occurrences were reported in French Polynesia and New Caledonia, specifically in French Polynesia, it was registered an uncommon growth of seventeen malformations of the central nervous system from fetuses and newborn babies. It happened concomitantly with a zika virus outbreak. No pregnant woman reported signs of the disease, which suggests possible asymptomatic infection.[441]

On the 29th of April 2015, Doctors Gúbio Soares Campos and Sílvia Campos announced that the zika virus was being spread in Brazil. Until then, this arbovirus was unknown in the Latin-American country; also, the disease-related to it was ignored.[442]

The zika virus can infect people from both sexes and from ages. It is an acute febrile illness; however, just 20% of the affected patients are esteemed to suffer from symptoms. There is no specific treatment, and symptoms are mild and short-lived. Infection

---

[439] Secretaria de vigilância em Saúde- Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico volume 46 n° 26-2015. "There are strong hypotheses about the origins of the arrival of the ZIKAV in Brazil: sometimes the World Championship of Va'a, (Polynesian canoeing, between the 12th and the 17th of August, 2014, in Rio de Janeiro) sometimes FIFA World Cup (between the 12th and the 14th of July, 2014 in 12 different Brazilian states). As if it was not enough for sports competitions, there is a third hypothesis, little known, that the FIFA Confederations Cup (between the 15th and the 30th of July, 2013) had brought the ZIKAV a year before the first official notification of Zika presence in Brazil. (...) to test which event was responsible for the ZIKAV arrival in Brazil, researchers analyzed the DNA sequence of the virus. It was not the same lineage of the African pattern (Uganda, 1974), but actually, it came from the Asian branch. Ignoring the "zero patient" – in other words, the first diseased person to bring the virus to Brazil -, but identifying the kind of virus, scientists prefer to think of the Confederations Cup or the World Championship of Canoeing, since those two events had athletes from French Polynesia." In: DINIZ, Debora. **Zika**: do sertão nordestino à ameaça global. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.p.33-34.

[440] DREZETT, Jefferson; GOLLOP, Thomaz Rafael. Op.cit., p.2.

[441] Idem.

[442] CARVALHO, Layla Pedreira. Vírus Zika e Direitos Reprodutivos: entre as políticas transnacionais, as nacionais e as ações locais. Cadernos de Gênero e Diversidade, v. 3, n. 2, Mai. - Ago., 2017, p.135.

in humans is mainly disseminated by the *Aedes aegypti* mosquito; after this first stage, nonetheless, it can be spread through sexual relations or childbirth.[443]

Aedes aegypti is particularly well-adapted to the urban environment, where there is a huge concentration of human beings. Furthermore, urban spaces present ideal conditions for reproduction, since artificial recipients such as water tanks, buckets, and tires are common.[444] Although sexual and vertical transmissions of the ZIKAV were reported, the most usual mode of transmission happens through vectors.[445]

Throughout 2014 and 2015, doctors used to believe that zika-virus affected patients were actually under symptoms of allergy. The illness has rapidly spread through Brazil's northeastern backlands. It caused a sharp rise in the number of microcephaly occurrences in babies.

It was just in September and in November (2015) that the relationship between pregnant women infected by the ZIKAV and babies born with microcephaly was scientifically proved. Studies performed by Adriana Melo and Melania Amorim investigated pregnant and parturient women in Paraíba and Pernambuco.[446]

The virus was identified through amniocentesis tests applied to women affected by the aforementioned symptoms, which indicated intrauterine transmission of the infection. Zika virus has quickly become a grave public health issue due to its association with the rise

---

[443] DREZETT, Jefferson; GOLLOP, Thomaz Rafael. Op.cit., p.3. "Sexual transmission- Zika virus can be transmitted through sexual intercourse. This is of concern due to an association between Zika virus infection and adverse pregnancy and fetal outcomes. For regions with active transmission of Zika virus, all people with Zika virus infection and their sexual partners (particularly pregnant women) should receive information about the risks of sexual transmission of Zika virus. WHO recommends that sexually active men and women be correctly and offered a full range of contraceptive methods to be able to make an informed choice about whether and when to become pregnant to prevent possible adverse pregnancy and fetal outcomes. Women who have had unprotected sex and do not wish to become pregnant due to concerns about Zika virus infection should have ready access to emergency contraceptive services and counseling. Pregnant women should practice safer sex (including correct and consistent use of condoms) or abstain from sexual activity for at least the whole duration of the pregnancy. For regions with no active transmission of Zika virus, WHO recommends practicing safer sex or abstinence for six months for men and women who are returning from areas of active transmission to prevent Zika virus infection through sexual intercourse. Sexual partners of pregnant women, living in or returning from areas where local transmission of Zika virus occurs should practice safer sex or abstain from sexual activity throughout the pregnancy." In: WHO. Zika vírus. Disponível em: < http://www.who.int/mediacentre/factsheets/zika/en/> Acesso em: 06 fev. 2018

[444] LESSER, Jeffrey. KITRON, Uriel. Op.cit., p.3.

[445] Secretaria de vigilância em Saúde- Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico volume 46 n° 26-2015.

[446] CARVALHO, Layla Pedreira. Op.cit., p.136.

of microcephaly occurrences in newborn babies of infected expectant mothers.[447] Géssica Eduardo dos Santos and Maria da Conceição Alcântara Oliveira Matias, both from Juazeirinho (Paraíba), were the first women to donate amniotic fluid for researches which discovered that the zika virus can go through the placenta.[448] "Microcephaly is a congenital malformation that prevents the brain from developing adequately according to age and sex. Microcephaly can be caused by biological, genetic, environmental and chemical factors".[449] Because of microcephaly, the cephalic perimeter may present at least two standard deviations below average. This phenomenon can happen just after birth or during the baby's first years.[450]

The Health Ministry has been monitoring notifications and investigations related to microcephaly cases in Pernambuco since the 22nd of October, 2015. The first communiqué identified more than 26 cases of microcephaly in different regions. By the 17th of November, 2015, 399 cases from seven northeastern States have been reported. Pernambuco led by 67,2%, followed by Sergipe (11,0%) and Rio Grande do Norte (9,8%)[451]. By the 21st of November, 2015, 739 cases of possible microcephaly have been reported. Pernambuco was still leading (65,9%), followed by Paraíba (13,0%), and Sergipe (7,3%).

---

[447] DREZETT, Jefferson; GOLLOP, Thomaz Rafael. Op.cit., p.3. "Nevertheless, exclusively associating the ZIKAV to microcephaly presents a limited perception of the problem. Those newborn babies, when subjected to rigorous testing, do not demonstrate only microcephaly, but also neural damage, severe optical modifications, loss of auditory acuity, hair excess and arthrogryposis. It sharply decreases the child's standard of living, as well as normal development. Neural damages deserve special attention because they are highly destructive: cerebral atrophy, white matter calcification, cerebellum calcification, caudate nucleus calcification, dysgenesis of the corpus callosum and of the vermix, expansion of the Magna cistern. ". In: Idem..

[448] DINIZ, Debora. **Zika**: do sertão nordestino à ameaça global..., p.79-80. Géssica did more: even though she only had a few moments to hold her baby, she offered him for science. Still, at the hospital, she authorized the medical team to take her dead son's organs for scientific research. (...) Géssica explains that she did not want "to be selfish regardless of all other mothers without an answer". In: Ibidem, p.80.

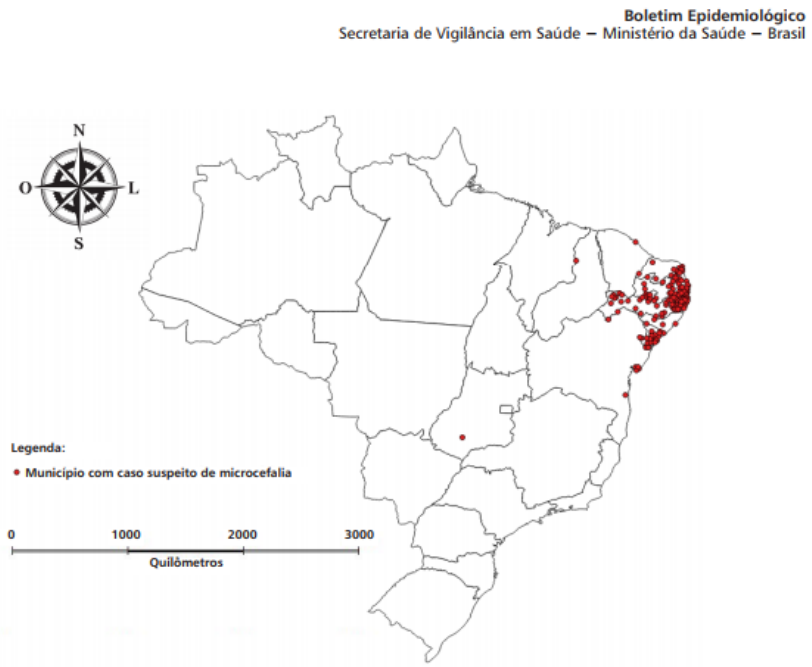
[449] Secretaria de vigilância em Saúde- Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico volume 46 n° 34-2015

[450] DREZETT, Jefferson; GOLLOP, Thomaz Rafael. Op.cit., p.3. "For genetic medicine, microcephaly may be divided into primary and secondary. Primary is more frequently caused by genetic abnormalities which interfere with the growth of the cerebral cortex during the first months of fetal development. It is associated with chromosome syndromes and genetic/metabolic mutations. The commonest form is the *vera* microcephaly. There are no neurological modifications, except intellectual deficit. There are no skeletal abnormalities. There are some dominant autosomal mutations, some occurring in chromosome 8, that can cause microcephaly. The same goes for modifications in chromosomes 13 and 21. On the other hand, secondary microcephaly has got perinatal causes, such as anoxia during birth, internal cranial bleeding or obstetric trauma. It can derive from infections, after meningitis or encephalitis, caused by methylmercury, rubella, syphilis, chickenpox, toxoplasmosis or cytomegalovirus". In: Idem.

[451] The Report recommends: measures to reduce the presence of mosquitos that exert vector functions, such as abolishing recipients for stagnant water, adequate coverage of water supplies; closing doors and windows against mosquito; wearing pants and long-sleeved shirts; usage of insect repellents. Until further clarification of causes of microcephaly in Brazil's Northeast, women who desire to get pregnant must dialogue with trustworthy health teams, so as they can evaluate risks and information to make a conscious decision. In: Secretaria de vigilância em Saúde- Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico volume 46 n° 34-2015

Picture 1 demonstrates the spatial distribution of possible microcephaly cases that have been brought to the attention of the Health Ministry. It is noticeable that Brazil's Northeast concentrates the majority of situations.

Picture 1 – Spatial distribution of municipalities with occurrences of suspected microcephaly. Notifications took until epidemiological week 46, Brazil, 2015.



Source: Ministério da Saúde e Secretarias Estaduais de Saúde (atualizado em 21/11/2015). Boletim Epidemiológico volume 46 n° 37-2015

About the monitoring of microcephaly cases, by the 19th of December 2015, 2.782 suspected cases of ZIKAV have been notified to the Health Ministry. Among the notified cases, 40 culminated in death.[452] On the 26th of December 2015, the Health Ministry was notified of 2.975 suspected cases of microcephaly. Pernambuco was still leading the list (38,76% of reports), followed by Paraíba (16%), and Bahia (9,11%). Among notifications, 37 deaths were registered.[453] In July 2016, it was discovered that as children grew up, even if

[452] Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico volume 46 n° 46-2015. Available in: < http://portalms.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos>Accessed on: 06 fev.2018.

[453] Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico volume 47 n° 1-2016. Available in: < http://portalms.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos>Accessed on: 06 fev.2018.

they had not presented symptoms of microcephaly when born, they would begin to agitate violently and to present visual, auditory, and motor difficulties.[454]

Epidemiological Report n. 41 (2017), which presents the epidemiological situation, as well as suspected deaths and alterations possibly related to the congenital infection, registered 14.916 suspected cases on the 14th of November 2017. From the total amount, 3.014 cases (20,2%) were confirmed and 287 (1,9%) were classified as probable. The scenario has not changed since the majority of cases is still concentrated in Brazil's Northeast. The five most representative States are Pernambuco (17%), Bahia (16,2%), São Paulo (8,9%), Paraíba (7,5%), and Rio de Janeiro (7,4%). On notifications of newborn babies and children under monitoring, there were 533 confirmed cases out of 4.918 suspect cases.[455] Epidemiological Report no. 49 (n.2-2018) compiles data from January 2017 to December 2017. According to the Report there were 2,160 likely cases of pregnant women. Of this total, there were 949 confirmed cases.[456]

Laboratory diagnosis, specific for the ZIKAV, is based upon the detection of the virus' RNA polymerase reaction chain through reverse transcriptase (RT-PCR). The viremic period lasts between three and seven days just after symptoms begin to appear. Nonetheless, most of the women, mainly the poorest, do not have access to this kind of examination, a situation that impedes the full acknowledgment of the problem from an epidemiological perspective.[457] Only 18% of human infections are esteemed to result in clinical manifestations; it is, therefore, an asymptomatic infection. There is neither specific treatment nor injection that could prevent a ZIKAV infection.[458]

Investment in research and the fabrication of injections used against the ZIKAV will demand some time until these shots are made widely available for the general public. "Until then, preventive measures against the mosquito's sting is the alternative. "The war on *Aedes aegypti* is as necessary as it is complex. It involves mobilization of the population and providences from the public authorities. As if it was not enough, *Aedes aegypti* has been

---

[454] CARVALHO, Layla Pedreira. Op.cit., p.138.

[455] Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico volume 48 n° 41-2017. Available in: < http://portalms.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos>Accessed on: 06 fev.2018.

[456] Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico volume 49 n° 2-2018. Available in: < http://portalms.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos>Accessed on: 06 fev.2018.

[457] DREZETT, Jefferson; GOLLOP, Thomaz Rafael. Op.cit., p.3.

[458] Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico volume 46 n° 26-2015. Available in: < http://portalms.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos>Accessed on: 06 fev.2018.

showing an extraordinary ability of biological adaptation that makes control and, especially, eradication, even more defiant."[459]

According to Debora Diniz, member of "Rede Nacional de Especialistas em Zika e Doenças Correlatas", from the Health Ministry, "there would be no epidemic such as the one developed in Brazil if this territory was not so propitious for quick dissemination: mosquitos, poor sanitation, and a deficient health policy against the disease."[460]

DEVELOPMENT, SANITATION AND ENVIRONMENTAL RACISM

In the majority of big cities, epidemics caused by mosquitos affect each neighborhood differently; this variation is explained by distinct proliferation places and distinct concentration of people and insects. Inhabitants of the poorest neighborhoods are the ones most disproportionately impacted by illnesses[461].

In the first place, this fact occurs due to a greater concentration of people living next to each other. In the second place, those whose attribution is to formulate and implement public policies tend to come from the wealthiest strata of society[462]. Last but not least, the concentration of diseases in poor neighborhoods is correlated to irregular supplying of water, since the water pressure from pipes diminishes as it goes further away from distribution centers. In underprivileged neighborhoods, each family possesses its water tank for water storage. Usually, those tanks are plastic recipients filled with water two or three times a week

[459] DREZETT, Jefferson; GOLLOP, Thomaz Rafael. Op.cit., p.3. On a possible injection for the ZIKAV: OLIVEIRA, Monique. **Vacina contra zika do Instituto Evandro Chagas deverá ser testada em humanos em 2018**. Available in: < https://g1.globo.com/bemestar/noticia/vacina-contra-zika-devera-ser-testada-em-humanos-em-2018.ghtml> Access on: 12 fev. 2018. **Cientistas divulgam primeiros resultados de vacina contra zika**. Available in: < http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/04/cientistas-divulgam-primeiros-resultados-de-vacina-contra-zika.html> Access on: 12 fev. 2018. **Brasil firma parceria com EUA para testes de vacina contra zika em humanos**. Available in: < http://www.brasil.gov.br/saude/2017/09/brasil-firma-parceria-com-EUA-para-testes-de-vacina-contra-zika-em-humanos> Access on: 12 fev. 2018.

[460] DINIZ, Debora. **Zika**: do sertão nordestino à ameaça global...,p.38.

[461] LESSER, Jeffrey. KITRON, Uriel. Op.cit., p.4.

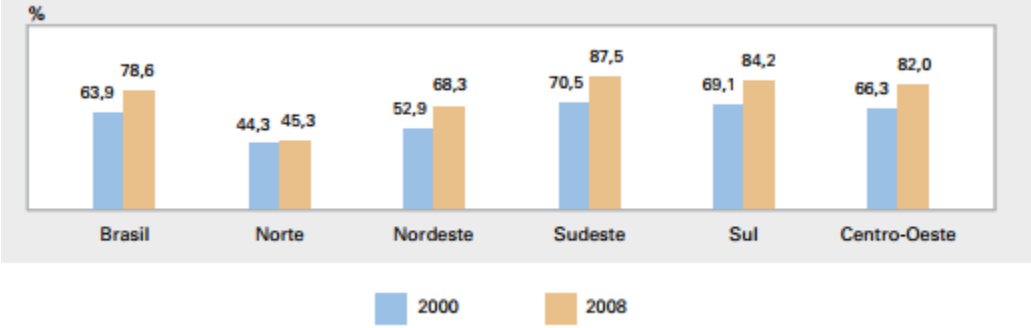
[462] Idem.

on the days when the neighborhood gets water supply. If those recipients are in bad shape or inappropriately closed, they may constitute reproduction havens for the *Aedes aegypti*.[463]

Leo Heller an environmental and sanitary engineer, demonstrates the relationship between health and sanitation, especially the role played by sanitation in the health situation of developing countries, which is strongly correlated to the socioeconomic model that is adopted; in this case, the vulnerable population is specifically composed by those excluded from the benefits of development. "Sanitation constitutes the control of all factors from human's physical environment that causes or may cause negative effects over the social, mental or environmental well-being."[464] In summary, risks derived from environmental insalubrity strongly affect populations from a lower socioeconomic status".[465]

Water supply insufficiency is verified in graphic 1, available in the National Research on Basic Sanitation 2000/2008, whose author is the Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Graphic 1 – Homes supplied with water from the general system, according to the Great Regions - 2000/2008



Source: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Pesquisa Nacional de

Saneamento Básico 2000/2008.

---

[463] Although many problems are easily solved (v.g., turning water recipients upside down), other issues are more pressing. Waste collection, for example, is not regular in many neighborhoods in Brazil. Different items – such as plastic bags and disposable recipients – rapidly become reproductive havens after rain (...) Water tanks are also a possible source of problems. Though many families possess sophisticated recipients made of hard plastic (and, sometimes, made of aluminum), many others still use old water tanks, not properly closed, making it the ideal place for mosquito reproduction. In: Idem.

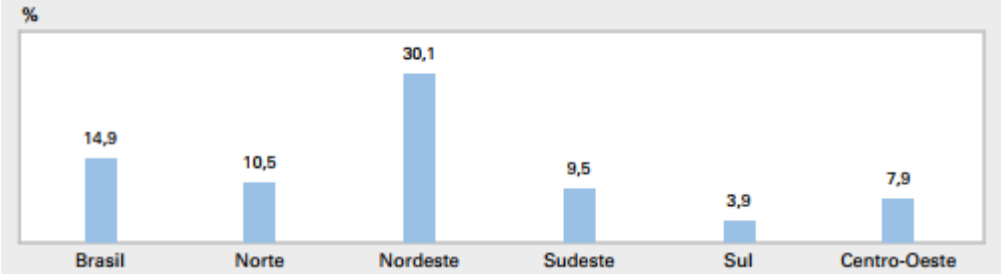
[464] HELLER, Leo. **Relação entre saúde e saneamento na perspectiva do desenvolvimento**. **Ciência & Saúde Coletiva**, vol. 3, n.2, p.73-84, 1998, p.74.

[465] Idem.

Between 2000 and 2008, the registered water supply deficit was high. Near 12 million residences in Brazil did not have access to the general system. In some cities, due to water supply system insufficiency or inefficiency, supplying may occur in different ways.[466]

There are 7,94 city halls where, regardless of the existence of the general supply system, distribution of water happens through alternative means. Water supply through peculiar ways reached more than 827 municipalities in Brazil, 14,9% of the total amount.

Graphic 2 – Percentage of municipalities with alternative means of water supply, according to Great Regions - 2008



Source: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Pesquisa Nacional de

Saneamento Básico 2000/2008.

Brazil's Northeast (30,1%) presents the greatest proportion of municipalities with occurrences of alternative means of water supply (different than the general system), more than two times the proportion observed in Brazil's average for other regions (14,9%).[467]

---

[466] "Problem was most critical in Brazil's North, where 54,7% of households were under that situation, followed Brazil's Northeast (31,7%), Center-West (18,0%), South (15,8%), and Southeast (12,5%). In 11 out of the 27 states, the proportion of households without this public utility was equal or higher than 30%. Rondônia (73,4%), Acre (64,2%), Pará (63,6%), and Amapá (59,4%) are the ones that suffered from it the most". In: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, **Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2000/2008**. Available in: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv45351.pdf Access on: 02 fev. 2018.

The relationship between sanitation and development is crystal clear. Countries provided with better coverage of sanitation present healthier populations, an indicator, by itself, of the development level of the State. Human Development Index (HDI) "is comprised of three factors: life expectancy, knowledge (literacy rates and instruction) and standard of living (gross domestic product *per capita*)."[468]

The most affected states by the ZIKAV epidemics, and, subsequently, by microcephaly, were Pernambuco, Bahia, Paraíba, Sergipe e Rio Grande do Norte. Those states are among the eleven least developed in Brazil according to the Human Development Index.[469] Moreover, those states, according to IBGE data on nominal household revenue per month, comprise populations living with less than R$ 937.00 per month, a cipher that corresponds to Brazil's minimum wage in 2017.

Sanitation and waste collection are almost universal services for urban dwellers, but those public utilities are less available for families headed by black men and women. Sanitation is the most unequal service, the one that reflects social inequality the most. Besides, these populations have to store water to face long periods without water coming out of taps.[470] "Disproportional exposition of black populations to contaminating environmental factors was defined, during the 1980s, as environmental racism."[471]

Environmental racism causes marginalized areas, mainly populated by poor black people, to suffer from lack of access to public utilities, a fact that impacts possibilities of

---

[467] "In this region, the spotlight goes to Piauí (58,3% of municipalities), Ceará (35,9%) and Maranhão (30,4%). Considering the management and execution of water supply, most of it does not count on municipalities' participation. In 3,220 municipalities (58,2% of the ones that utilize the general system), the service was provided by other entities; city hall was responsible, exclusively or under partnership regime, in 2.311 (41,8%) municipalities in Brazil" In: Idem.

[468] HELLER, Leo. Op.cit., p.78.

[469] Average HDI from Brazil's states. (Brazil 2017): 1 - Distrito Federal | HDI 0,839 2 - São Paulo | HDI 0,819 3 - Santa Catarina | HDI 0,813 4 - Paraná | HDI 0,790 5 - Rio Grande do Sul | HDI 0,779 6 - Rio de Janeiro | HDI 0,778 7 - Espírito Santo | HDI 0,771 8 - Minas Gerais | HDI 0,769 9 - Mato Grosso | HDI 0,767 10 - Mato Grosso do Sul | HDI 0,762 11 - Goiás | HDI 0,750 12 - Amapá | HDI 0,747 13 - Tocantins | HDI 0,732 14 - Roraima | HDI 0,732 15 - Acre | HDI 0,719 16 - Rio Grande do Norte | HDI 0,717 17 - Ceará | HDI 0,716 18 - Rondônia | HDI 0,715 19 - Amazonas | HDI 0,709 20 - Pernambuco | HDI 0,709 21 - Bahia | HDI 0,703 22 - Paraíba | HDI 0,701 23 - Sergipe | HDI 0,681 24 - Maranhão | HDI 678 25 - Piauí | HDI 0,678 26 - Pará | HDI 0,675 27 - Alagoas | HDI 0,667. In: HDI Médio dos Estados Brasileiros (Brasil 2017). Available in: < http://www.geografiatotal.com.br/2017/09/HDI-BRASIL.html> Access on: 06 fev. 2018

[470] CARVALHO, Layla Pedreira. Op.cit., p.137.

[471] Idem.

lifting marginalized people out of poverty. Access restrictions to sanitation subject some groups to different epidemics along time.[472]

In Brazil, environmental racism can be comprehended as a recurring pattern of sanitation policies, since it is frequent that the same groups suffer from the lack of access to these services, a situation that tends to intensify health hazards to these populations, the most exposed to distinct vectors (such as the *Aedes aegypti*) that benefit from sanitation failures as means of reproduction.[473]

Environmental racism is one of the reasons that explain inequalities regarding access to sanitation. It is the bedrock of spreading diseases among vulnerable social groups and it reiterates the vicious circle of poverty and marginalization of the black population. The illnesses of pregnant black women caused by the ZIKAV epidemics are a sign of the persistent vulnerability that plagues those women[474]. "The investigation of diseases according to populational movements and geographic space cannot be separated from dynamics that are, *a priori*, political and social."[475]

This perspective that considers political, social, and ideological dimensions is composed of four axes. "The first axis emphasizes the need for investigation of social and cultural processes through which ideas about global health are presented, interpreted, justified, legitimized and contested." The second axis is a critical appraisal that analyzes the consequences and concrete effects of practical definitions considered "necessary" or "desirable". The third axis is the most important for this study. It refers to neglected zones:

> Negligence on health matters must be focused on its complexity: it is not only about invisibility or silence regarding some issues, but also, precisely, about the way some specific topics or groups become visible or invisible during this process. Negligence can be present even when too much attention is given to a specific topic since the quality of this attention may be superficial, ephemeral or it may not consider relevant subjacent aspects. Recent Ebola epidemics are a good example of these dynamics. Media spectacle covering an epidemic does not always lead to structural problem resolutions.[476]

---

[472] Idem.
[473] Idem.
[474] Idem.
[475] NUNES, João; PIMENTA, Denise Nacif. A epidemia de zika e os limites da saúde global. Lua Nova, São Paulo, 98: 21-46, 2016, p.25.
[476] Ibidem, p.21.

The ZIKAV epidemic received much mediatic attention, but certain aspects remained neglected due to technical and medical speeches directed to disease control; "among these neglected aspects are the issues of reproductive rights and abortion, maternal health, social determinants of the disease, infrastructural issues of health systems and city management, which enable mosquitos to spread and to reproduce".[477] The fourth and last axis refers to a diversity of individual experiences concerning illness and health.

Due to determinants and due to social, economic and political conditions that generate and perpetuate the vector and the virus, Zika was classified as a "neglected disease" or "poor's disease". Definition of "negligence" can present a wide range, not only including diseases, but also social groups and populations.[478]

Some determinants are neglected when its impact on the susceptibility to some disease is not recognized or studied; by its turn, the neglected group is excluded from health care and/or under a vulnerable or risky position of contamination, which is the case of poor fertile-aged women.[479] Solving structural issues (such as waste collection, sanitation, and water supply) is an urgent matter. Zika virus has been revealing Brazil's social disparities, such as SUS' insufficiencies, the persistence of structural problems that reflect the disadvantage and the vulnerability of specific populations, and other matters of social and economic relevance.[480]

Arboviruses immensely affect people neglected by public policies. "Regarding microcephaly, economic vulnerability plays an important role in the success of familial-planning strategies. Access to abortion and contraceptive methods are conditioned to the economic situation".[481]

Hence, supposedly neutral and apolitical approaches focused only on technical and biomedical instruments, tend to ignore existent inequalities. "The matter of poverty and vulnerability is, therefore, fundamental for understanding not only incidence and distribution

---

[477] Idem.

[478] Since the 2000s, neglected diseases as Zika have been recognized, simultaneously, as a result, and as a mechanism of poverty vicious circles, the so-called "poor diseases", "poverty diseases", or "rainforest poverty diseases". In: Idem.

[479] Idem.

[480] Idem.

[481] Idem.

of arboviruses (such as ZIKAV) but also availability or impossibility of reaction when confronted with possible adversities (such as microcephaly)".[482]

CARE PROTOCOL, RESPONSE TO MICROCEPHALY OCCURRENCES, AND THE ACTION FOR DIRECT CONTROL OF UNCONSTITUTIONALITY (ADI) Nº 5.581

Congenital syndrome related to the ZIKAV may cause the death of embryos, fetuses or newborn babies. If they survive, consequences can range from neurological damage to grave permanent physical impairments. It is still unknown how many and in which cases infected women are going to witness vertical transmission and subsequent development of the congenital syndrome. There is no piece of information about the interval of time in which the virus is active inside infected women, representing risks of vertical transmission for future impregnations. Those uncertainties provoked by the epidemics, subject women to severe psychological suffering.[483]

The damage caused to these women and their future children is the responsibility of Brazil's government, unable to suppress the mosquito that hosts the ZIKAV. *Aedes aegypti* was eradicated twice during the 1950s and during the 1970s, but it was able to come back due to the lack of public policies regarding sanitation, water supply, and control of vectors, policies that mostly impact marginalized populations living in slums.[484]

In March 2016, the Health Ministry issued the Care and Response Protocol Regarding the Occurrence of Microcephaly, which presents recommendations for caring, reproductive planning, and pre-natal accompanying.[485]

This Protocol fails to adequately cover the needs of poor black women who live in the most epidemics-affected areas in which access to contraceptive methods is difficult. This

---

[482] Idem.

[483] Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5581**. Relatora Min. Carmen Lúcia. Available in: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310227487&tipoApp=.pdf> Access on: 01 fev. 2018.

[484] Idem.

[485] BAUM, Paige. Et. al. **Garantindo uma resposta do setor da saúde com foco nos direitos das mulheres afetadas pelo vírus zika**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 32(5), mai, 2016, p.3.

document should recognize the legal and socioeconomic restrictions that impact women's health. Though the Protocol acknowledges the importance of contraceptive methods against the epidemics, it seems to ignore the social inequalities that hinder women from accessing them and from getting informed about them.[486]

One of the most worrisome omissions of the Protocol is the abortion topic which is, nonetheless, a reality in Brazil. Criminalization of abortion does not impede its illegal occurrence.[487] Statistics from the National Survey on Abortion (PNA) show that 22% of 35 to 39-years-old women aborted at least once. Twenty-three percent of the women who aborted only reached the 4th grade of elementary school. Forty-eight percent of these women took abortive medicines.[488]

Legal barriers against abortion particularly affect women who suffer from the worst socioeconomic conditions: black and brown women, young women, and women who dwell in rural areas or marginalized urban areas. "Therefore, the omission of the Protocol regarding the risks of unsafe abortion is not only a failure that impedes the equal access to health, but also spotlights governmental negligence on taking measures to protect women's human rights, inside the context of the ZIKAV epidemics, hence violating norms of global health and international human rights standards."[489]

Concomitantly to the scientific discoveries about the increase of cases registering neurological disorders and fetal malformation caused by the ZIKAV, a judicial case began in 2016. This action intended to assure the fundamental rights of women affected by the disease.

The Action for Direct Control of Unconstitutionality (ADI) n° 5581 that is processed at Brazil's Supreme Court (STF) was proposed by the National Association of Public Defenders (ANADEP) on the 24th of August, 2016, and is related by Minister Carmen

---

[486] Idem.

[487] Idem.

[488] DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil**: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. Ciência & Saúde Coletiva, 15(Supl. 1), p.959-966, 2010, p.961.

[489] Idem. "Even though abortion is allowed in situations involving sexual violence, anencephaly, or threat to the woman's life, the Protocol does not cover the way health professionals must proceed in these former cases, nor it demands health professionals to inform women about the right to abort. Bearing in mind that 527,000 women are raped every year, it is fundamental that health professionals know the legal exception in cases of sexual violence. The contemporary degree of ignorance about criminal law regarding abortion is unacceptable. A national survey with obstetricians and gynecologists showed that less than half of them fully comprehended the national law on abortion. The Protocol, thus, loses an opportunity to teach professionals about legal abortion."

Lúcia. The aforementioned ADI also presents a petition based upon the disobedience of a fundamental precept (ADPF), in which Brazil's omission about the possibility of interrupting ZIKAV-affected gestations is discussed.

The Argument of Disobedience of a Fundamental Precept intends to avoid or to repair a lesion to fundamental precepts caused by an act of the State. Reading ADI nº 5581, the contested acts that are relevant to this research are:

> The contested State's acts are 02.1. omitting information about the state-of-the-art medical knowledge on the ZIKAV, its uncertainties, risks of infection, and preventive methods; 02.2. omitting access to care and familial planning, including access to long-term reversible contraceptive methods, such as DIU-LNG, and the mosquito repellent; **02.4. omitting the literal and express the possibility of interrupting pregnancy as a healthy public policy of the Brazilian State regarding impregnated women infected by the ZIKAV.** 03. These omissions are expressed by the unsatisfactory public policies against the ZIKAV, which are formally framed by Instructions, Technical Norms, and Protocols of the Federal Government. The omission is also expressed by the inexistence of funds allocated for the concretization of the necessary measures to be taken against the pernicious effects of the epidemics. As described above, the main documents are: a) Response Protocol Regarding the Occurrence of Microcephaly and/or Modifications the Central Nervous System (SNC); b) Protocol for the Implementation of Sentinel Unities for the ZIKAV; c) Care and Response Protocol Regarding the Occurrence of Microcephaly; d) Directives for Precocious Incentives – For 0-3-years-old Children Suffering from Retarded Development of the Neuropsychomotor System Caused by Microcephaly; e) Act MS nº. 3, dated 01/11/2016, f) Joint Operational Instruction MS-MDS nº. 1, dated 02/25/2016; g) Inter-Ministerial Act nº. 405 dated 03/15/2006; and h) Joint Operational Instruction MS-MDS nº. 2, dated 03/31/2006. 05. Firstly, it is emphasized that there are no other efficient means to abstractly repair the lesions. Regarding the four petitions in this ADPF, there is no intention to declare the constitutionality or unconstitutionality of normative acts edited after the 1988 Constitution (ADI and ADC) or the omission of legislative act (ADO). Regarding three demands, insufficient public policies based upon secondary normative acts are questioned. Also, there is a demand asking for constitutional interpretation of articles 24, 124, 126, and 128 from Brazil's Criminal Code; in other words, from pre-constitutional legislation. Those topics are typically questioned through ADPF[490]

[490] Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5581.**

The state's omission is established when the adopted public policies are insufficient to guarantee women's rights. It is a kind of unconstitutional behavior.[491] The action points out that there were violations of the following fundamental precepts:

> Human dignity (art. 1º, III, da CR), free development of personality, rights to freedom, to psychological and physical integrity (art. 5º, caput, CR), right to information (art. 5º, XIV, da CR), protection of childhood and motherhood (art. 6º, da CR), right to health, right to disease prevention (arts. 6º, 196 e 198, II, da CR), right to social security (art. 203, da CR), right to family planning and to reproductive freedom (art. 226, §7º, da CR) and protection of persons with disabilities (art. 227, caput, §1º, II, da CR).[492]

On the topic that asserts omission for not assuring contraceptive methods and repellents against the mosquito, it is argued that the Brazilian State was negligent by not conceiving or executing public policies focused on family planning and ZIKAV-affected women's reproductive health. Contraceptive methods and access to repellents against the *Aedes aegypti* should have been provided.[493]

The right to family planning, based upon article 226, §7º, Brazil's Federal Constitution, presupposes access to these methods and, in the case of the ZIKAV epidemics, "a public policy aiming at extensive contraceptive methods is fundamental, one which focuses on women within the reproductive age and on the most vulnerable population, with wide distribution of contraceptive methods."[494]

---

[491] Brazil's Supreme Court jurisprudence asserts that: "If the State neglects the necessary measures to concretize the Constitution's precepts to make them effective, operative and executable, it consequently abstains itself from applying the Constitution; thus, it is a negative violation of the constitutional text. From this *non facere* or *non prestare*, there is unconstitutionality for the omission, which may be total (no providence is taken) or partial (the measure taken by the State is insufficient) (…) State's omission – established by the negligence, at any length, to apply the constitutional impositions – must be considered an utmost grave political-juridical behavior, since inertia also means disobedience of the Constitution, offense of the rights-based upon the text and, because there is a lack of concrete measures, the inapplicability of principles and postulates of the Fundamental Law (STF, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1439, Reporter Min. Celso de Mello, Judged on 05/22/1996, Published: DJ 30-05-2003)." In: Idem.

[492] Idem.

[493] Idem.

[494] Idem. Art. 226, Federal Constitution. Family, society's base, has the special protection of the State. (...) § 7º Founded on the principles of human dignity and responsible paternity, family planning is a free decision of the couple, and it is a State's attribution the propitiation of educational and scientific resources for the exercise of this right, vetoed any coercing form taken by official or private institutions".

According to the National Plan for Combating Microcephaly, the use of repellents is frequently cited as a preventive strategy; nonetheless, there was no free distribution of this product. "In times of public health crisis, mainly provoked by the ZIKAV, repellents are a basic prerequisite for healthy gestation and, therefore, must be comprehended as a 'means of conception' which, according to article 9 from Federal law nº. 9.263/1996 composes the right to family planning."[495]

Regarding Brazil's omission about the possibility of interrupting pregnancy as a public policy offered for ZIKAV-infected women, ANADEP demands that articles 124, 126, and 128, I-II of Brazil's Criminal Code are interpreted according to the 1988 Federal Constitution.[496] The advisory opinion from the Global Health Justice Partnership (GHJP), from Yale University, which is part of the ADI, highlights Brazil's omission regarding public policies about health reproduction:

> Such as the HIV/AIDS epidemics, effectively combating ZIKAV will demand from the Brazilian government working within the diverse socio-cultural context to evaluate the needs of vulnerable populations and to expand the health resources available for them. The Protocol [of Health Care and Response to the Occurrence of Microcephaly] adequately recognizes the importance of the use of contraceptives; also, it recognizes the importance of men during pregnancy. However, it does not show a comprehensive understanding of the social context to adequately face the ZIKAV epidemics in a manner that offers support to Brazil's compromises with public health and human rights objectives. Specifically, the Protocol ignores the complex realities associated with women's reproductive decisions. It does not explain practical challenges that many individuals, especially poor women, face when they try to obtain contraceptive methods. Nor does it make any mention of abortion, legally available or not. To improve public health and human rights, the Protocol has to be based upon women's life experiences instead of theoretic solutions. Furthermore, the exclusion of covering alternatives to health reproduction demonstrates once again that the Brazilian Protocol neglects international obligations that protect.[497]

---

[495] Idem.

[496] Art. 124 – To provoke abortion against yourself or to consent abortion against yourself: Sanction – detention, one to three years. Art. 126 – To provoke abortion with the consent of the impregnated person: Sanction - reclusion, one to four years. Single paragraph – The same sanction from the latter article is applied if the pregnant person is not older than 14-years-old or if she suffers from mental conditions, or if the consent is obtained through fraud, grave threat or violence. Qualified figure. Art. 128 – Abortion is not punished if practiced by a doctor: Necessary abortion I – if there is no other way to save the life of the pregnant person; Abortion if impregnation is the result of rape II – if the pregnancy is the result of rape and if abortion is preceded by the consent of the pregnant person or, if unable, from the legal representative.

[497] Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5581**...

Within the context of ZIKAV-infected pregnant women, the possibility of legally interrupting pregnancy is supported by Brazil's Supreme Court (STF) jurisprudence and by interpretation according to Constitution (articles 23, I, 24 and 128, I, II, from Brazil's Criminal Code).[498]

In the case of the ZIKAV epidemics, "pregnancy was converted into a helpless wait, similar to a permanent state of mistreatment."[499] "We are talking about nine months of helplessness and, if the future child is born with neurological disorders provoked by the congenital syndrome of the ZIKAV, it begins a long way of singular health needs and accessibility that are not guaranteed as rights".

ANADEP argues that the "the situation of pregnant women diagnosed with the ZIKAV is covered by article 128, I, Brazil's Criminal Code as a specific state of necessity or, under articles 23, I, e 24 from the same Code, as the state of necessity as a general excuse."[500]

When debating interruption of pregnancy, there is a real possibility that constitutional principles collide against each other; however, life is not an absolute right and there is no superior hierarchy when comparing life and other rights. In the case of pregnant women infected by the ZIKAV, there is right to a dignified life, which presupposes the right to decide if pregnancy must go on or not, since it may cause a lot of suffering.[501] On the

---

[498] The congenital syndrome of the ZIKAV, after some gestations, causes the impossibility of other pregnancies due to the death of the embryo or the fetus. Under these situations, the possibility of interrupting pregnancy is perfectly covered by the precedent ADPF nº 54, *verbis*: "**Abortion is a crime against life.** It protects potential life. Speaking of anencephaly, I reiterate, **there is no possible life.** According to Minister Joaquim Barbosa, when voting for the Habeas Corpus nº 84.025/RJ, the fetus that suffers from anencephaly, though biologically alive since it is composed by live cells and live tissues, is legally dead; **it does not profit from legal protection and, I add, it does not have legal-criminal protection**. In this context, interruption of the pregnancy of an anencephalic fetus does not establish crime against life – as the behavior is not covered by the description of the crime." (STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54, Relator Min. Marco Aurélio, Judged on 04/12/2012, Published on: DJe 30/04/2013). In: Idem.

[499] Idem. "Philosopher and research on disabilities, Doctor Eva Kittay, describes, in an opinion, the profound dilemmas and anguishes that ZIKAV-infected women suffer during pregnancy: though all children demand responsibility, care of children with disabilities imposes additional responsibilities. **These responsibilities are not necessarily unwanted, but they represent a significant burden on the mother and the family. I have already mentioned the eternal promise to take care, the expensive medical costs imposed by some disabilities when they represent health complications and the fact that extra care demands, at the same time, better wages from the mother, which generally is the provider of the child. Women are, as a general rule, the ones that work more to pay the extra costs**" In: Idem.

[500] Idem.

[501] "(…) life is not hierarchically superior to other rights", as widely demonstrated by Minister Marco Aurélio, ADPF nº. 54, *in verbis*: [...] the constitutionally protected interest of the fetus can collide with other constitutionally protected rights; consequently law cannot concede absolute prevalence for life since it would deny adequate protection to other rights. And it is exactly this vice of constitutional illegitimacy that, according to this Court, invalidates the current abortion regulation... (STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54, Reporter Min. Marco Aurélio, Judged on 04/12/2012, Published on: DJe

specific case of the ZIKAV epidemics, marked by uncertainties, anguishes and psychological suffering for all the affected women, it is reasonable to affirm that the epidemics provoke a state of necessity for the infected women; hence, abortion is a right of the woman to protect mental health.[502]

Thus, article 128, I, from Brazil's Criminal Code, must be analogically applied. Also, if one does not accept analogy with this article, "it is peremptory to conclude that ZIKAV-affected pregnant women are protected by the generic state of necessity (CP, art. 24), establishing a cause of preclusion of the illicit (CP, art. 23, I)."[503]

Finally, "pregnancy interruption must be authorized by a public authority when the State failed to prevent women's suffering, to prevent the mosquito eradication, when it did not provide pieces of information, when it did not promote the adequate preventive measures in the context of the epidemics; also, when it does not care about the women's and children's rights." Thus:

> Interpretation according to Constitution is an adequate measure to assure fundamental precepts when a) declaring unconstitutionality of the interpretation according to which gestation interruption for ZIKAV-infected women is criminalized by articles 124 and 126 from Brazil's Criminal Code or; b) conversely, declaring interpretation of articles 128, I-II, from Brazil's Criminal Code according to the Federal Constitution, judging constitutional the pregnancy interruption choice in favor of ZIKAV-infected women, since it is a specific preclusion case, and since it is a generic preclusion case from articles 23, I, and 24, from Brazil's Criminal Code, which establishes state of necessity with a current

---

04/30/2013)." "Furthermore, the mental health of the pregnant woman is under threat. This is exposed by Minister Marco Aurélio when he votes for the decriminalization of abortion for ZIKAV-affected women: it does not only recognize sexual and reproductive human rights, but also establishes the principle according to which "every human being has the right to enjoy the highest patterns of mental and physical health" (...). I refrained from ending such a suffering, women can develop, according to Doctor Talvane Marins de Moraes, representative of the Brazilian Association of Psychiatry *85+, "a grave psychiatric case leading to depression, disorder, post-traumatic stress and even suicidal attempts, since these women are not allowed to follow a chosen path"[86]. (...) it must be emphasized that this decision is only up to the affected woman. It is not a State's attribution to the balancing of values and feelings of strictly private order. (...)." In: Idem.

[502] "Doctor Ilana Löwy highlights, in her opinion (annex 17), that the recognition of the right to interrupting gestations in function of psychological suffering lived by pregnant women is a lesson from the medical history from other countries: Brazilian doctors do not have an answer for women's fears and they predict a constant growth of abnormalities related to the ZIKAV syndrome. When asked if women are authorized to recur to abortion, they usually answer that "abortion is a crime". At different times and places, doctors had different attitudes about women suffering, even when abortion was criminalized. There is a consensus, said in 1959 British obstetrician Bevis Brock, from St. Bartholomew Hospital, in London, that "when a pregnant woman had had rubella, she is conscious of the risks and she is ready to face them, so no one tries to convince her to accept a pregnancy. But she feels unable to confront the terrible anxiety of pregnancy if obfuscated by the fear of birthing a deaf or a blind child; hence, she must present strong convictions to refuse this demand". Strong convictions are also necessary — or the lack of compassion for the suffering of a pregnant woman." In: Idem.

[503] Idem.

> threat of health damage provoked by the ZIKAV epidemics and worsened by the State's negligence regarding the elimination of the vector. Hence, these are legitimate hypotheses of pregnancy interruption.[504]

Bearing in mind the mental anguish over reproductive issues, the ethical duties to minimize damage and to allow choices based upon beliefs and upon the concrete capacity of every single woman, woman's choice must cover a wide variety of options that includes alternatives ranging from contraceptives to pregnancy interruption.[505]

The action requires, "as a consequence, suspension of police investigations, suspension of prisons in flagrant, and suspension of current processes related to pregnancy interruption when it involves ZIKAV-affected pregnant until there is definitive judgment."[506]

FINAL CONSIDERATIONS

After analyzing the compiled data from the Health Ministry and the selected bibliography, Brazil's situation about microcephaly is crystal clear: it is a "poor's disease", the kind of illness that disproportionately impacts the most impoverished classes from the poorest regions.

It is also possible to apply the concept of "environmental racism" since black people are among the poorest races in Brazil. In other words, blacks suffer from the ZIKAV – and its consequences – the most.

Finally, ZIKAV tends to be a heavier burden for women. After giving birth, mothering microcephaly-affected babies means dealing with children whose necessities are expensive and time-consuming. Not uncommonly, those mothers lack the support of government policies and other family members. It is a vicious circle, since government absence is one of the main causes of the ZIKAV, ultimately because there is no adequate water supply coverage and health assistance.

---

[504] Idem.
[505] Op. Cit, p.17.
[506] Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5581**...

There is no sex education either the possibility of termination of pregnancy in these cases. There are reports of women being abandoned by husbands and mates who did not want to have children with disabilities. The abandonment, whether by the State or by men, increases the vulnerability of these women and children. The direct action of unconstitutionality that is processed in the Federal Supreme Court has not yet a date for judgment.

The biomedical perspective is surely relevant; nevertheless, it is far from complete. Combating the ZIKAV demands a broader perspective, able to apprehend Brazil's complexities and inequalities. Therefore, the only way to be successful against the ZIKAV is to understand the socioeconomic roots of it.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

BAUM, Paige. Et. al. Garantindo uma resposta do setor da saúde com foco nos direitos das mulheres afetadas pelo vírus zika. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 32(5), mai, 2016, p.3.

CARVALHO, Layla Pedreira. Vírus Zika e Direitos Reprodutivos: entre as políticas transnacionais, as nacionais e as ações locais. Cadernos de Gênero e Diversidade, v. 3, n. 2, Mai. - Ago., 2017.

DINIZ, Debora. **Vírus Zika e mulheres**. Caderno de Saúde Pública, Rio de Janeiro, n.32, maio, 2016.

DINIZ, Debora. **Zika**: do sertão nordestino à ameaça global. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. Ciência & Saúde Coletiva, 15(Supl. 1), p.959-966, 2010.

DREZETT, Jefferson; GOLLOP, Thomaz Rafael. O vírus Zika: uma nova e grave ameaça para a saúde reprodutiva das mulheres. **Reprodução & Climatério**, Rio de Janeiro, Elsevier BV, v. 31, n. 1, p. 1-4, 2016.

HELLER, Leo. Relação entre saúde e saneamento na perspectiva do desenvolvimento. Ciência & Saúde Coletiva, vol. 3, n.2, p.73-84, 1998.

IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, **Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2000/2008**. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv45351.pdf Acesso em: 02 fev. 2018.

IDH Médio dos Estados Brasileiros (Brasil 2017). Disponível em: < http://www.geografiatotal.com.br/2017/09/IDH-BRASIL.html> Acesso em: 06 fev. 2018.

DREZETT, Jefferson; GOLLOP, Thomaz Rafael. O vírus Zika: uma nova e grave ameaça para a saúde reprodutiva das mulheres. **Reprodução & Climatério**, Rio de Janeiro, Elsevier BV, v. 31, n. 1, p. 1-4, 2016.

NUNES, João; PIMENTA, Denise Nacif. **A epidemia de zika e os limites da saúde global**. Lua Nova, São Paulo, 98: 21-46, 2016.

Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico volume 46 n° 26-2015**. Disponível em: < http://portalms.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos> Acesso em: 06 fev. 2018.

Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico volume 46 n° 34-2015**. Disponível em: < http://portalms.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos> Acesso em: 06 fev. 2018.

Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico volume 46 n° 37-2015**. Disponível em: < http://portalms.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos> Acesso em: 06 fev. 2018.

Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico volume 46 n° 46-2015**. Disponível em: < http://portalms.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos> Acesso em: 06 fev. 2018.

Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico volume 47 n° 1-2016**. Disponível em: < http://portalms.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos> Acesso em: 06 fev. 2018.

Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico volume 48 n° 41-2017**. Disponível em: < http://portalms.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos> Acesso em: 06 fev. 2018.

Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico volume 49 n° 2-2018**. Disponível em: < http://portalms.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos> Acesso em: 06 fev. 2018.

Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5581. Relatora Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310227487&tipoApp=.pdf> Acesso em: 01 fev. 2018.

WHO. **Zika vírus**. Disponível em: < http://www.who.int/mediacentre/factsheets/zika/en/> Acesso em: 06 fev. 2018