

**REVISTA  
DE  
ESTUDOS  
JURÍDICOS  
*UNESP***

***UNESP – Universidade Estadual Paulista***

***UNESP – São Paulo State University***

**Reitor**

Prof. Dr. Pasqual Barretti

**Vice-Reitor**

Profa. Dra. Maysa Furlan

**Pró-Reitor de Pós-Graduação**

Profa. Dra. Maria Valnice Boldrin

**Pró-Reitor de Pesquisa**

Prof. Dr. Edson Cocchieri Botelho

**FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

**Diretor**

Prof. Dr. Murilo Gasparido

**Vice-Diretora**

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Nanci Soares

**Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito**

Prof. Dr. José Duarte Neto

**Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito**

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

**Conselho do Programa de Pós Graduação**

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Elisabete Maniglia

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Jete Jane Fiorati

Prof. Dr. José Duarte Neto

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Kelly Cristina Canela

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Luciana Lopes Canavez

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Doutoranda Ana Clara Tristão

Mestrando Eduardo Matheus Ferreira Lopes

*UNESP – Universidade Estadual Paulista*  
*UNESP – São Paulo State University*

**REVISTA  
DE  
ESTUDOS  
JURÍDICOS  
*UNESP***

eISSN 2179-5177

Revista de Estudos Jurídicos UNESP.	Franca.	a. 25, n.41.	310p.	2021.
-------------------------------------	---------	--------------	-------	-------

# REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS UNESP

## Conselho Editorial

- Alcir Gursen de Miranda (UFRR)  
Alejandro Rosillo Martínez (UASLP - México)  
Alejandra Leonor Pascual (UNB)  
Alfonso L. C. Caravaca (Univ. Carlos III-Madrid)  
André Guilherme Lemos Jorge (Fadisp)  
Antônio Alberto Machado (Unesp)  
Antônio Carlos da Ponte (PUC-SP)  
Antônio José Avelãs Nunes (Univ. Coimbra)  
Belinda Pereira da Cunha (UFPB)  
Carlos Eduardo de Abreu Boucault (Unesp)  
Celso Hiroshi Iocohama (UNIPAR)  
Cleide Calgaro (Universidade de Caxias do Sul)  
César Augusto de Castro Fiuza (PUC-MG)  
David Sanches Rubio (Univ. Sevilla)  
Débora Regina Pastana (UFU)  
Domingos S. D. da Silveira (UFRS)  
Eduardo Dias de Souza Ferreira (PUC-SP)  
Eduardo Pordeus (UFCCG)  
Ela Wiecko V. de Castilho (UNB)  
Elisabete Maniglia (Unesp)  
Esteban Juan Peréz Alonso (Univ. Granada)  
Esther Pomares Cintas (Universidade Jaén)  
Fabrício Bertini Pasquot Polido (UFMG)  
Fernando V. Velásquez (Univ. S. Arboleda)  
Gilberto Bercovici (USP)  
Gilsilene Passon Picoretti Francischetto (FDV)  
Guilherme Gouveia (UFJF)  
Jete Jane Fiorati (Unesp)  
João Paulo Capelotti (ISHS)  
José Duarte Neto (Unesp)  
José Luiz Borges Horta (UFMG)  
José Manuel Aroso Linhares (Univ. Coimbra)  
Kelly Cristina Canela (Unesp)  
Lucas Abreu Barroso (UFES)  
Luciano Vaz Ferreira (UFRGS)  
Luisa I. Borgarello (UNC – Argentina)  
Luiz Felipe Brandão Osório (UFRJ)  
Luiz Fernando Coelho (UFPR)  
Maria Cristina V. Blanco Tarrega (UFG)  
Maria Inmaculada R. Tapia (Univ. Granada)  
Maria Isabel C. Macias (Un. Carlos III – Madrid)  
Maria J. Jeleztcheva (Un. Carlos III – Madrid)  
Norman Palma (Univ. Paris VIII-Sorbonne)  
Pedro Sérgio dos Santos (UFG)  
Paulo César Corrêa Borges (Unesp)  
Renato de A. O. Muçouçah (UFU)  
Ricardo Prestes Pazello (UFPR)  
Riva Sobrado de Freitas (Unoesc)  
Rodrigo Reis Mazzei (UFES)  
Sérgio Salomão Shecaira (USP)  
Vânia B. Rey Paz (UFISM)  
Vera Regina P. de Andrade (UFSC)  
Victor Hugo de Almeida (Unesp)  
Yvete Flávio da Costa (Unesp)

## Corpo Editorial

- Diretor Científico e Editorial  
Prof. Dr. José Duarte Neto (UNESP)
- Editor-chefe  
Victor Luiz Pereira de Andrade (UNESP)
- Editora Adjunta  
Eduarda Camargo Sansão (UNESP)
- Editores Gerentes  
Ana Clara Tristão (UNESP)  
Matheus Conde Pires (UNESP)  
Maiara Motta (UNESP)  
Leonardo Eiji Kawamoto (UNESP)
- Editores Associados  
Guilherme Burzynski Dienes (UNESP)  
Kaique Souza Pedaes (UNESP)  
Maria Laura Bolonha Moscardini (UNESP)  
Marina Bonissato Frattari (UNESP)
- Editores Aprendizizes  
Mariana Pereira Siqueira (UNESP)  
Raquel Colózio Zanardi (UNESP)  
Theodoro Antonio de Arruda Mazzotti Busulin (UNESP)
- Comissão de Editoração (STAEPE/UNESP/Franca)  
Carlos Alberto Bernardes (UNESP)  
Sandra Aparecida Cintra Ferreira (UNESP)

Publicação Semestral - Solicita-se permuta

Endereço para correspondência :

Avenida Eufrásia Monteiro Petrágliã, 900 – Jardim Petrágliã CEP: 14409-160 - Franca –SP  
Endereço eletrônico / e-mail - publica.franca@unesp.br / posgraduacao.franca@unesp.br /  
rej.unesp@gmail.com

Revista de Estudos Jurídicos UNESP (Faculdade de Ciências  
Humanas e Sociais – Unesp) Franca, SP, Brasil, 1996 - 2021, 25-41  
eISSN 2179-5177.

## APRESENTAÇÃO

A Revista de Estudos Jurídicos Unesp (eISSN 2179-5177), vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP, publica, em seus números, trabalhos jurídicos na forma de artigos e resenhas, na linha editorial “Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania”, com destaque para uma das linhas de pesquisa: 1) Cidadania Civil e Política e Sistemas normativos; 2) Cidadania Social e Econômica e Sistemas Normativos; e 3) Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania.

O PPGDireito/UNESP/Franca, com seu curso de mestrado e com as bases sólidas almejando o doutorado, está comprometido com a pesquisa jurídica de excelência e seu compartilhamento com toda a comunidade científica, brasileira e internacional, propiciando o fomento de novas pesquisas e, principalmente, a acessibilidade ao resultado de pesquisas, concluídas ou em andamento, com alto índice de exogenia representativa por autores e coautores vinculados a conceituados centros de excelência científica, classificando-se no estrato Qualis Periódicos A2.

Neste número 41, encontram-se artigos relacionados às três linhas de pesquisa do Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP de Franca. Quanto à distribuição dos 11 (onze) artigos aprovados pelo Conselho Editorial, conforme as linhas editoriais, ficaram distribuídos como segue: 4 (quatro) artigos na LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS; 3 (três) artigos na LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS NORMATIVOS; 4 (quatro) artigos na LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA”.

A edição conta com contribuições de altíssima relevância no debate nacional, incluindo os trabalhos: “Transformações sociais e juridicidade do bloqueio de usuários no Twitter pelos presidentes Trump e Bolsonaro”, dos pesquisadores Danilo Henrique Nunes, Luiz Eugênio Scarpino Junior e Juvêncio Borges Silva; “O direito a ser esquecido ou direito ao esquecimento no direito digital brasileiro”, de autoria de Nathália Eugênia Nascimento e Silva e Jorge Barrientos-Parra; e “Desenvolvimento local como liberdade e foco nos atores: ferramenta de análise de políticas públicas para municípios brasileiros”, da professora doutora Regina Claudia Laisner.

Dedicamos nossos mais sinceros agradecimentos a todos os colaboradores da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, pareceristas e membros do Conselho Editorial, que contribuíram sobremaneira para a qualificação do periódico, bem como a todos os pesquisadores e demais

interessados na leitura e compartilhamento desta edição, cumprindo nossa função social como pesquisadores e cientistas, imprescindíveis nos tempos atuais.

**Prof. Me. Victor Luiz Pereira de Andrade**

Editor-Chefe da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP  
Doutorando do Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP

**Prof. Dr. José Duarte Neto**

Diretor Científico e Editorial da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP  
Membro do Conselho do Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP

## SUMÁRIO

### **LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS**

#### **ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO JUIZ DE GARANTIAS**

Lucas Mangolin Alves

Sergio Tibiriça Amaral

Marcelo Agamenon Goes de Souza .....13

#### **TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS E A JURIDICIDADE DO BLOQUEIO DE USUÁRIOS NO TWITTER PELOS PRESIDENTES TRUMP E BOLSONARO**

Danilo Henrique Nunes

Luiz Eugênio Scarpino Junior

Juvêncio Borges Silva.....33

#### **A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19) NO BRASIL: FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA A PROTEÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA E GARANTIA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS**

Sérgio Rodrigo Martinez

Carina Dysarsz da Cunha.....65

#### **ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA: UMA ANÁLISE DO IMPEACHMENT DE DILMA ROUSSEFF**

Marcelo Sevaybricker Moreira

Élber Antonielle Donizete Veronez.....97

**LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS  
NORMATIVOS**

**ENTRE O ESTADO E AFÉ: O PROCESSO DE FORMAÇÃO  
TERRITORIAL E A COBRANÇA DO LAUDÊMIO EM  
VITÓRIA DA CONQUISTA - BA**

Raquel Gomes Valadares .....145

**A CORPORATIZAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS  
COMO UMA FERRAMENTA DE COMBATE AO RENT-  
SEEKING**

Vinicius Klein

Maria Heloisa Charello .....161

**O DIREITO A SER ESQUECIDO OU DIREITO AO  
ESQUECIMENTO NO DIREITO DIGITAL BRASILEIRO**

Nathália Eugênia Nascimento e Silva

Jorge Barrientos-Parra.....185

**LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA  
CIDADANIA**

**DESENVOLVIMENTO LOCAL COMO LIBERDADE  
E FOCO NOS ATORES: FERRAMENTA DE ANÁLISE  
DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MUNICÍPIOS  
BRASILEIROS**

Regina Claudia Laisner.....217

**A PROVA PRIMA FACIE NO PROCESSO CIVIL  
BRASILEIRO E A MODIFICAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA**

Gilberto Fachetti Silvestre

Bruna Figueira Marchiori .....233

**REMIÇÃO POR ESTUDO PARA A (RE)INSERÇÃO SOCIAL: O DIREITO À EDUCAÇÃO SUPERIOR AO APENADO NO REGIME FECHADO**

Valmôr Scott Júnior

Vanessa Borges Carbonari .....253

**A IMAGEM COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE AUTÔNOMO**

Leonardo Estevam de Assis Zanini.....285



**LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS  
NORMATIVOS**



# ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO JUIZ DE GARANTIAS

## CONSTITUTIONALITY ANALYSIS OF GARANTEE JUDGES

Lucas Mangolin Alves\*

Sergio Tibiriça Amaral\*\*

Marcelo Agamenon Goes de Souza\*\*\*

---

\* Pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários em associação com Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (2019).

\*\* Graduação de bacharel em direito na Faculdade de Direito de Bauru - ITE (1981), mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília (1998); especialista em interesses difusos e coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (1999) e mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino (2003). Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE (2011). Professor titular de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito de Presidente Prudente da Toledo Prudente Centro Universitário (“Antônio Eufrásio de Toledo”) e de Direito Internacional Público e Direitos Humanos da mesma instituição; coordenador da graduação da Faculdade de Direito de Presidente Prudente (Toledo de Presidente Prudente); Professor do Programa de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino (ITE) - Bauru Mestrado e Doutorado em Sistema Constitucional de Garantias; membro do conselho editorial da Revista Intertemas (Presidente Prudente) e da Revista Intertemas Eletrônica; membro não residente da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; membro-fundador da Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

\*\*\* Doutorando em Direito pela Universidade Estadual Norte do Paraná - UENP. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru - SP e Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade do Oeste Paulista - UNOESTE de Presidente Prudente - SP. Graduado em Ciências Jurídicas - Direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” (ex-ITE) de Presidente Prudente – SP, onde atualmente é professor na disciplina de Direito Constitucional e Prática Jurídica Penal, professor Orientador de Monografia na Graduação e Pós-Graduação em Direito. É professor consultor AD HOC junto ao Conselho da Justiça Federal (Centro de Estudos Judiciários) em Brasília – DF para publicação de artigos na Revista CEJ. Professor avaliador de monografia no curso de Pós-Graduação no Curso do Professor Damásio de Jesus realizado via satélite. Foi Professor da Universidade do Oeste Paulista - UNOESTE e da Escola Superior de Advocacia - ESA de Presidente Prudente. Ex-Procurador e Ex-Assessor Especial Para Assuntos Jurídicos da Câmara Municipal de Presidente Prudente (2006/2010). Advogado da AGAMENON & CORREA ADVOGADOS ASSOCIADOS. Tem experiência na área de Direito Público com ênfase em Direito Constitucional, Direitos Fundamentais, crimes tributários, defesa do consumidor e casos de Planos de Saúde.

Artigo recebido em 30/06/2020 e aceito em 22/10/2021.

**Como citar:** ALVES, Lucas Mangolin; AMARAL, Sergio Tibiriça; SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de. Análise da Constitucionalidade do Juiz de Garantias. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 41, p. 13, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Juiz Natural. 2.1 Princípio da Imparcialidade. 2.2 Princípio da Indeclinabilidade da Jurisdição. 3 Juiz das Garantias, seus fundamentos. 3.1 Violações do juiz das garantias. 3.1.1 Ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e a interferência/ingerência na questão orçamentária dos estados federados. 3.1.2 Violação do pacto federativo. 4 Conclusão. Referências.

**RESUMO:** Pelo uso de metodologia racional-analítico estudou-se o juiz das garantias face aos princípios constitucionais, em principal o princípio do juiz natural, fazendo a análise das eventuais violações deste instituto jurídico, pontuando seus conceitos e fundamentos jurídicos, para que assim seja possível analisar a aplicabilidade constitucional do juiz das garantias no sistema jurídico brasileiro, para tanto a análise do princípio do juiz natural, como a ratio legis e aplicabilidade e implementação do instituto ao sistema jurídico vigente se faz imprescindível para a fixação de parâmetros da análise pretendida, sempre tendo em mente a observância aos dizeres constitucionais pátrios e aos preceitos jurídicos fundamentais.

**Palavras-chave:** constitucionalidade. juiz de garantias. juiz natural. juiz. princípios.

**ABSTRACT:** *By using the analytical-rational methodology studied the guarantee judges before the constitutional principles, in main the natural judge principle, doing the analysis of eventual breach of this legal institute, for that point your concept and legal elements, so that so by possible understand the constitutional application of the guarantee judges in the brasilian legal system, therefore are necessary understand the natural judge principle as ratio legis and applicability and implementation of the institute before the actual legal system, therefore indispensable to the setting of parameters for intended analysis, always looking to vernacular constitutional rule and to fundamental legal principles.*

**Keywords:** *constitutionality. guarantee judge. natural judge. judge. principles.*

## INTRODUÇÃO

O Direito sendo uma ciência é mutável.

Suas mudanças são traduzidas em inovações jurídicas, as quais em muitas das ocasiões são frutos de intensos debates anteriores à alteração, resultantes da própria discussão jurídica do tema alterado, noutras situações dá-se pelo anseio social, político ou ainda econômico, nestes são mudanças sem paradigmas, alterações que trazem ou criam debates às ciências jurídicas, que pelo bem ou pelo mal acarretam profundas alterações em toda esta ciência, afetando a vida em sociedade, afinal o direito é a ciência responsável por cuidar e dizer as regras vigentes em determinado período de tempo numa específica sociedade.

E de tempos em tempos ocorre no ordenamento jurídico grandes mudanças que trazem grandes inovações, porém de igual modo apresentam problemáticas, as quais podem ser benéficas, mas dada às próprias características inovadoras das alterações compete ao jurista, o cientista do direito, entendê-las e bem aplicá-las.

Por esse fator é de bom tom compreender as alterações legislativas propostas, principalmente aquelas que inovam determinados ramos do

direito que relegadas aos obscurantismos da inércia analítica desembocam em grandessíssimas problemáticas, destaca-se como ramo de fundamental análise o Direito Penal, vez ser este o ramo do direito que tem por função principal trabalhar com a mitigação institucional do direito à liberdade de locomoção, direito fundamental de primeira dimensão.

Ao exposto, propôs-se por este artigo acadêmico debruçar sobre a discussão de alteração ao sistema jurídico apresentada por legislação recente, porém suspensa por decisão do Ministro Luiz Fux do STF, a inovação esta que propõe a criação da figura do Juiz de Garantias, Lei nº 13.964/2019, e acrescentou os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F ao Código de Processo Penal.

Seguindo a linha de mutabilidade do direito e de plena possibilidade de assim sê-lo e fazendo uso de metodologia racional-analítica este artigo debruçou-se sobre o Juiz de Garantias para entender alguns pontos, tais como, o que vem a ser o juiz de garantias? Qual seu conceito jurídico? Qual sua finalidade no sistema jurídico atual? Fere algum princípio ou regra constitucional ou infraconstitucional? Mais especificamente, são colidentes a figura do juiz de garantias com o princípio do juiz natural? E com o princípio da identidade física do juiz?

Também foi realizado por este artigo a análise da viabilidade da adoção prática deste instituto ao sistema jurídico pátrio, pois nada adiantará sê-lo constitucional e até mesmo, eventualmente benéfico caso sua aplicação possa se tornar tumultuosa ou impossível de concretizar, como é levantado por críticos, bem como, segundo entendimento analisado quanto a possibilidade de interferir no próprio julgamento e no sentido de punição dos criminosos, principalmente aos envolvidos por corrupção como ocorre no caso da Lava Jato, além do que, se é capaz essa alteração legislativa restringir e/ou afetar de maneira indevida a atuação do Ministério Público nos moldes do conferido pela Constituição Federal/88 quanto a atuação no processo penal.

Deste modo, pretende fazer análise do que vem a ser o juiz de garantias e entendê-lo face aos dizeres constitucionais e sua aplicabilidade no sistema jurídico pátrio, para tanto adota, como já mencionado, metodologia racional-analítica.

## **1 JUIZ NATURAL**

Com a intenção de analisar ser constitucional ou não o Juiz das Garantias, adota como ponto de partida a análise do Juiz Natural, por

entender este trabalho ideal fazer a compreensão deste princípio por saber sê-lo o princípio pelo qual orienta todo o sistema jurisdicional pátrio.

Constitui o juiz natural um dos princípios jurídicos fundadores do conhecimento jurídico atual, por ser apontado por juristas, tais como Ada Pellegrini (2012, p. 61 *apud* FURTADO) e Eugênio Pacelli (2010, p. 39) como originário na Magna Carta de João-sem-terra de 15 de junho de 1215, Inglaterra.

Contudo a expressão atualmente utilizada (juiz natural) fora cunhada no art. 17 do título II da Lei Francesa de 24 de agosto de 1790, sendo consolidado pela Constituição Francesa de 1791.

Por nossa atual Constituição Federal (de 1988) este princípio está presente no art. 5º, inc. XXXVII (“não haverá juízo ou tribunal de exceção”) e inc. LIII (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”).

A importância deste princípio é posta como mais do que direito subjetivo da parte, este princípio constitui em verdade a garantia *ex lege* do exercício da jurisdição, como postulado nas regras jurídicas, intrínseco à própria idealização de jurisdição, sem juiz natural a função jurisdicional torna-se impossível (PELLEGRINI, 2012, p. 61).

Jorge Figueiredo Dias fundamenta este princípio em três aspectos (2013, p. 41):

- a) Ele põe em evidência, em primeiro lugar, o plano da fonte: só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência.
- b) Em segundo lugar, procura ele explicitar um ponto de referência temporal, através deste afirmando um princípio de irretroactividade: a fixação do juiz e da sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o facto criminoso que será objecto do processo.
- c) Em terceiro lugar, pretende o princípio vincular a uma ordem taxativa de competência, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente. Daqui a proibição de jurisdições de excepção, i.é., jurisdição *ad hoc* criadas para decidir um caso concreto ou um determinado grupo de casos, com quebra das regras gerais de competência; o que não se obstará à válida existência de tribunais especiais que a Constituição e as leis prevejam, mas proibirá terminantemente o desaforamento de qualquer causa criminal, bem como a sua suspensão discricionária por qualquer autoridade.

Estes três aspectos (apenas a lei poder instituir o juiz e fixar sua competência; a fixação do juiz e sua competência anteriormente ao fato

julgado; proibição de jurisdição de exceção) estão presentes em nosso sistema jurídico, por conseguinte está presente a figura do Juiz Natural.

Ao garantir-se, com o juiz natural a criação de cortes e a presença de magistrados antes de existente o fato a ser julgado, em sentido contrário, ao proibir-se a criação de cortes apenas após ocorrido o acontecimento juridicamente relevante, está-se a garantir a completa imparcialidade do magistrado, pois este já existe independentemente de precisar o Estado, por seu *ius puniendi* jurisdicioná-lo.

As Constituições dos Estados são as balizas pelas quais, do momento em que os Estados tomam o *ius puniendi* para si, determinam seu exercício, seus limites já estabelecidos, responsabilidades e capacidade de punir *ex lege*.

Maria Lúcia Karam (2005, p. 64-65) aborda esta temática:

O conteúdo básico do princípio do juiz natural, consistente no fato de que órgãos a quem se atribui o exercício de um poder do Estado só podem ser instituídos pela Lei Maior, determina a conclusão de que são as regras constitucionais sobre competência as que contêm valor de funcionar também com o escopo maior de, além de realizar a distribuição do exercício da jurisdição, legitimar este exercício, traduzindo e efetivando a garantia da presença no processo do juiz natural. Não sendo órgão pré-constituído, sem o que não estariam asseguradas suas indispensáveis imparcialidade e neutralidade, torna-se necessário que regras com sede constitucional determinem um âmbito para o exercício da função jurisdicional que são investidos aqueles órgãos.

O juiz natural é a instituição do poder de punir dos Estados por decorrência da lei e sua conseqüente delimitação em lei, sendo possível identificar seu agente aplicador, pessoa competente, para exercício da jurisdição, assim estabelecido pelas Constituições, pois em contrário foge-se do juiz natural.

Notório ao exposto é que o Juiz Natural influencia diversos outros princípios, em principal os que guardam relação com a jurisdição, isto por ser o princípio do Juiz Natural o que estabelece as balizas para o devido funcionamento da jurisdição, daí afirmar ser fonte de princípios vinculados a jurisdição, destaca-se o da Imparcialidade e o da Indeclinabilidade da Jurisdição, estes que serão abordados para a devida elucidação do problema proposto, Constitucionalidade do Juiz de Garantias.

## 1.1 Princípio da Imparcialidade

Este princípio também presente na Constituição Federal no art. 5º, XXXVII é garantidor do devido processo legal e do devido exercício da jurisdição exercida pelo juiz investido por lei, prescreve em alguma medida um dever negativo do juiz, ao propor que este deve não tomar parte, deve não ter pré-disposição à uma das partes da demanda.

Diz-se presente no inciso XXXVII do art. 5º da Constituição Federal que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (BRASIL, 1988), exatamente por o texto constitucional inadmitir tribunais constituídos após ocorridos os fatos julgados, no intuito de garantir a existência de juiz prévio (já concebido para análise daqueles casos dos quais seja competente) e que não esteja maculado com juízos prévios.

Nas palavras de Adelino Marcon a imparcialidade do juiz é entendida como o “equivalente a não tomar partido, não se posicionar o julgador nem a favor, nem contra o processado no feito criminal” (MARCON, 2004, p. 95).

Por outro lado, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, faz apontamento interessante quanto a não significar o dever de imparcialidade do juiz (de não tomar parte) ser/ter neutralidade, em seu entendimento imparcialidade e neutralidade são elementos distintos (COUTINHO, 2001, p. 31-33).

Para este autor o conhecimento é histórico e dialético estando desse modo o magistrado sujeito em assumir posicionamentos ideológicos inerentes ao desenvolvimento técnico que possui, uma vez ser seu conhecimento fruto de um resultado técnico da sociedade que o transmite e dialético por ser capaz de observar as condições materiais de seu tempo, não sendo o magistrado um indivíduo estranho ao convívio social e insuscetível à todas as informações e conhecimentos, como qualquer outro indivíduo é afetado por tais fatores.

Rui Portanova denota a importância da imparcialidade para a devida atuação jurisdicional, sendo aspecto “inseparável e inerente ao juiz não tomar partido, não favorecer qualquer parte, enfim, não ser a parte”. E continua, “quando o Estado tirou do cidadão o direito à justiça privada e ao desforço pessoal, deu-lhe um terceiro imparcial e independente para resolver seu conflito: o juiz. Assim, é direito fundamental do cidadão um juiz imparcial e independente” (2008, p. 79).

Sustenta-se que por não mais possuir o cidadão, em regra, o direito à autotutela<sup>1</sup>, deve ter acesso à um terceiro indivíduo, capacitado pelo Estado

<sup>1</sup> Não se está aqui a discutir o direito a legítima defesa, do desforço imediato etc.

e que represente este, para decidir suas questões, sendo imprescindível que seja imparcial, impossibilitado de tonar o resultado do decidido em favor dum dos polos, prejudicando o direito à um processamento adequado do outro polo da ação.

Face aos dizeres da importância desse princípio e da sua não confusão com neutralidade, vem-se a entender como juiz imparcial aquele que não tem decisão previamente formulada, antes mesmo de inqueridas todas as partes, imparcialidade é ausência de um juízo decisório, porém não significa alheio de neutralidade, ou seja, de posicionamentos ideológicos advindos de seu desenvolvimento técnico-científico.

## **1.2 Princípio da Indeclinabilidade da Jurisdição**

Previsto na Constituição Federal, artigo 5º, XXXV, prescreve que “a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988), traduz-se na impossibilidade do juiz investido em transferir sua capacidade de julgar outorgada pelo Estado para outro juiz, salvo as hipóteses de prevalência de regras de competência, ou ainda na impossibilidade do juiz investido em negar-se apreciar a lesão ou ameaça a direito, salvo hipótese prevista em lei.

Tourinho Filho, em mesma linha, prescreve “se a lei não pode impedir que o Judiciário aprecie qualquer lesão ou ameaça a direito, muito menos poderá o Juiz abster-se de apreciá-la, quando invocado” (TOURINHO FILHO, 2003, p.59).

Este princípio estabelece conduta negativa ao juiz de não se abster da função que lhe fora atribuída, mesmo que haja lacuna ou obscuridade na lei deverá apreciar a questão e proferir decisão.

Por ter o Estado extirpado o poder de autotutela e autocomposição do cidadão e outorgado a si (Estado) esta função, portanto, incongruente é abster-se de apreciar as questões que o cidadão necessite que sejam apreciadas, pois o contrário implica em violação a um dos mais fundamentais direitos, de ter dito seu direito.

## **2 JUIZ DAS GARANTIAS, SEUS FUNDAMENTOS**

O Instituto jurídico Juiz das Garantias é criado no Brasil pela Lei nº 13.964/2019, a qual estabeleceu em seu artigo 3º a inclusão e alteração dos arts. 3-A ao 3-F; 14-A; 28; 28-A; 122; 124-A; 133; 133-A e §5º, art.

157, todos do Código de Processo Penal, não sendo todavia, algo inédito no ordenamento jurídico, pois, ao que se sabe, sua origem remonta da década de 70 na Alemanha, sendo também implantada posteriormente na França e Portugal. Na América do Sul a Argentina também implantou este sistema na década de 90, mas, até os dias atuais não possui funcionamento em todo aquele País.

No caso específico do Brasil, são os artigos 3-A e 3-B os que apresentam um entendimento inicial do que vem a ser este instituto jurídico inovador do sistema normativo, o primeiro que vem a prever ao processo penal a divisão em fase investigativa e processual, necessitando cada qual um juiz competente e o segundo que prevê as competências, gerais, do juiz das garantias, prescrevem:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

Os incisos do art. 3 – B passam a elencar as atribuições deste juiz das garantias, ao todo são dezoito incisos, alguns contendo alíneas.

Sustenta Aras que “sua previsão serve ao aprofundamento do princípio acusatório de justiça criminal à garantia da presunção de inocência a partir do direito a um julgamento objetivamente e subjetivamente imparcial” (ARAS, 2020).

Pelo entendimento postulado, ainda que suscintamente, e pelo *caput* do artigo 3 - A e 3 – B está que este instituto constitui um juiz específico para atuar na fase investigatória, pré-denúncia, com a finalidade de salvaguardar a legalidade da investigação criminal e dos direitos individuais do investigado, noutras palavras, o intuito é ter juiz específico para atuar apenas na análise ao respeito dos direitos do investigado, por entender que único juiz atuante nessa etapa e o mesmo magistrado atuando em etapa processual teria sua imparcialidade maculada.

Estabelece um juiz para antes de existir processo ou da análise de sua admissibilidade. Nesse aspecto alguma relação guarda com a audiência de custódia. O artigo 3º-C estabelece categoricamente os limites da atuação do juiz de garantias no tempo, findando ao recebimento da denúncia.

Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

§1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.

Está delimitado, ainda mais claramente, a existência de dois momentos de apuração da culpabilidade do fato crime, 1. Relativo a investigação do fato típico e 2. Ligado ao processamento jurisdicional desse mesmo fato.

Por meio do Juiz de Garantias afirma-se por lei que a atuação do Poder Judiciário possui distinções entre a fase processual e a investigativa, a tal ponto que deve o juiz, atuante da fase processual “mantém-se afastado da investigação preliminar – como autêntico garantidor –, limitando-se a exercer o controle formal da prisão em flagrante e a autorizar aquelas medidas restritivas de direitos (cautelares, busca e apreensão, intervenções telefônicas etc.)” (LOPES, 2015, p. 119).

Ao passo o juiz investigador (inquisidor) é malucado com “prejulgamento quanto a provável autoria delitiva, sendo que esta ideia preestabelecida compromete sua imparcialidade para posterior julgamento da causa” (CFOAB, Requerimento de habilitação na condição de *Amicus Curiae*, na ADI nº 6.298/DF apud RISSATO, 2020).

Desse modo, está o Juiz de Garantias, ao menos em seu sentido de criação (*ratio legis*), revestido do intuito de proteger a imparcialidade do magistrado, garantindo-se a legalidade da investigação criminal ao mesmo passo que se respeita os princípios que norteiam o ordenamento jurídico (RISSATO, 2020).

Thamirys Costa Quemel Lima sustenta a importância de separar a atuação do magistrado em fase pré e processual (como entabula o art. 3-B) dá-se principalmente por “na fase de inquérito, durante a qual se tornam mais comum e, por vezes, mais graves as lesões aos direitos fundamentais das pessoas” (LIMA, 2017, p.15).

Defende Lima:

Destarte, a maior regulamentação legal da fase preliminar do processo torna-se imprescindível, tanto para garantir uma prova válida em julgamento, quanto, principalmente, para proteger os direitos e as garantias individuais das pessoas. O aumento da sofisticação criminosa também requer que os instrumentos que visam garantir os direitos

fundamentais sejam acurados, o que conduz a uma inevitável processualização do inquérito. Portanto, se torna indispensável que as decisões, nessa fase, sejam tomadas por um terceiro imparcial.

Argumenta, portanto, exatamente por ter a fase investigativa se aparelhado para enfrentar e investigar o crime organizado, faz essencial ter-se um processo o mais imparcial possível, para assim garantir o respeito aos direitos fundamentais do investigado e, talvez, futuro denunciado/processado.

Nota-se a flagrante defesa da imparcialidade do juiz na conceituação e criação do Juiz de Garantias, pois no entendimento postulado, o sistema atual gera a probabilidade maior de um juiz parcial (à acusar) ao decidir favoravelmente ou (à inocentar) desfavoravelmente medidas cerceadoras do direito à liberdade.

Sendo esta figura claramente inspirada na do juiz da instrução presente no sistema português (art. 17º do Código de Processo Penal [Português]) e no *giudice per le indagini preliminar* da Itália (art. 328 *del Codice di Procedura Penale*) (LIMA, 2017, p. 14/16).

Também, em alguma medida, tem respaldo nas Autoridades Judiciárias integrantes do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária da Capital de São Paulo, atuantes na fase de investigação criminal e persecução penal. Porém, não institucionalizada e estruturada *ex lege* como o é o Juiz das Garantias, nisso inova, e deve ser detalhadamente analisado.

Por mais que muito se diga garantir a imparcialidade dos magistrados, de fato o fará? Será que viola nalguma medida o princípio constitucional do juiz natural? Viola outro princípio? Qual?

Para tanto é necessário analisá-lo face ao estudado quanto aos princípios contidos na constituição para poder ter resposta.

## 2.1 Violações do juiz das garantias

Polêmico foi a criação e promulgação da Lei instituidora do Juiz das Garantias, tão logo fora aprovado tem-se já a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) (BRASIL, 2020b) ajuizando junto ao Supremo Tribunal Federal ação direta de inconstitucionalidade contrariamente a criação desta figura, ainda que o Ministro Dias Toffoli (GODOY, 2020; VIVAS; D'AGOSTINO, 2020) tenha suspenso liminarmente por 180 (cento e oitenta) dias<sup>2</sup> a implementação, portanto encontra-se com a aplicabilidade restringida.

<sup>2</sup> Há que destacar ter a decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli sofrido revogação

Segundo a entidade Conamp o juiz de garantias inviabiliza a atuação funcional, fere a autonomia do Ministério Público, como também contraria o sistema acusatório e os princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 6305 ajuizada pela Conamp sustenta-se que a lei em diversos dispositivos restringe e afeta de maneira indevida a atuação do Ministério Público conferido pela Constituição Federal/88 quanto a atuação no processo penal, e a lei, nos dizeres da entidade promotora da ADI, estabelece o instituto do juiz de garantias de forma contrária à própria essência deste.

Questiona-se a obrigação do Ministério Público ter que comunicar o juiz de garantias todo inquérito ou investigação instaurada, tal fato, autorizaria e conferiria ao juiz das garantias o poder de determinar *ex officio* o trancamento da investigação.

O estabelecimento pela lei de rodízios de juízes nas comarcas de vara única é também questionado, por ferir a autonomia das Justiças estaduais em definirem seu funcionamento.

Todos estes apontamentos da ADI mencionada não são, diretamente, alvo deste trabalho acadêmico, tais apontamentos deverão ser devidamente tratados pelo Supremo Tribunal Federal, a pretória corte quem proferirá ser ou não constitucional o instituo analisado face estes questionamentos válidos sob análise esmiuçada.

Embora o enfoque deste trabalho, fora o de analisar a constitucionalidade do instituto do juiz das garantias face ao juiz natural, nos limites abordados deste princípio, não esgotando o tema, muito mais deve ser abordado, vez que se propõe em analisar face aos princípios

---

quando da decisão, também monocrática, do Ministro Luiz Fux, quando este decidiu favoravelmente à concessão de medida liminar de suspensão dos efeitos de vigência da Lei questionada nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, tanto que o Min. Fux menciona o teor decisório da realizada pelo Min. Toffoli, *in verbis*: “Em 15.01.2020, o Ministro Presidente Dias Toffoli, no exercício do plantão judicial, concedeu parcialmente as medidas cautelares pleiteadas nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300. Eis o teor da parte dispositiva da decisão, *in verbis*: “[...] Conclusão: Pelo exposto, ante a urgência de análise liminar, tendo em vista a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19 no dia 23 de janeiro de 2020 (art. 20 da lei), concedo parcialmente a medida cautelar pleiteada, *ad referendum* do Plenário, para: [...] (ii) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, *caput*, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão; [...]” Por sua vez, a ADI 6.305, ajuizada em 20.01.2020, foi distribuída a este relator por prevenção e restou conclusa para a Vice-Presidência na mesma data, nos termos do artigo 13, inciso VIII, e do artigo 14 do Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal. (Grifo no original).” O inteiro teor da decisão pode ser encontrado no *site* do Supremo Tribunal Federal, identificado sob a ADI 6299.

constitucionais, porém ressalta-se que independente da conclusão analítica que se faça, restarão tantos outros questionamentos, todos válidos, principalmente por ser este instituto novo em nossa discussão acadêmica, principalmente sob a roupagem prática, ao que tudo indica demorará (se é que será posta) em prática, dada a decisão do Ministro Luiz Fux, conforme já dito em determinar por prazo indeterminado a suspensão da implementação deste instituto.

Face ao postulado como entendimento do que vem a ser o juiz natural, o juiz das garantias não o viola, diretamente, mas por consequência de má aplicação o poderá, não só este princípio amplamente tratado, como outros, mais suscintamente abordados neste tópico.

Impera, todavia, antes abordar quanto a razão matriz do intuito na criação do instituto. Entendido é por este artigo como *ratio legis* o de garantir a imparcialidade do magistrado julgador, princípio analisado neste trabalho acadêmico, porém passando adiante com a análise de outros princípios afetados por este instituto quanto a sua implementação prática.

### 2.1.1 Ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e a interferência/ingerência na questão orçamentária dos estados federados.

Como dito no tópico anterior houve por ocasião de duas decisões de dois Ministros do STF o adiamento da implementação do juiz das garantias.

A primeira decisão do Ministro Dias Toffoli adiou em 180 (cento e oitenta) dias a implementação do juiz das garantias, ao passo que a decisão do Ministro Luiz Fux adiou sem um prazo determinado a aplicabilidade, ou melhor, adiou até o julgamento final da ADI 6305.

Tais decisões ampliaram o prazo de 30 dias estabelecido pelo art. 20 da Lei 13.964/19, a contar da publicação oficial.

Assim se procedeu por reconhecimento de ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade da alteração legislativa, na medida em que causaria um impacto grandioso na autonomia e gestão administrativa e financeira do Poder Judiciário<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Nesse sentido argumentaram aqueles que impetraram com as medidas jurisdicionais de declaração de inconstitucionalidade quanto a existência de *periculum in mora* como apresenta em sua decisão o Ministro Luiz Fux, cf. segue transcrito: “No tocante ao *periculum in mora*, os autores das quatro ações sustentam que a lei entrará em vigor em prazo exíguo, de modo que o Poder Judiciário e o Ministério Público serão incapazes de promover, em tempo hábil, as necessárias reformas estruturais a fim de atender às novas exigências legais. Assim, ter-se-ia uma situação de completa insegurança jurídica e instabilidade institucional. (Grifo no original).” O inteiro teor da decisão pode ser

Quanto a razoabilidade o art. 8º da Lei Complementar 95/1998 prescreve “art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula “entra em vigor na data de sua publicação” para as leis de pequena repercussão” (BRASIL, 1998).

Pondera-se não só o amplo conhecimento, mas pela também possibilidade em implementar tal instituto em país continental como o Brasil, trinta dias de vacância são insuficientes para a implementação adequada deste instituto jurídico.

Pode-se assim afirmar ao ter a informação de que aproximadamente 20% (vinte por cento) das comarcas do país são constituídas por varas únicas, assim aponta notícia veiculada pelo Conselho Nacional de Justiça, “com apenas um juiz, sem substituto por mais de 60 dias” (HERCULANO, 2020) evidente que a imprescindibilidade de dois juízes por vara exigida pelo juiz das garantias implica, em medidas que importarão em maiores gastos ao Judiciário e aos estados federados. O citado aponta:

Os dados apontam também que apenas 19% das unidades judiciárias estaduais funcionaram durante o ano de 2018 com apenas um juiz, sem substituto por mais de 60 dias; enquanto nas varas únicas da Justiça Federal essa situação ocorre em 18% dos casos. O cálculo foi feito levando em consideração o número de dias que cada magistrado trabalhou nas unidades judiciárias. Foram contabilizadas as audiências realizadas e as sentenças proferidas por eles, independentemente do período que os magistrados atuaram, sejam eles de forma simultânea ou não, dentro da mesma vara. Foram descontados os períodos de atividade inferiores a 60 dias a fim de evitar o cômputo das substituições automáticas que ocorrem em razão de férias.

O Conselho Nacional de Justiça, informa ainda mais detalhadamente esta questão no Relatório dos Dados Estatísticos de Estrutura e Localização das Unidades Judiciárias com Competência Criminal, (TOFFOLI, 2020, p. 8) ao apresentar a Tabela 1 – Número de unidades judiciárias, é possível ter uma noção mais detalhada sobre a questão, porém fica evidente, que cada esfera do judiciário e dos estados federados terão que dispender de seu orçamento no cumprimento desta lei. Cita-se tabela:

---

encontrado no *site* do Supremo Tribunal Federal sob a ADI 6299.

**Tabela 1 - Número de unidades judiciárias**

Segmento de Justiça	Juízo Único	Criminal Exclusiva	Criminal Cumulativa	Não Criminal	Total
Justiça Estadual	1.920 (19%)	1.360 (14%)	1.620 (16%)	5.146 (51%)	10.046
Justiça Federal	196 (20%)	33 (3%)	198 (20%)	566 (57%)	993
Total Geral	2.116 (19%)	1.393 (13%)	1.818 (16%)	5.712 (52%)	11.039

Fonte: CNJ / DPJ. Módulo de Produtividade Mensal. Elaboração própria.

Visível a afetação em alguma medida na gestão financeira do Poder Judiciário, causando, portanto, violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade da alteração legislativa, incumbindo a entes em prazo restrito a implementação de instituto em um país continental, pois, com a adoção do juiz de garantias passa a ser imprescindível a existência de no mínimo 02 (dois) magistrados por comarca, um para fase investigatória, outro para fase processual, porém dada a ausência de parâmetros e dados não é possível aferir valores na implementação deste instituto, onde, por lógica, a primeira medida seria a realização de novos concursos públicos para magistrados, fato que onerará ainda mais o orçamentos dos estados-membros, sendo que ao final, tudo recairá nas costas do contribuinte, algo inadmissível diante da recessão financeira que assola não somente o Brasil, mas o globo em geral.

### 2.1.2 Violação do pacto federativo

A Constituição Federal de 1988 outorga ao pacto federativo o *status* de *cláusula pétreia* ao dispô-lo no rol do §4º do art. 60 que:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

Importa ainda destacar que o Pacto Federativo é princípio do Estado brasileiro, ou seja, fundamental para todo o sistema jurídico pátrio, por prescrever o art. 1º da Constituição Federal que o Brasil, enquanto país, é constituído por uma união “indissolúvel de Estados e Municípios e do Distrito Federal”. Esta previsão legal torna indispensável para a

continuidade do Estado e sua manutenção a federação, estabelece, portanto, o princípio da indissolubilidade da federação.

Pontua-se, para fins de elucidação, constituir pacto federativo a descentralização do poder do governo federal, erigindo *status* de igualdade entre todos os membros (União, estados e municípios e Distrito Federal), sendo todos autônomos entre si (art. 18, CF).

Há três níveis de poder, federal, estadual e municipal, todos autônomos e possuidores de capacidade de auto-organização e regramentos próprios, governo e administração também próprios. E, ao prescrever o art. 1º da Constituição Federal e estabelecer a Magna Carta tais disposições, implica que a interpretação das normas jurídicas deve ser feita em observância ao respeito da organização erigida, não colocando em hipótese alguma em risco a coexistência harmoniosa e solidária dos entes federados (AWAZU, 2012, p.79).

Há, desse modo, igualdade jurídica entre os membros da federação todos iguais e autônomos, sendo constitucionalmente capazes, na sua esfera de competência, escolher o destino de seus recursos financeiros, Roque Carrazza prescreve quanto a temática (CARRAZZA, 2019, p. 127):

Muitas vezes, norma federal contém mandamento “obrigando” os Estados a agirem de uma dada maneira, sobre determinado assunto. A ingerência, aí, é clara e configura, em nossa opinião, uma inconstitucionalidade irremissível. Os Estados, ainda que a Constituição lhes atribua uma tarefa, é que devem decidir quando e como desempenhá-la.

Ante este entendimento de ponto basilar para o sistema jurídico brasileiro, faz-se oportuno esclarecer constituir a legislação sobre a organização judiciária aos estados-membros elemento integrante da autonomia destes entes federados, isto dada a disposição legal do artigo 125, §1º da Constituição Federal:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§1º - A competência dos tribunais será definida da Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

O texto constitucional estabelece autonomia aos entes federados quanto a legislação de seus tribunais, compreendendo, portanto, aspecto da autonomia legislativa de cada ente da federação. Constituí elemento da

federação, logo acobertado pelo pacto federativo está, assim o sendo, as consequências jurídicas por sua violação são aplicáveis.

Quando a Lei nº 13.964/19 traz a previsão de que nas comarcas de vara única deverão os Tribunais instituir sistema de rodízio de magistrados, tudo para atender as disposições do juiz das garantias (art. 3º - D, parágrafo único da Lei nº 13.964/19) viola o pacto federativo, *cláusula pétrea* e fundamental para o Estado brasileiro e todos seus entes federados.

Cita-se o teor do dispositivo legal:

Art. 3º - D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo. Parágrafo único: Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.

Este dispositivo é violador do pacto federativo, pois a disposição legal em comento estabelece determinação de como os tribunais estaduais e do Distrito Federal deverão se organizar, restringindo abertamente a capacidade e autonomia outorgada pela Constituição Federal para os entes estaduais da federação, sem autonomia não há que se falar em federação, desse modo viola *cláusula pétrea* o parágrafo único do art. 3º - D da Lei nº 13.964/19.

Pelo que se denota, colocar em prática o juiz de garantias é algo impraticável dentro da sistemática de funcionamento do Poder Judiciário em nosso País, dentro das limitações impostas pelo seu tamanho continental, pela criação de despesas aos entes federativos, sem descrever de onde sairá este custeio, além de outros acima mencionados.

## CONCLUSÃO

Ao longo das páginas deste trabalho foi debatido o princípio do juiz natural e dois princípios dele decorrentes, foi feito também análise do juiz das garantias e as aplicações práticas deste instituto na forma que se apresenta, para desse modo ter uma análise constitucional de sua origem e implementação prática, tudo para saber se viola alguma diretriz constitucional analisada.

Diante do entendimento dos princípios trazidos à baila e tendo análise da *ratio legis* do instituto analisado fica evidente que o Juiz das Garantias visa à proteção da imparcialidade da pessoa julgadora face aos fatores externos que podem objetivamente afetar seu julgamento.

É a imparcialidade do magistrado elemento dos mais caros para o Direito, por sê-lo o fiel da balança julgadora, sem a presença de um terceiro pré-concebido para julgar que seja totalmente imparcial rompe-se não só com o princípio do juiz natural, como também com outro princípio do direito que é do devido processo legal.

Por desejar-se proteger a imparcialidade do magistrado que se criou a figura do juiz das garantias, pois parte-se do pressuposto de que a participação na tomada de decisões da fase investigativa corrompe o magistrado em seu juízo, tornando-o parcial (ainda que não em absoluto) para qualquer um dos polos (acusatório ou defensor), diante deste pressuposto, violador do princípio da imparcialidade, entende-se por bem a criação deste instituto, visando a garantia e da proteção da imparcialidade do magistrado.

Inegável haver razão na lógica argumentativa. Porém, há que se ponderar que talvez não afete a imparcialidade e sim a neutralidade do magistrado, todavia, não tendo este trabalho acadêmico se debruçado devidamente sobre esta questão não fará juízo sobre o tema, pondera, contudo, que o juiz das garantias não viola o juiz natural, apenas soma à imparcialidade do juiz e cria nova figura julgadora, em nada entende-se violar direitos e garantias fundamentais, ao contrário soma-se.

Deve-se, entretanto, admitir que viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, assim como o pacto federativo na forma analisada por este artigo científico.

A violação dos dois primeiros princípios dá-se pelo tempo inábil em implementar instituto que afeta direitos, reconhecidamente fundamentais, pois, em havendo vigência desse instituto sem a devida implementação ocorrerá de afetar-se em demasiado o direito em ter-se um juiz mais imparcial do que o anterior à nova legislação, violando-se desse modo o princípio do juiz natural e da imparcialidade.

Não se violaria apenas os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mas, por má aplicação, o próprio juiz natural. Por esse fator é louvável a medida do Ministro do STF, mediante o Ministro Luiz Fux, em adiar a vigência da Lei quanto ao juiz das garantias, ofertando tempo hábil para a estruturação do judiciário para que possa proceder com a devida implementação deste instituto jurídico.

Quanto ao pacto federativo o juiz das garantias, enquanto instituto, ao prescrever no parágrafo único do art. 3º-D da lei instituidora determinação aos demais entes da federação como devem organizar seus

tribunais, viola, como mencionado, o pacto federativo e a regra acobertada por ele, a da autonomia de organização judiciária estabelecida pelo §1º do art. 125 da Magna Carta brasileira.

O juiz das garantias viola preceitos, *ipso facto*, na forma de implementar, por ausência de estrutura do Poder Judiciário em aplicar devidamente este novo instituto, em interferência, ao juiz natural, ao orçamento dos estados federados, onde por essa razão viola os princípios evocados sendo desta forma acertada a decisão do Ministro Luiz Fux em postergar por tempo indeterminado a aplicabilidade deste instituto.

Diante destes aspectos, entende-se como inconstitucional a aplicação do juiz das garantias, face a sua aplicabilidade na forma prevista na lei, pelas violações analisadas, porém não diretamente face ao juiz natural, quanto a este é constitucional, na medida analisada.

## REFERÊNCIAS

ARAS, V. **Os prós e contras do juiz de garantias**. JOTA, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-pros-e-contras-do-juiz-de-garantias-14022020>. Acesso em: 14 fev. 2020.

AWAZU, L. A. F. **A importância da sustentabilidade do pacto federativo no Brasil e sua relação com o desenvolvimento nacional**. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2012. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082013-133748/publico/dissertação\\_luisawazu\\_versaoparcial.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082013-133748/publico/dissertação_luisawazu_versaoparcial.pdf). Acesso em: 27 jan. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 de fev. 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm). Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 de dez. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299 Distrito Federal.** Ministro Luiz Fux, publicação DJE 03 de fevereiro de 2020, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>. Acesso em: 4 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Associação Nacional dos Membros do Ministério Público ajuíza ação contra juiz de garantias. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 21 jan. 2020b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435151&ori=1>. Acesso em: 22 jan. 2020.

CARRAZZA, R. A. **Curso de Direito Constitucional Tributário, revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 99/2017.** São Paulo: Malheiros, 32. ed., 2019.

COUTINHO, J. N. M. **Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro.** Revista de Estudos Criminais, São Paulo, v.1, p. 26-51, ago, 2001.

FURTADO, M. N. **O Julgamento Colegiado de Juízes Instituído pela Lei 12.694/12 e o Princípio do Juiz Natural.** Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-02-2014/4-Natalia-Moura-Furtado.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

GODOY, M. G. Solução ou confusão? A decisão de Toffoli sobre a lei do juiz das garantias. **JOTA**, 22 jan. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/solucao-ou-confusao-a-decisao-de-toffoli-sobre-a-lei-do-juiz-das-garantias-22012020>. Acesso em 22 jan. 2020.

HERCULANO, L. C. **Juiz das garantias não é juiz para proteger criminoso, diz Toffoli.** Agência CNJ de Notícias, 03 de janeiro de 2020. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/juiz-das-garantias-nao-e-juiz-para-proteger-criminoso-diz-toffoli/>. Acesso em: 25 jan. 2020.

KARAM, M. L. **Competência no processo penal.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA, T. C. Q. **O Juiz de Instrução e a Proteção dos Direitos Fundamentais no Inquérito criminal.** Universidade de Coimbra, julho/2017.

LOPES JR, A. **Curso de Direito Processual Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCON, A. **O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2004.

PORTANOVA, R. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RISSATO, F. A. **Juiz de garantias e o devido processo penal**. JOTA, 2020. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/juiz-de-garantias-e-o-devido-processo-penal-17012020](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/juiz-de-garantias-e-o-devido-processo-penal-17012020). Acesso em: 20 jan. 2020.

TOFFOLI, D. **Dados Estatísticos de Estrutura e Localização das Unidades Judiciárias com Competência Criminal**. Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Relatorio-Estrutura-das-unidades-judiciarias-com-competencia-criminal\\_2020\\_01-09.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Relatorio-Estrutura-das-unidades-judiciarias-com-competencia-criminal_2020_01-09.pdf). Acesso em: 25 jan. 2020.

TOURINHO FILHO, F. C. **Processo penal**. 25. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIVAS, F.; D'AGOSTINO, R. Toffoli adia aplicação do juiz de garantias por 180 dias. **G1**, Brasília, 15 jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/15/toffoli-suspende-aplicacao-do-juiz-de-garantias-por-180-dias.ghtml>. Acesso em: 22 jan. 2020.

# TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS E A JURIDICIDADE DO BLOQUEIO DE USUÁRIOS NO TWITTER PELOS PRESIDENTES TRUMP E BOLSONARO

## *SOCIAL CHANGES AND USERS LEGALITY LOCK ON TWITTER BY PRESIDENTS TRUMP AND BOLSONARO*

Danilo Henrique Nunes\*

Luiz Eugênio Scarpino Junior\*\*

Juvêncio Borges Silva\*\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Direitos fundamentais de primeira dimensão: da liberdade de expressão. 3 Democracia, informação e pluralismo. 3.1 Ativismo digital em tempos de internet. 3.2 Mídias sociais e espaços de voz: consagração da pluralidade de pensamento. 4 Da atuação de políticos em mídias sociais: comunicação direta informal e/ou manipulação de massa. 5 Das possíveis limitações dos agentes políticos em redes sociais. 5.1 Pode Trump bloquear usuários do Twitter que discordem de seu posicionamento político? 5.2 Do bloqueio de mensagens do Presidente brasileiro Jair Bolsonaro. 6 Considerações finais.

**RESUMO:** A ascensão de novas mídias sociais com o advento da internet, como o Facebook, o Twitter e o Instagram geraram não apenas uma nova configuração social e comunicacional, mas também política. Partidos, políticos e movimentos sociais passaram a compreender a relevância das redes sociais para a sua popularização, gerando mais engajamento com o intuito de alcançar

\* Doutor e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto, do Centro Universitário Estácio - Campus Ribeirão Preto e da Universidade do Estado de Minas Gerais, UEMG - Unidade Passos/MG. Advogado e jornalista.

\*\*Doutorando pelo Instituto Universitario Sophia (Itália). Doutorando em Direitos Coletivos e Cidadania (UNAERP). Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania (UNAERP). Pós graduado “lato sensu” em Gerente de Cidades (FAAP), Direito Eleitoral e (UNISUL) e Gestão Jurídica de Empresas (UNESP). Professor na Universidade de Ribeirão Preto. Supervisor do Curso de Direito dos Núcleos de Ensino Prático e Extensão da Unaerp. Coordenador-Geral do Escritório de Assistência Judiciária da Unaerp.

\*\*\* Pós-doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2010), Doutor em Sociologia pela Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho - UNESP (2005), Mestre em Sociologia pela Universidade de Campinas - UNICAMP (2000), Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (1997), Graduado em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia de Passos - FAFIPA (1992), Especialização em Didática e Planejamento do Ensino Superior pela Faculdade de Filosofia de Passos - FAFIPA (1992). É docente titular a-m da Associação de Ensino de Ribeirão Preto e do Centro Educacional Hyarte - ML Ltda. É docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto.

Artigo recebido em 06/12/2021 e aceito em 19/07/2022.

**Como citar:** NUNES, Danilo Henrique; SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugênio; SILVA, Juvêncio Borges. Transformações sociais e a juridicidade do bloqueio de usuários no Twitter pelos presidentes Trump e Bolsonaro. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 41, p. 33, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

objetivos e fins políticos. O presente estudo tem como intuito analisar as novas perspectivas da democracia e da transformação social a partir da utilização das redes sociais, dando atenção inclusive para os limites na comunicação de agentes públicos, observando aspectos como a liberdade de expressão e a liberdade de informação. Foi realizada uma pesquisa bibliográfica com emprego do método hipotético-dedutivo que contou tanto com informações extraídas de diversas origens que ilustram as dinâmicas da participação política nas redes sociais. Os resultados da pesquisa contribuíram para pontuar e identificar a categorização de público e/ou privado de perfis em redes sociais de contas pessoais de figuras públicas, notadamente presidenciais, ilustrando os limites e possibilidades de uso de tais mídias para fins políticos com exemplos como a proibição do bloqueio e banimento de seguidores de Donald Trump pela Suprema Corte norte-americana e por sucessivas ordens restritivas envolvendo pessoas no entorno do presidente brasileiro, Jair Bolsonaro. Assim, juridicamente relevante é identificar que, mesmo perfis pessoais de mandatários podem ter o enquadramento de perfil institucional e público, passível de regulação estatal, notadamente quanto ao modo de usos e abusos.

**Palavras-chave:** democracia. redes sociais. ativismo político.

**ABSTRACT:** *The rise of new social media with the advent of the internet, such as Facebook, Twitter and Instagram generated not only a new social and communicational configuration, but also a political one. Parties, politicians and social movements came to understand the relevance of social networks for their popularization, generating more engagement in order to achieve political goals and ends. The present study aims to analyze the new perspectives of democracy and social transformation from the use of social networks, paying attention to the limits in the communication of public agents, observing aspects such as freedom of expression and freedom of information. A bibliographic research was carried out using the hypothetical-deductive method, which relied so much on information extracted from different sources that illustrate the dynamics of political participation in social networks. The research results contributed to punctuate and identify the categorization of public and/or private profiles on social networks of personal accounts of public figures, notably presidential, illustrating the limits and possibilities of using such media for political purposes with examples such as prohibition the blockade and banishment of Donald Trump's followers by the US Supreme Court and successive restrictive orders involving people around the Brazilian president, Jair Bolsonaro. Thus, legally relevant is to identify that even the personal profiles of representatives may have the framing of an institutional and public profile, subject to state regulation, notably regarding the mode of uses and abuses.*

**Keywords:** *democracy. social networks. political activism.*

## INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão no âmbito dos direitos fundamentais foi idealizada para limitar a ação dos governantes em favor dos governados, demarcando um campo no qual é vedada a intervenção estatal, assegurando ao cidadão a livre manifestação do pensamento (SARMENTO, 2006. p. 78). Segundo Sarlet (2012, p. 212) os direitos fundamentais devem ser preservados e analisados quanto à sua eficácia, postos que eles estão associados aos “direitos do homem” e à preservação da dignidade humana como um todo.

Esse mesmo entendimento é reafirmado por Barroso (2001, p. 118) que contempla que a liberdade é considerada um dos valores

essenciais para uma existência humana íntegra, ao lado do direito à vida e à integridade física. Ao analisar os incisos IV, IX e XIV do artigo 5º da Carta Magna de 1988 o autor conceitua a liberdade de expressão como a livre manifestação do pensamento, livre expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e como o direito de informação, sendo assegurado a todos os indivíduos o acesso à informação. Contudo, as questões relacionadas à liberdade de expressão (bem como de informação) assumiram novos contornos na contemporaneidade, uma vez que as pessoas passaram a se relacionarem entre si e a se comunicarem a partir das redes sociais mediadas pela *internet*, criando uma espécie de democracia virtual e atraindo movimentos sociais, partidos políticos e figuras com ambições políticas como um todo (CUNHA, 2014, p. 177). Afinal, como diria Boaventura de Souza Santos (2007, p. 326), está-se diante de uma “sociedade infodemocrática”.

Enxerga-se aqui um espaço que deva ser amplo, notadamente em assuntos que sejam do povo dentro da uma República. Não é dado (re) construir o republicanismo mediante mecanismos tendentes a limitar a comunicação e a transparência pública, mediante subterfúgios de medidas que importem discriminações e seleções dos destinatários das mensagens oficiais - como ocorrem atualmente nos pronunciamentos de mandatários, como Presidentes da República, em suas redes sociais. Não se admite que a linguagem que está dada seja produto de um “sujeito solipsista” que se arvora na possibilidade de construir o seu próprio objeto de conhecimento (STRECK, 2014), ou seja, que se convalide uma hermenêutica particular inautêntica de Presidentes que usem de redes sociais com notórios públicos e ainda assim queiram bloquear os usuários que lhes convenham.

O objetivo do presente estudo consiste na realização de uma análise sob as novas perspectivas da democracia (passando pelos aspectos relacionados à liberdade de expressão/informação e pelos direitos fundamentais) e da transformação social a partir do novo paradigma tecnológico, sobretudo ao considerar a participação de figuras políticas no âmbito das redes sociais. Os objetivos específicos foram definidos na seguinte disposição: a) analisar a liberdade de expressão a partir dos direitos fundamentais de primeira dimensão e a democracia, informação e pluralismo no âmbito dos direitos fundamentais de quarta dimensão, versando sobre o ativismo político na *internet* e sobre a transformação das redes sociais em espaços de voz e de consagração da pluralidade de pensamento; b) apresentar a atuação de figuras políticas nas mídias

sociais com uso de comunicação direta informal e manipulação em massa, verificando que as redes sociais não são utilizadas tão somente para a vitória em eleições, mas também pela comunicação de atos oficiais de governo; e, c) verificar as possibilidades de limitações impostas aos agentes políticos em redes sociais, sob as perspectivas da proibição de Donald Trump de bloquear e banir seguidores pela Justiça norteamericana e do bloqueio de mensagens por parte de Jair Bolsonaro.

O método adotado para a elaboração consiste no método hipotético ou dedutivo, o qual segundo Walliman (2015, p. 327) consiste em um modelo que identifica ou clarifica o tema, levanta hipóteses e representa suas implicações. Para a adoção desse método, será realizada também uma pesquisa de cunho bibliográfico, que conta com a visão de outros autores sobre os fenômenos aqui analisados, bem como informações publicadas em periódicos e imprensa, quando necessário.

## **1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO: DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Segundo Camin e Fachin (2015, p. 425) a Constituição Federal de 1988 previu um amplo rol de direitos fundamentais, uma teia normativa destinada à proteção do núcleo essencial da pessoa humana, conceituados como a categoria jurídica com o intuito de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. É possível abordar três dimensões (também sendo adotado o termo gerações por parte da doutrina, não considerado o mais adequado, pois leva à ideia de sucessão). Os autores apontam que os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles que surgem para a valorização do homem enquanto pessoa, sendo o ser humano titular de liberdades que atuam como limitações ao poder estatal.

Marmelstein (2008, p. 234) explica a origem das dimensões atribuídas originariamente a Karel Vasak:

Em 1979, Vasak foi convidado para proferir a aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo. Não tendo tempo para preparar a exposição, lembrou-se da bandeira francesa, cujas cores representam a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Fundamentando-se nisso, desenvolveu a teoria, objetivando, metaforicamente, mostrar a evolução dos direitos do homem.

Bonavides (2006, p. 523) afirma que são considerados direitos fundamentais de primeira dimensão os direitos civis e políticos que fizeram

parte da fase inicial do constitucionalismo ocidental e que continuam a integrar o rol de direitos das Constituições posteriores. Um exemplo de direito de primeira dimensão, nesse sentido, seria o direito à liberdade de expressão ao qual será dada ênfase no presente capítulo. Contudo, para aprofundar a discussão é necessário versar também sobre os direitos de segunda e de terceira dimensões.

Ainda segundo o autor supramencionado os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos, assim como os direitos coletivos ou de coletividades, que foram introduzidos no constitucionalismo de Estado Social, estando vinculados ao princípio da igualdade. Por fim, há ainda os direitos de terceira dimensão, os quais se enquadram “enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado, direitos metaindividuais, a exemplo (BONAVIDES, 2006, p. 569). É possível falar ainda em direitos fundamentais de quarta geração que, conforme assinalado por Bobbio (2004, p. 134), se constituem como direitos oriundos da pesquisa biológica, permitindo a manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo. Já para Paulo Bonavides (2006, p. 570), a quarta dimensão contemplaria a globalização e o direito à democracia.

Silva (2012, p. 426) contempla que os direitos fundamentais indicam o tratamento para situações jurídicas essenciais, sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e (por vezes) sequer sobrevive, adotando a terminologia direitos fundamentais do homem no sentido de que todos devem ser igualmente não apenas reconhecidos, mas efetivados de modo concreto e material.

Aprofundando a discussão do direito da liberdade de expressão no âmbito dos direitos fundamentais de primeira dimensão é possível afirmar que tais direitos foram idealizados para limitar a atuação dos governantes em favor dos governados, demarcando um campo no qual é vedada a interferência estatal e estabelecendo uma fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado (SARMENTO, 2006, p. 222). Enquadram-se neste rol, inclusive também as liberdades religiosa e de manifestação política.

De acordo com Silva (2000, p. 454) a liberdade de expressão contempla a liberdade de informação, aprofundando direitos, formas, processos e veículos que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão tanto do pensamento como da informação, sendo perceptível nos incisos IV, V, IX, XII e XIV do artigo 5º combinados com os artigos 220 a 224 da Constituição de 1988. A liberdade de expressão,

para Zambianchi Caetano (2016), se constituiu ao longo de toda a história humana, se desenvolvendo ao lado da própria democracia e sendo observada nas revoluções constituídas pelo homem. No entanto, um fato histórico fundamental precisa ser destacado no tocante às discussões que envolvem a liberdade de expressão ao longo do tempo, nos seguintes termos:

[...] a grande mudança acontecera nas Treze Colônias da América do Norte, mas com aproveitamento da doutrina estabelecida por John Locke e outros contratualista. Surgem o constitucionalismo, que é reflexo da luta por direitos na Inglaterra. Após esse acontecimento, em 1776, apareceram dois outros acordos que reafirmavam direitos e fortaleciam cada vez mais os ideais de uma vida humana com dignidade, respeito às liberdades individuais e garantias contra abusos, como é o caso da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia que propunha o direito de liberdade, a vida e a felicidade dos seres humanos. Assim como a Declaração de Independência dos Estados Unidos, que estabeleceu os ideais de igualdade [...]. Além disso, os dois documentos vão procurar estabelecer direitos oponíveis e efetivar uma democracia, com a liberdade de expressão e de religião. O modelo também vai ser usado na Europa, embora com outros documentos devido a construção com base no Iluminismo (ZAMBIANCHI CAETANO: 2006, p. 7).

Os ensaios e pesquisas que versam sobre a Liberdade de Expressão acabam, em maior ou menor proporção, se dedicando à Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América. Pacheco Vieira (2012, p. 2) aponta que a primeira Constituição do país “escrita em 1787, ratificada em 1788 e em vigor desde 1789, não previa originalmente uma declaração de direitos. As dez primeiras Emendas, propostas em 1789 pelo Congresso e ratificadas em 1791, introduziram o *Bill of Rights* americano”, de modo que a autoria das emendas é de James Madison, um dos “pais fundadores” dos Estados Unidos e principal redator da constituição, tendo influência da Declaração de Direitos Inglesa de 1689 e na Declaração de Direitos da Virgínia de 1776.

Ainda segundo o autor supramencionado, a Primeira Emenda afirma que o Congresso não irá elaborar nenhuma lei respeitando o estabelecimento da religião o proibindo o livre exercício do mesmo, sem abreviar a liberdade de expressão ou de imprensa e tampouco o direito do povo de se reunir pacificamente e de pedir ao governo uma reparação de queixas<sup>1</sup>. Tal dispositivo reconheceu estas liberdades, incluindo a liberdade

<sup>1</sup> Tradução livre do autor do presente estudo a partir do inglês: “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or*

de expressão, como direitos já existentes, os assegurando e perpetuando por meio de uma declaração que não permite que tais liberdades sejam cerceadas, não tendo o intuito de criar um novo direito, mas sim de resguardar o cidadão no gozo de um direito já estabelecido, formando um escudo que protege a liberdade de expressão e de opiniões.

Deste modo, a primeira emenda da Constituição norteamericana funciona como base para o país mais desenvolvido do mundo, defendendo a liberdade de expressão e vetando formas de censura no sentido de assegurar ao homem seu direito de primeira dimensão. Especificamente no caso brasileiro, conforme assinalado por Zambianchi Caetano (2016, p. 327), a liberdade de expressão foi “herdada” de textos internacionais encontrados nos tratados de direitos humanos ratificados pelo país, como a Declaração do Homem e do Cidadão, de 1789 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1984, que assegurou como um dever para todos os países de fornecer um direito para que todas as pessoas pudessem opinar, se expressar e se manifestar sobre qualquer assunto, assegurando ainda o direito de ser informado, de receber e veicular informações sem constrangimento, limites ou abusos.

Quando se trata em liberdade de expressão, por muitas vezes e erroneamente, se compreende uma liberdade que está voltada apenas para a livre manifestação do pensamento, deixando de lado o direito à informação e comunicação, que é retratada por Silva (2012, p. 432) como um dos pilares da liberdade de expressão. Ainda de acordo com Zambianchi Caetano (2016, p. 17) foi o Diploma Constitucional de 1988 que “garantiu os direitos às liberdades de expressão, inclusive como cláusula pétrea, estando positivados diversos dispositivos constitucionais que garantem ao cidadão o exercício desses direitos”, de modo que no inciso IV do artigo 5º encontra-se o direito à liberdade de pensamento, no inciso IX é encontrada a liberdade de expressão e no inciso XIV é previsto o acesso à informação, além do parágrafo primeiro do artigo 220, que trata da liberdade de informação de modo mais amplo. Assim, preconiza a vigente Constituição brasileira:

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 à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] IX - é livre a

---

*abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.*

expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (BRASIL: 1988).

E que:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (BRASIL: 1988).

Tem-se que a Liberdade de Expressão é um conceito bastante amplo e que está associado, inclusive, ao direito à informação. Superada essa abordagem inicial, serão abordados os direitos fundamentais de quarta dimensão, passando pelo ativismo político nas novas mídias e para a pluralidade de pensamento nas redes sociais.

## **2 DEMOCRACIA, INFORMAÇÃO E PLURALISMO**

Bobbio (2004, p. 256) em um primeiro momento constituiu os direitos fundamentais de quarta dimensão como direitos que se originam da pesquisa biológica, permitindo a manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo. Contudo, o conceito de direitos fundamentais de quarta dimensão, segundo Bonavides (2006, p. 377) são aqueles oriundos do direito à democracia, à informação e ao pluralismo, de modo que deles depende a concretização de uma sociedade aberta para o futuro envolvendo cidadania e a liberdade dos povos, legitimando a globalização política.

Silva (2016, p. 422) defende que ao longo da história os direitos fundamentais adquiriram relevância e consistência, gozando de prestígio atual e recente e legitimando, dentre outros direitos o direito à liberdade de expressão, o qual está associado às noções de democracia, informação e pluralismo defendidas por Bonavides (2006, p. 377).

Estes são os autores expoentes sobre o que se compreende sobre democracia, pluralidade e informação como evolução das dimensões de direitos.

## 2.1 Ativismo digital em tempos de *internet*

Fonseca *et al.* (2019, p. 16) definem o ativismo digital como uma “ação articulada em prol de uma visão política sobre uma determinada causa mediada pelas novas tecnologias”, reconfigurando o ativismo tradicional em função do surgimento da *internet* e das novas mídias sociais. Os autores apontam que, na perspectiva do ativismo digital, as redes sociais digitais são instrumentalizadas como arenas políticas e comunicacionais nas quais são processadas discussões de interesse público, contando com visões distintas sobre determinado tema ou fenômeno social. Segundo Sorj (2011, p. 274) a *internet* se transformou na principal fonte de notícias, fornecendo não apenas uma mudança de veículo midiático, mas também de leitor e leitura, orientado pela busca de informações específicas e também na manifestação de pontos de vista sobre o debate público:

O impacto dos novos meios de comunicação tem ramificações que afetam a qualidade de vida, a educação, a noção de público e privado, as formas de construção de conhecimento, que exigem repensar o papel do Estado e das empresas, mas, sobretudo, conscientizar os cidadãos para que participem do debate público para que o futuro, em lugar de atropelar, possa ser construído coletivamente (SORJ: 2011, p. 28).

De acordo com Castells (2003, p. 114) os meios de comunicação são verdadeiras extensões do homem, de modo que o ciberespaço se transformou em uma “ágora eletrônica global em que a diversidade da divergência humana explode numa cacofonia de sotaques”.

Pérez Luño (2004, p. 117) apresenta em sua obra o conceito de teledemocracia, que consiste em um espaço para o exercício responsável e solidário, em que os (*ciber*) cidadãos se encontrem predispostos a se considerarem enquanto membros da comunidade digital. Sob essa perspectiva, é relevante recorrer aos ensinamentos de Lewis, Gray e Meierhenrich (2014, p. 23) os quais analisaram o ativismo digital nas redes social, destacando o potencial transformador e até mesmo democratizante das novas mídias sociais, inclusive quando utilizadas como ferramentas de mobilização, com o uso reconfigurado a partir do engajamento de indivíduos que possuem visões sociais, políticas e ideológicas que acabam criando movimentos contundentes no mundo digital, produzindo inclusive efeitos no mundo real. Ora, o ativismo digital é uma perspectiva democrática que está associada ao engajamento e à participação dos seres humanos

na *internet*, sobretudo ao considerar o cenário de redes sociais como o *Facebook*, o *Twitter* e o *YouTube*. Ademais, as redes sociais também se constituíram como ferramentas de acesso à informação, permitindo o compartilhamento de notícias e o seu consumo de um modo célere.

Bulegon (2019, p. 234) realizou uma análise do contexto atual do ativismo digital na *internet*, contemplando que as ações coletivas conferem a possibilidade de construção de ações diretas e coletivas imbrincadas em práticas sociais e comunicacionais específicas, sendo esse um ambiente convidativo para os ativistas: o ativismo digital potencializa um espaço de cidadania e democracia na construção a partir da qual os internautas se transformam em atores sociais na medida de acesso à rede e na criação de processos de comunicação que escapem das mensagens pré-construídas moldadas pela grande mídia.

Ainda de acordo com a autora supramencionada, o ciberativismo consiste em uma forma de apropriação dos recursos da *internet* para fornecer o suporte para movimentos sociais, difundindo informação e promovendo a discussão de ideias de modo coletivo, propondo ações que partem dos diálogos articulados e construídos na rede. As redes sociais foram um verdadeiro “*turning point*” para o ativismo digital: a popularização e o amplo acesso destas ferramentas digitais fizeram com que os ativistas direcionassem sua utilização para fomentar o engajamento por lutas e práticas políticas. O ativismo digital, pode ser caracterizado como a mobilização e a participação política na *internet* e sobretudo nas redes sociais. Ferramentas digitais que outrora eram utilizadas para entretenimento e para fins comerciais acabaram se tornando instrumentos a partir dos quais as pessoas podem fazer uso do seu direito à liberdade de expressão e à participação política para mobilizar outras pessoas para uma direcionada causa. Todo e qualquer movimento político desencadeado nas redes sociais pode assim ser um movimento de ativismo digital.

## **2.2 Mídias sociais e espaços de voz: consagração da pluralidade de pensamento**

Como visto, as redes sociais se transformaram em um grande palco para a movimentação político-social e para o ativismo digital como um todo. Rocha e Ferreira (2011, p. 65) apontam que o ambiente digital se apresenta como um ambiente de cooperação e participação, gerando um fenômeno social onde participantes produzem e distribuem conteúdos com base em uma cultura de comunicação aberta. Trata-se de um novo

modo de produção do conhecimento de modo difuso, contextualizado e não planejado, que permitiu ao ativismo ir além de si mesmo e ofereceu oportunidade ao espaço cívico virtual para se constituir em um nível mais alto de participação pública, com maiores grupos de indivíduos que teriam acesso a conjuntos maiores de informação, conhecimento e compartilhamento de experiência.

Oliva e Antonialli (2018, p. 45) destacam que o pluralismo como manifestação da liberdade é um fundamento essencial do funcionamento do jogo democrático, pressupondo que todos estimem e respeitem as opiniões uns dos outros, reconhecendo a existência de diferentes manifestações, objetivos e aspirações. Deste modo, as redes sociais na contemporaneidade se transformaram em espaços que promovem a inclusão de vozes silenciadas e o pluralismo de pensamento, motivo pelo qual se consolidaram como ferramentas perfeitas para sua apropriação por parte dos ativistas digitais, fazendo uso de recursos tecnológicos para o exercício da liberdade de expressão. Entretanto, não se deve constituir a *internet* como um espaço amplamente plural, não enviesado e manipulável, suscetível a usos de algoritmos, robôs, e outras ferramentas para turbar um puritano conceito de livre circulação de ideias. A facilitação da construção e pós-verdades, a disseminação de *fake news* como método de construção da linguagem e da informação não podem ser olvidadas dentro deste espaço virtual.

### **3 DA ATUAÇÃO DE POLÍTICOS EM MÍDIAS SOCIAIS: COMUNICAÇÃO DIRETA INFORMAL E/OU MANIPULAÇÃO DE MASSA**

De um lado, as mídias sociais se popularizaram como um espaço voltado para a sociedade civil e para os ativistas digitais, para empresas da iniciativa privada e mesmo para órgãos públicos. De outro lado, foi possível observar um novo fenômeno recente: a ampla participação de figuras políticas nas redes sociais. Uma vez que o eleitorado passou a se concentrar nessas plataformas, foi um processo natural que atraiu os políticos para esses ambientes digitais, se comunicando melhor com seu público, fidelizando eleitores e atraindo novos simpatizantes das bandeiras defendidas por eles.

Em estudo produzido sobre as campanhas eleitorais nas redes sociais na corrida presidencial de 2014, Massuchin e Tavares (2015, p. 77) verificaram que, ainda que as mídias sociais não supram plenamente todas as necessidades relacionadas ao financiamento de campanha, elas

se transformaram em veículos importantes que passaram a ser explorados por figuras políticas, por permitirem ser um fluxo diferenciado e direto de comunicação entre político e cidadão. Em seu estudo intitulado “*Politics on Twitter: a comparison between Donald Trump and Justin Trudeau*”, Pacheco (2020) revela que o presidente norte-americano descobriu o “segredo” para a utilização do *Twitter* como instrumento político, o que fez com que ele continuasse mantendo o engajamento e atraindo novos seguidores mesmo após as eleições de 2016.

Na última década surgiu uma série de candidatos até então desconhecidos pelo grande público, os quais fizeram uso estratégico das redes sociais para cativar o eleitorado, em um movimento de rápida ascensão, superando inclusive figuras políticas tradicionais que contavam com recursos para campanha como tempo de televisão, enfatizando o papel indispensável das redes sociais nessa nova configuração política. Esse paradigma de participação dos políticos nas redes sociais, no entanto, passou a se intensificar no ano de 2013, com movimentos populares aparentemente espontâneos que geraram engajamento nas redes sociais e motivaram uma onda de protestos e manifestações “fora das redes” em todo o Brasil (CUNHA, 2014, p. 765). O uso de redes sociais por figuras políticas, neste caso, não é necessariamente uma novidade.

O estudo de Ituassu *et al.* (2019b) analisou aspectos relacionados à comunicação política nas eleições de Donald Trump em 2016, nos Estados Unidos, e de Jair Bolsonaro, no Brasil, em 2018: Trump, por exemplo, realizou uma controversa campanha no *Facebook*, a qual inclusive foi acusada de ter desenvolvida práticas de desinformação e estratégias ilegais de *big data*; já no caso brasileiro, a eleição de Jair Bolsonaro foi centrada em mídias sociais, especialmente no *WhatsApp* e no *Facebook*, também passando por acusações de práticas de desinformação e automação. Mesmo controversas, tais campanhas pelas mídias sociais foram extremamente eficientes e culminaram na chegada ao poder das duas figuras políticas para o mais alto cargo político de seus países, respectivamente.

Os políticos passaram a compreender, sobretudo a partir das eleições que ocorreram entre os anos de 2016 e 2018 em todo o mundo que as novas mídias sociais são um caminho interessante a ser percorrido. Cumpre-se destacar, no entanto, que a utilização das mídias sociais por parte de políticos não se dá apenas nos momentos que antecedem as corridas eleitorais: as redes sociais como o *Facebook* e o *Twitter* acabaram fazendo parte do cotidiano de políticos ao redor do globo. No caso de Trump e

Bolsonaro, para exemplificar, os presidentes de Estados Unidos e Brasil fazem uso das redes sociais para comunicar as ações de seus governos de modo diário. No mesmo sentido, os opositores também fazem uso das redes sociais para cobrarem e criticarem a atuação dos governantes.

A utilização de redes sociais e atuação de políticos nessas plataformas, assim, não é algo que ocorre em um determinado quadrante político, mas sim um fenômeno generalizado que envolve não apenas políticos consagrados de direita, centro ou esquerda, mas também figuras que tenham ambições políticas e encontram nestas plataformas uma maneira de se comunicarem com a sociedade civil. Quando há ambição ou atuação política, desta forma, a utilização das mídias sociais passou a ser um imperativo. Os políticos, no entanto, não permanecem em uma única rede social, destacando-se em atenção ocidental: *YouTube, Facebook, Twitter, Instagram, WhatsApp, Telegram e Parler* (uma rede social plasmada do padrão do *Twitter* mas que se diz sem “censura ideológicas, partidárias ou política” embora permeada por integrantes de espectro político autointitulado “conservadores”).

Outro ponto que chama bastante a atenção nesse fenômeno de utilização das redes sociais por atores políticos consiste na utilização das mídias para a comunicação de atos administrativos, dispensando o rito institucional. Segundo Santos (2016) esse processo se tornou uma prática comum com a ascensão da política nas redes sociais: os políticos (e órgãos públicos que os representam) recorrem às mídias sociais para uma comunicação direta com o eleitor, trazendo para estes as ações tomadas, o cumprimento de promessas de campanha, dentre outros aspectos. Há, assim, um cenário político que foi completamente reconfigurado com o advento das mídias sociais e sua apropriação por figuras políticas: basta que o cidadão entre nos perfis e páginas dos atores políticos para se informar sobre as ações e inações, bem como para “cobrar” os representantes.

A desintermediação midiática encontra ressonância significativa em lideranças populistas, principalmente à extrema direita, como fenômeno de emancipação das elites, notadamente nos meios de comunicação tradicionais, cujas redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas, principalmente no *Twitter* (AGGIO, 2020, p. 387). Daí afigura-se a importância das redes sociais como espaço privilegiado para acesso à informação decorrente das autoridades que dela se valham, não apenas no período eleitoral, mas como método de comunicação ao seu público. A retórica de campanha desintermediada ganha continuidade com a assunção no posto eleito.

Por fim, para atender aos fins pretendidos pelo presente estudo, cumpre-se ainda destacar a Lei de Acesso à Informação (LAI - Lei nº 12.527/2011), que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.

Para Scarpino Jr. e Silveira (2014) essa legislação representa o sinal dos novos tempos, da rápida comunicação, da sociedade da informação, numa fase pós-moderna e enquanto instrumento concretizador da prescrição constitucional no aprimoramento da transparência dos atos públicos”. Pontuam ainda os autores que a “aproximação cidadão-Estado demanda deste último providências inequívocas no estabelecimento de um *accountability*, gerando reflexivos *inputs* e *outputs*. Tais procedimentos favorecem o exercício da cidadania, em uma expressão ativa, cobrando os atos de seus governantes, pressionando por políticas, questionando gastos injustificados, notadamente, no estreito controle e verificação da prescrição da moralidade administrativa”. Neste sentido, pois, as possibilidades de os cidadãos controlarem e terem contato com informações públicas (e de suas autoridades) passou a contar com mais este instrumento.

Diante de um maior entendimento sobre a atuação de figuras políticas no âmbito das mídias sociais, tem-se que a utilização das redes sociais por políticos não se dá em circunstâncias normais, uma vez que os políticos fazem uso de tais instrumentos também para a divulgação de informações essenciais ao cidadão. O que se espera de figuras políticas relevantes é que elas compreendam essa questão, evitando medidas de cerceamento da informação como os “bloqueios” das redes sociais, no entanto acontecimentos recentes como os bloqueios em massa de perfil de opositores e críticos do governo por políticos como Donald Trump e Jair Bolsonaro tornaram relevante discutir as limitações impostas aos políticos nessas novas mídias sociais. Aprofundar-se-á a juridicidade de uma autoridade como o Presidente da República poder bloquear em redes sociais determinados usuários, o que perpassa pela análise do caráter privado ou público da conta da rede social, bem como se existe previsão para atrair controle/limitação do uso por parte de quem ocupa uma função pública.

## 4 DAS POSSÍVEIS LIMITAÇÕES DOS AGENTES POLÍTICOS EM REDES SOCIAIS

A utilização das redes sociais por parte de agentes políticos passa por questões relacionadas ao interesse público e ao acesso à informação. Veja que o Estado tem o papel crucial na promoção de uma sociedade mais justa e igualitária (CHIPLE; PRAZERES, 2019, p. 32), revelando-se que acessar aos atos e comunicações públicas de autoridades, nas *ágoras* sociais da vida digital seria um direito ou um dever por parte dos canais das redes sociais dos Presidentes da República? Poderia um Presidente bloquear usuários que o critique ou discorde de seu viés político, mantendo apenas àqueles que lhe façam coro ideológico?

No presente capítulo serão discutidas as possíveis limitações dos agentes políticos nas redes sociais, exemplificando o caso “Trump” e o caso “Bolsonaro”.

### 4.1 Pode Trump bloquear usuários do *Twitter* que discordem de seu posicionamento político?

Uma reportagem publicada pelo consagrado jornal norte-americano *The New York Times* em 2019 afirmou que o presidente Donald Trump violaria a Constituição ao bloquear as pessoas em sua conta no *Twitter* por receber críticas dos cidadãos, indicando uma aplicação da Primeira Emenda para a era das mídias sociais. A matéria revela que uma vez que Trump faz uso do *Twitter* para conduzir e divulgar negócios governamentais, ele não pode excluir os cidadãos ou impedi-los de lerem suas postagens, bem como de engaja conversas e respostas por não gostar dos comentários, de acordo com o entendimento da justiça americana.

O Presidente dos EUA mantém o perfil @realDonaldTrump desde março de 2009 na rede social *Twitter*. Desde janeiro de 2017, Trump sua conta serve como canal de comunicação e interação de sua Administração. Em setembro de 2020, para se ter uma ideia, o perfil do presidente americano contava com 85,7 milhões de seguidores. Suas postagens contam com alto nível de engajamento, gerando milhares de respostas, compartilhamentos, num efeito cascata. Uma entidade denominada “Knight First Amendment Institute” ligada à Universidade de Colúmbia, que tem como missão defender a liberdade de expressão e de imprensa na era digital através da adoção de medidas judiciais, pesquisas e educação pública (KNIGHT, 2020), ingressou junto com sete usuários que foram bloqueados por Trump

(Rebecca Buckwalter, Philip Cohen, Holly Figueroa, Eugene Gu, Brandon Neely, Joseph Paap e Nicholas Pappas), por terem expressado opiniões que desagradaram o comandante norteamericano.

Em maio de 2018, a primeira instância na Justiça Americana (Corte Distrital do Sul de Nova Iorque), através da juíza Naomi Buchwald, decidiu que a conta do presidente era um espaço interativo, sendo um fórum público, cuja exclusão do acesso revelaria um inconstitucional e discriminatório ponto de vista.

Em 9 de julho de 2019, o apelo do Presidente Donald Trump e do Diretor de Mídias Sociais da Casa Branca e Assistente do Presidente foi negado pelo Segundo Circuito da Corte de Apelação dos Estados Unidos. A conclusão dos julgadores em segunda instância foi a de que, a primeira emenda da Constituição norteamericana não permite que uma autoridade que utilize as redes sociais de todas as formas com propósitos oficiais de excluir pessoas de qualquer espectro ideológico do diálogo online, por expressarem visão que desagrada a autoridade. Vale dizer que o bloqueio de um usuário o impossibilita de acompanhar as postagens e repostagens originadas do perfil que o bloqueou.

Desde a apresentação pública da conta do Trump, que assevera ser o quadragésimo quinto presidente dos Estados Unidos, além das fotos do mesmo engajado em compromissos como assinatura de ordens executivas, acompanhamento em missões oficiais, com vários Chefes de Estado, são fatos que evidenciam o caráter publicista do uso. O próprio Trump autorizou que o Diretor de Mídias Sociais da Casa Branca a usasse para anunciar medidas públicas e oficiais do Governo. Na Apelação, os julgadores destacam que em junho de 2017 o Secretário de Imprensa da Casa Branca, Sean Spicer, em uma declaração pública, disse que as postagens de Trump deveriam ser consideradas como declarações oficiais do Presidente dos Estados Unidos. Destacaram ainda que o Arquivo Nacional, uma agência do governo responsável por manter as gravações governamentais, concluiu que os tweets do Presidente eram gravações oficiais.

Os autores da demanda que foram bloqueados pelo Presidente (não se incluí o Instituto da Universidade) reclamaram da falta de acesso a dados derivados das postagens do Presidente, tornando inviável de acompanharem e interagirem com as postagens associadas ao Presidente. A Corte de Apelação não reconheceu o argumento da defesa de Trump que sustentava que o bloqueio de usuários se trataria de uma questão não abrangida pela Primeira Emenda, por se tratar de uma conta pessoal, e que tal ato não

tinha conotação de ato oficial. O argumento foi refutado pelos Juízes, que concluíram que, uma vez tendo o Presidente escolhido uma plataforma social e a abre como espaço interativo para milhões de usuários e participantes, não poderia seletivamente excluir aqueles de cuja visão discorda.

O motivo do bloqueio se deu pelo fato de que o Presidente fora criticado pessoalmente ou por sua visão política. Para a defesa de Trump, o perfil não perdera o caráter de privado (sendo sua conta pessoal desde 2009) e não era um espaço controlado pelo governo, sendo local para expressar sua opinião sobre cultura popular, assuntos mundo afora e política. Os julgadores do Segundo Circuito fundamentaram nas evidências de uso público de seu *Twitter*, inclusive com repostagens do perfil oficial @potus, que seria o perfil “oficial” do Presidente Trump, além do fato de ser canal diário de comunicações e interações com o público sobre sua administração.

Disseram ainda na decisão de segunda instância, que o fato de usuários de Twitter poderem bloquear outras contas não significaria que o Presidente se tornaria uma pessoa privada quando ele assim quisesse. O uso da conta e a forma como Trump e seus subordinados conduzem essa rede social são fatores que levaram a concluir que tal perfil não é privado. Isso não quer dizer que toda autoridade possui equiparação a uma conta governamental, a depender da descrição oficial e do uso da conta, bem como a forma com que as autoridades oficiais e agências cuidam e tratam desta conta.

Decidiram ainda que os autores da demanda não teriam o direito de serem ouvidos em seus discursos pelo Presidente, entretanto, a restrição da visualização no caso limita a capacidade de conversarem com outros usuários que podem estar falando com ou sobre uma postagem do Presidente. Ou seja, há limitação da possibilidade de engajamento derivada das postagens de Trump àqueles que estão por ele bloqueados. Há sim violação da Primeira Emenda quando o Presidente usa a função de bloquear para excluir os autores da demanda e.m razão do discurso desfavorável, decidiram os julgadores.

Os juízes do Segundo Circuito, Parker, Hall e Droney, concluem a discussão com a seguinte passagem: “Ao resolver este recurso, nós lembramos aos litigantes e ao público que se a Primeira Emenda significa alguma coisa, significa que a melhor resposta ao discurso desfavorável em questões de interesse público é mais fala, não menos”. Em 20 de agosto de 2020, a Administração de Trump peticionou à Suprema Corte dos Estados Unidos para reverem a decisão da Corte de Apelação. O Diretor Executivo do “Knighth Institute” Jameel Jaffer sustenta que a Suprema

Corte deve rejeitar a petição da Casa Branca e deixar ileso a cuidadosa e bem solucionada decisão da Corte de Apelação.

Vale dizer que, segundo o processo, o Presidente desbloqueou as sete pessoas envolvidas no processo inicial enquanto o caso estava pendente de Apelação (Marimow, 2019) – o que não obsteu a continuidade da discussão da legalidade do ato. Mas advogados dizem que a Casa Branca se negou a desbloquear aqueles que não se conseguem identificar qual tweet os levou ao bloqueio e outros que foram bloqueados antes de Trump tomar posse (Neumeister, 2020). Bloquear ou banir usuários, nessa perspectiva, seria uma tentativa de cerceamento da liberdade de acesso à informação, que se constitui como uma das premissas da liberdade de expressão na Primeira Emenda, a contemplar também o direito ao acesso à informação. Quando Donald Trump deixar a Casa Branca ele poderá voltar a bloquear usuários com os quais discorda no *Twitter*, porém, enquanto ocupar a cadeira presidencial, está vedada qualquer tentativa que possa cercear a liberdade de acesso à informação por parte de seus cidadãos.

O uso errático de Trump no *Twitter* gerou inclusive, suspensão pelo próprio provedor de aplicação, que removeu postagens desinformativas do mandatário americano em assuntos sobre Covid-19 (de que crianças seria “quase imunes” ao coronavírus), inclusive com bloqueio temporário da conta oficial da campanha da reeleição. O caso Trump não é isolado e foi exportado para *terra brasilis*.

#### **4.2 Do bloqueio de mensagens do Presidente brasileiro Jair Bolsonaro**

Donald Trump não é a única figura política que deliberadamente bloqueia seguidores nas redes sociais. No caso brasileiro, a popularidade de Jair Bolsonaro para a Presidência da República é também reputada como um fenômeno das redes sociais, notadamente por concorrer ao prélio por um partido político nanico, com mínimo tempo de propaganda eleitoral de TV e Rádio. Apostando na “utopia da desintermediação” (INNERARITY, 2012), a equipe de Bolsonaro ignora sua baixa densidade no *mainstream* comunicacional e aposta na comunicação direta via redes sociais com os eleitores – e depois, com o restante da população. Adota um tom comunicativo que já é evocado como “bolsonarismo” (GUIMARÃES, OLIVEIRA, 2020, p. 76), como movimento ligado a extrema direita (AGGIO, CASTRO, 2020, p. 232), autointitulada

conservadora, pautada no militarismo, protestantismo, rechaço aos direitos humanos e altamente mobilizada nas redes em conteúdos alarmistas e conspiratórios (CESARINO, 2019, p. 175). Se verifica na conduta de Bolsonaro uma tentativa de se aproximação em Trump, na lógica populista e de mobilização dos afetos (LACLAU, 2005). também nas redes sociais, através do bloqueio de jornalistas e opositores.

Jair Messias Bolsonaro possui conta da rede social *Twitter* (@jairbolsonaro) desde março de 2020 e na descrição se identifica como “Capitão do Exército brasileiro, eleito 38º Presidente da República Federativa do Brasil”, tendo em setembro de 2020 expressivos 6,6 milhões de seguidores que acompanham suas postagens diárias, contendo fotos oficiais, encontros públicos, divulgação de políticas e programas de seu governo, além de expressar sua opinião política sobre diversos temas. Firme na estratégia de deslegitimação dos meios de comunicação tradicionais, o Presidente se vale de uma estrutura comunicativa nas redes sociais para conexão direta com as massas (VISCARDI, 2020, p. 64) – seus apoiadores – procurando afastar os “inimigos”, seja em críticas, ofensas, quando não, bloqueando quaisquer tipos de críticos.

A matéria publicada no portal de notícias BBC em 13 de novembro de 2019 levanta a seguinte questão: Bolsonaro pode ser proibido de bloquear seguidores nas redes sociais, como Trump? A reportagem traz uma entrevista com a deputada federal Natália Bonavides (PT-RN), que se disse surpresa ao notar que foi bloqueada pelo presidente, uma vez que o esperado fosse que ele permitisse que o debate político se desse através das redes. A deputada foi bloqueada após responder com tom crítico a uma postagem publicada por Bolsonaro em agosto de 2019 e afirma que é sua prerrogativa (assim como de todo e qualquer cidadão) o ato de fiscalizar o presidente<sup>2</sup>.

Bonavides entrou com um Mandado de Segurança (n. 36.648) contra o Presidente no mês de agosto, em caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). No entanto, o Procurador-Geral da República (PGR), Augusto Aras, se posicionou a favor de Bolsonaro, que afirmou que não é de competência de órgãos oficiais a administração da conta do presidente no *Twitter* e que as publicações de sua conta não são submetidas ao princípio constitucional de publicidade dos atos administrativos<sup>3</sup>. Disse o PGR em

<sup>2</sup> Da BBC: “Além de ser uma conta que divulga informações sobre a atividade institucional do mandato do presidente, sou uma parlamentar. Tenho a prerrogativa de fiscalizar o que ele faz e analisar o que posta em relação a viagens oficiais, projetos de lei que o Executivo vai enviar ao Congresso”, afirma Bonavides.

<sup>3</sup> Da BBC: “Apesar da conta pessoal do Presidente da República ser utilizada para informar os demais usuários da rede social acerca da implementação de determinadas

seu parecer que, “apesar de a conta pessoal do Presidente da República veicular informações de interesse social, as publicações efetuadas na rede social não geram direitos ou obrigações para a Administração Pública, tampouco podem ser enquadradas como atos administrativos”. Em outro Mandado de Segurança no STF (36.666), intentado pelo jornalista William de Lucca Martinez, igualmente bloqueado no *Twitter* por Bolsonaro, a PGR reafirma que, as publicações de Bolsonaro não teriam caráter oficial e que seu perfil não seria manejado pelo aparato do Estado. Buscou ainda trazer um *distinguishing* da hipótese que gerou a vedação de Trump em bloquear pessoas por motivos políticos, sem se desincumbir do principal fato: é o perfil oficial usado pelo mandatário-mor do país e principal meio de divulgação de seus atos. Para Aras, o *writ* não poderia ser conhecido, conquanto o perfil de Bolsonaro não deixou de ser particular pelo fato de divulgar atos institucionais, pois, quando o faz, seria com o viés informativo.

Com efeito, a argumentação do PGR é frágil, conquanto a Constituição Federal em si considera que publicidade governamental terá o viés informativo, e não paira controvérsia que Bolsonaro age em sua conta de *Twitter* como Presidente, não apenas por ocupar o cargo, mas por neste meio direcionar publicamente o modo, os feitos e sua opinião sobre assuntos que são de interesse público. Tampouco existem meios de infirmar que as postagens/tuítes que Bolsonaro publica em suas redes sociais não tenham sido produzidos, trabalhados, editados, ou, contado com a colaboração de qualquer agente público, notadamente por serem subordinados e pelo fato de que nitidamente há exploração político-institucional nas manifestações sociais do mandatário brasileiro.

É o caso de se pontuar, nestes casos, se o perfil do presidente é um perfil pessoal ou público. Ou se é um perfil privado com interesse público. Pelo entendimento da Justiça Norte-Americana, o perfil de uma autoridade política pode ser enquadrado como de interesse público, sobretudo quando tal autoridade comunica atos administrativos e de governo, que é justamente um dos usos de Bolsonaro na plataforma *Twitter*, alvo de várias ações aqui estampadas.

A Lei Federal n.12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) não dispõe especificamente sobre as contas nas mídias sociais. Caso se contemplasse a conta de Jair Bolsonaro como uma conta de um perfil pessoal, o presidente disporia de prerrogativa para continuar bloqueando

---

políticas ou da prática de atos administrativos relevantes, as publicações no *Twitter* não têm caráter oficial e não constituem direitos ou obrigações da Administração Pública”, disse Aras, ao defender o não reconhecimento da ação pelo STF.

usuários no *Twitter*, fazendo com que eles não tenham acesso a informações relevantes sobre o governo diretamente por parte do presidente, que costuma comunicar atos em primeira mão em suas contas nas redes sociais. Nos EUA, o Arquivo Nacional se pronunciara sobre o caráter público dos tuítes de Trump. No Brasil, a inação estatal em arquivar e registrar as manifestações públicas feitas no gozo do cargo por intermédio das redes sociais - e de perfis pessoais - não é salvaguarda de que a conta de Bolsonaro seja privada, senão de que o Poder Público nacional se omite ao seu dever legal (vide prescrição da Lei n. 8.159/91). Veja-se que o meio é o que menos importa, mas sim a finalidade a que se destina que revela o caráter público. Se a conta é privada, mas seu uso se dá, também, com finalidades institucionais, logo, deve ter o enquadramento equivalente à de uma conta pública em si. A se ver que no mês de abril de 2020, mais de 76% das publicações de Bolsonaro se referem a ações desenvolvidas pelo governo federal brasileiro (Paulino, Waisbord, 2020)

Tal entendimento - de permitir que alguns usuários, dentre os quais políticos e jornalistas – sejam premiados de ver o que outras milhões de pessoas podem - importaria violar a Constituição Federal e compromissos internacionais firmados pelo Brasil, como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (São José da Costa Rica de 1969). Apenas por estas regras, entende-se que, no gozo de uma função pública, o exercício do acompanhamento social de mandatários a cargos eletivos não poderia ser obstado, limitado, cerceado. O que faz uma conta privada ter o interesse público é o modo com o qual se faz manejado cotidianamente pelo usuário, ainda que não haja uma política clara que regule o uso. Sendo o usuário público, pois, com uso aberto e socialmente relevante, não poderia se escudar no fato da conta ser originalmente privada, notadamente por ser uso não se revelar como meio doméstico, reservado ou estrito a familiares e pequeno círculo de amigos. Na verdade, o uso intensivo das redes sociais pelo Presidente busca amplificar sua comunicação midiática popular, demonstrando que suas contas em redes sociais não são apenas abertas, como, de relevante interesse público, numa mescla de uso político-institucional em campanhas hipermídias, não apenas no período eleitoral, mas como sustentação de governo, com vistas “aperfeiçoamento da transparência pública” (ITUASSU et al., 2019a), a fim de não gerar preocupações para a estabilidade democrática. A imperiosidade da compreensão de fenômenos políticos contemporâneos, como as manifestações nas redes sociais não podem ser ignoradas porquanto seja o canal prioritário para se comunicar

(AGGIO, CASTRO, 2020, p. 77). Por essa razão, pois, tratar as contas privadas de agente político que usa preferencialmente destes meios para se comunicar com os cidadãos, importaria em limitar o alcance de controle das ações e de responsabilidade.

A participação ampla de políticos nas redes sociais é um fenômeno ainda recente e as repercussões sociais e jurídicas ainda não estão bem definidas. No caso dos Estados Unidos, a Primeira Emenda e o enfoque da liberdade de expressão e da liberdade de acesso à informação fizeram com que o presidente Donald Trump fosse impedido de bloquear usuários. Já no caso brasileiro, aguarda-se a forma com a qual o Supremo Tribunal Federal irá interpretar o uso das redes por Bolsonaro em choque com as liberdades de expressão, imprensa e transparência pública.

Existe uma proposta de lei em debate na Câmara dos Deputados, originada do Senado Federal (e por lá já aprovada - PL n. 2630/2020, Senador Alessandro Vieira), que pretende regular a atuação do Poder Público, trazendo como de interesse público e submetida aos princípios da Administração Pública, as contas de redes sociais utilizadas pelos agentes públicos (art. 18), prevendo ainda a impossibilidade de tais contas restringirem o acesso de outras contas à suas publicações (§1º do art. 18).

Referida proposição diz que tais contas abarcam os agentes políticos cuja competência advém da Constituição e especialmente, se refere a detentores de mandatos eletivos do Executivo e Legislativo em todas as esferas federadas (art. 18, I), auxiliares diretos do Poder Executivo, como ministros, secretários e dirigentes de entes da Administração Indireta (art. 18, II), presidentes de Cortes de Contas em todos os níveis federados (art. 18, III). O texto em debate prevê que, o agente político poderia ter mais de uma conta em uma plataforma e definir, qual delas, representa oficialmente seu mandato ou cargo (§2º, art. 18), o que parece um grande contrassenso, conquanto, o que deveria figurar como de interesse público não é a escolha em si do agente, mas o modo com o qual explore as redes. Ilustre-se um caso em que, um agente público mantenha duas contas em uma mesma plataforma, e, em ambas, publique conteúdos de interesse público: por qual razão apenas uma delas poderia ser assim considerado, se a outra conta também se valha da mesma finalidade?

O próprio uso público de contas privadas, se valendo dos préstimos de funcionários públicos ou empresas contratadas com recursos públicos deve ser objeto de maior regulação e atenção, ainda que, claramente, qualquer atividade pública deve ser conduzida sob regência

da impessoalidade, da finalidade pública e da publicidade. A regulação do uso de contas particulares por agentes políticos poderia servir como um ganho institucional relevante, embora, em si, não seja imprescindível para coibir abusos (bloqueios de usuários sem motivo idôneo), desvios (uso da máquina pública para fins pessoais) ou outras formas de ilegalidade, puníveis dentro do catálogo a que se submete qualquer ocupante de função pública (criminal, administrativa ou civilmente).

Em linhas bem claras e didáticas, Ryan Allen (2019, p. 172) questiona se Donald Trump poderia bloqueá-lo no *Twitter*: “quando o governante usa propriedade privada para o benefício do público, a propriedade deveria efetivamente ser vista como de natureza governamental”. E continua Allen: “Se a propriedade é considerada de natureza governamental, então essas contas privadas devem se comportar de acordo com os requisitos constitucionais”. Ou seja, inviável considerar como puramente privada uma conta de agente público que a usa com intentos governamentais, tanto nos Estados Unidos, quanto aqui no Brasil.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou a realização de uma análise concisa da transformação social e dos limites na comunicação dos agentes públicos diante do momento atual de advento das novas mídias sociais. Como visto, esse é um fenômeno ainda recente e não devidamente esclarecido no âmbito da literatura científica e da doutrina sobre o tema, contudo, essa “democracia tweetada” já é uma realidade consolidada no Brasil e no mundo, não apenas diante da ampla participação dos ativistas digitais nas mídias sociais, bem como da participação de figuras políticas nessas redes.

As eleições presidenciais de 2016 nos Estados Unidos e de 2018 no Brasil tiveram um grande apelo pela utilização das mídias sociais, inaugurando um canal de comunicação informal com o eleitorado que se converteu em uma grande força por parte dos representantes que compreenderam os segredos dessas redes, gerando mais engajamento e fazendo com que suas propostas e discursos chegassem a um número maior de eleitores.

Os políticos não fazem uso das redes sociais apenas para fins eleitorais, mas também transformam as redes em um verdadeiro canal público de informações, inclusive fazendo uso dessa plataforma para a divulgação de ações de governo em primeira mão. É o caso de Donald Trump, presidente dos Estados Unidos, que bloqueava e baniu jornalistas, críticos e opositores

é emblemático: a Justiça norte-americana e contemplou que o presidente do país não pode cercear o acesso à informação por parte de qualquer cidadão.

Tal entendimento de que o Twitter é um instrumento público de governo está em debate no STF, no qual se discute se o perfil de Jair Bolsonaro pode ser considerado um perfil privado ou público. Em sendo privado, poderia dispor da forma como lhe aprouvesse, bloqueando usuários da forma como achasse adequado. Sendo de interesse público, revelaria limites para resguardar a todos os brasileiros, inclusive os de visão ideológica da sua, de interagir, repostar ou, minimamente, conferir diretamente da fonte as mensagens e ideias do Presidente. Neste contexto, jornalistas são receptores direto das postagens do Presidente, como um de seus afazeres profissionais para repercutir as ações de governo e opiniões políticas do Presidente - que são assuntos de interesse público e nacional. Do mesmo modo, cidadãos com posições políticas até mesmo contrárias às expressadas pelo agente político.

O assunto ainda está pautado para ser decidido pelo Supremo Tribunal Federal, entretanto revela-se temerário que a Corte brasileira siga caminho oposto ao até aqui adotado pelas Cortes norte-americanas. Não se parece legítimo limitar informações ou negar direito a elas a quem quer que seja, sendo que, as redes sociais públicas de autoridades no gozo de seus cargos e se valham disso para interagir publicamente não pode ser considerado um espaço privado, fechado, particular e muito menos, pinçado de quem mereça ou não saber do que se passa – independentemente do espectro ideológico ou do legítimo direito de crítica. Enquanto milhões poderiam ter acesso a divulgação de atos administrativos ou da esfera de suas manifestações de autoridade, alguns perseguidos seriam premidos por ato unilateral do mandatário maior do país, que teria o poder de escolher quem tem acesso (ou não) à informação.

A previsão da PL das *Fake News* - Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na *Internet* (PL n. 2630/2020) prevê explicitamente o caráter público das contas pessoais de autoridades, sob determinadas condições, o que viria apenas a reforçar o que principiologicamente é passível de grafar, mesmo que à míngua de uma legislação direta, conquanto à luz da transparência governamental, não se afigura lícito que agentes públicos discriminem quem devem ou não, ter acesso a informações difundidas nas redes sociais.

É necessária uma resposta juridicamente adequada e consistente para que as liberdades de expressão, de pensamento e de imprensa não

se tornem aparelhadas pela conveniência do mandatário de plantão, especialmente em governos republicanos. O resguardo à intimidade e à vida privada de agentes políticos são preservadas à medida em que tais deixem de usar as redes sociais de forma aberta e indistinta. Não se prevê a devassa das mensagens trocadas em caráter privado, senão na possibilidade de qualquer pessoa, mesmo que antagonista político, poder acompanhar, interagir e acompanhar o que faz um agente político em suas redes sociais cujas mensagens são visualizadas pelo público em geral, como o *Twitter* ou um perfil de página no *Facebook*.

O direito de crítica, de contraposição e mesmo, de acesso ao conteúdo é parte elementar dentro da vida pública de qualquer autoridade, ainda mais quando se dispõe a ocupar cargo ou função públicas. Uma autoridade não tem o direito de cercear o acesso à informação e de evitar qualquer forma de contato com quem lhe contrapõe - o que, obviamente não traduz em liberdade irrestrita para ofensas e crimes. Aponta-se que o viés seletivo de agente político na escolha do público-alvo com quem pode receber suas mensagens dentro de uma rede social aberta, como o *Twitter*, é contrária à Constituição. O agente não pode tolher o direito dos outros acompanharem, dentro das regras jurídicas (e até dos termos de uso de cada rede social).

A impessoalidade, a transparência governamental, a liberdade de comunicação e o próprio exercício dos direitos políticos são óbices às tentativas de bloqueios arbitrários aos ocupantes de cargos públicos eletivos que valham de suas redes sociais com propósitos de interação e comunicação com o público em geral, por serem de nítido interesse público.

## REFERÊNCIAS

AGGIO, C. O. Comunicação eleitoral “desintermediada”, mas o quão realmente interativa? Jair Bolsonaro e o *Twitter* nas eleições de 2018. **E-compós**, v. 23, jan–dez, 2020.

AGGIO, C. O.; CASTRO, F. C&S, São Bernardo do Campo, v. 42, n. 2, p. 429-465, maio-ago. 2020

ALLEN, R. The one un-American act: can Donald Trump block me on Twitter. **Law School Student Scholarship**, n. 994, 2019, Disponível em: [https://scholarship.shu.edu/student\\_scholarship/994](https://scholarship.shu.edu/student_scholarship/994). Acesso em: 31 ago. 2021.

ARAÚJO, R. P. A.; PENTEADO, C. L. C.; SANTOS, M. B. P. Democracia digital e experiências de e-participação: webativismo e políticas públicas. **História, Ciências, Saúde**, Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 22, p.1597-1619, dez. 2015.

BARROSO, L. B. Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 224, p. 31-50, abr. 2001.

BBC. **Bolsonaro pode ser proibido de bloquear seguidores nas redes sociais, como Trump?** (*Internet*). 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50316416>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BULEGON, B. M. **Estratégias discursivas na construção do ativismo digital: redes de mobilização feminista**. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2019.

CAMIN, G. V.; FACHIN, Z. **Teoria dos Direitos Fundamentais: primeiras reflexões**. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 15, n. 1, p. 41-5, jan./jun. 2015.

CASTELLS, M. **A galáxia da internet**. Reflexões sobre a *internet*, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

CESARINO, L. Identidade e representação no bolsonarismo: corpo digital do rei, bivalência conservadorismo-neoliberalismo e pessoa fractal. **Revista de Antropologia**, São Paulo, v. 62 n. 3, p. 530-557, 2019.

CHIPLE, E. G.; PRAZERES, P. J. A. Globalización, exclusión y desarrollo social y sus ranuras en la sociedade contemporánea. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 28, n. 3, set/dez. 2019.

CUNHA, V. V. **Comunicação política mediada por redes sociais interativas: educação política do sujeito na sociedade pós-moderna**. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Lisboa, 2014.

EZEQUIEL, V. C.; CIOCCARI, D. Discurso de ódio na política contemporânea: Trump venceu! **C&S**, São Bernardo do Campo, v. 39, n. 3, p. 229-250, set./dez. 2017.

FONSECA, N. S et al. Ativismo digital: humor e o questionamento de hierarquias sociais na fanpage “Vagas arrombadas”. **Revista Fronteiras**, v. 21, n. 3, set./dez. 2019.

FREITAS, R.S; CASTRO, M.F. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Seqüência**, Florianópolis, n. 66, p. 327-355, jul. 2013.

**G1. Justiça americana proíbe Trump de bloquear seguidores em rede social.** 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/07/09/justica-americana-proibe-trump-de-bloquear-seguidores-em-rede-social.ghtml>. Acesso em: 1 jul. 2020.

**G1. Twitter bloqueia conta da campanha de Trump por desinformação sobre Covid-19,** 5 ago. 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/08/05/twitter-bloqueia-conta-da-campanha-de-trump-por-desinformacao-sobre-covid-19.ghtml>. Acesso em: 7 set. 2020.

GUIMARÃES, R. S.; BRAGA, C. Meu twitter, minhas regras: as pautas de costumes na educação bolsonarista. **Revista Eletrônica de Educação**, v. 14, p. 1-20, jan./dez. 2020.

ITUASSU, A. et al. Comunicación política, elecciones y democracia: las campañas de Donald Trump y Jair Bolsonaro. **Perspectivas de la Comunicación**, Temuco, v. 12, n. 2, p. 11-37, 2019a.

ITUASSU, A et al. De Donald Trump a Jair Bolsonaro: democracia e comunicação política digital nas eleições de 2016 nos Estados Unidos e 2018 no Brasil. **COMPOLÍTICA**, Brasília, n. 8, maio 2019b. Disponível em: [ctpol.unb.br/compolitica2019/GT4/gt4\\_Ituassu\\_et\\_al.pdf](http://ctpol.unb.br/compolitica2019/GT4/gt4_Ituassu_et_al.pdf). Acesso em: 17 jul. 2020.

**KNIGHT FIRST AMENDMENT INSTITUTE At Columbia University.** Disponível em: <https://knightcolumbia.org/page/about-the-knight-institute>. Acesso em: 6 jun. 2020.

KNIGHT FIRST AMENDMENT INSTITUTE. **White House asks Supreme Court to review ruling that the President violated First Amendment by blocking critics on Twitter**. Disponível em: <https://knightcolumbia.org/content/white-house-asks-supreme-court-to-review-ruling-that-the-president-violated-first-amendment-by-blocking-critics-on-twitter> Acesso em: 6 set. 2020.

LACLAU, E. **On populist reason**. Londres: Verso, 2005.

LEWIS, K.; GRAY, K.; MEIERHENRICH, J. **The structure of online activism**. Sociological science, v. 1, 2014. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/274231021\\_The\\_Structure\\_of\\_Online\\_Activism](https://www.researchgate.net/publication/274231021_The_Structure_of_Online_Activism). Acesso em: 1 jun. 2020.

LIMA, C. R. P.; OLIVEIRA, J. M. Análise jurisprudencial brasileira quanto à tutela do direito à imagem na *internet*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 126, a. 28, p. 253-275, nov.-dez. 2019.

LIMA, P. R. S.; OLIVEIRA, B. V. N. Cerceamento do direito de acesso a informação: análise dos municípios alagoanos que possuem portal de transparência desatualizado em 2018. **Revista de Extensão da Uneal**, v. 4, n. 2, dez. 2019.

MALDONADO, M. M. F. **Derechos humanos y comercio: una perspectiva ética**. Tesis Doctoral, Facultad de Filosofía. Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política II (Ética y Sociología) de la Universidad Complutense de Madrid, 2016.

MARIMOW, A. E. President Trump cannot block his critics on Twitter, federal appeals court rules. **The Washington Post**, Washington, DC, 9 jul. 2019. Disponível em: [https://www.washingtonpost.com/local/legal-issues/president-trump-cannot-block-his-critics-on-twitter-federal-appeals-court-rules/2019/07/09/d07a5558-8230-11e9-95a9-e2c830afe24f\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/local/legal-issues/president-trump-cannot-block-his-critics-on-twitter-federal-appeals-court-rules/2019/07/09/d07a5558-8230-11e9-95a9-e2c830afe24f_story.html). Acesso em: 6 set. 2020.

MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MASSUCHIN, M. G.; TAVARES, C. Q. Campanha eleitoral nas redes sociais: estratégias empregadas pelos candidatos à Presidência em 2014 no *Facebook*. **Revista Compólitica**, v. 5, n. 2, 2015.

NEUMEISTER, L. Associated Press, Lawsuit: Trump still blocks Twitter critics after court loss. **WJHL**, 31 jul. 2020. Disponível em: <https://www.wjhl.com/news/politics/lawsuit-trump-still-blocks-twitter-critics-after-court-loss/>. Acesso em: 6 set. 2020.

OLIVA, T. D.; ANTONIALLI, D. M. Estratégias de enfrentamento ao discurso de ódio na *Internet*: o caso alemão. **Dir. Cult.**, Santo Ângelo, v. 13, n. 30, p. 29-44 maio/ago. 2018.

PACHECO VIEIRA, L. A liberdade de expressão e a liberdade de imprensa sob a perspectiva da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. In: **Anais...** I Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, Universidade Federal de Santa Maria, jai./jun. 2012. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Lucas\\_Vieira/publication/332553238\\_a\\_liberdade\\_de\\_expressao\\_e\\_a\\_liberdade\\_de\\_imprensa\\_sob\\_a\\_perspectiva\\_da\\_jurisprudencia\\_da\\_suprema\\_corte\\_dos\\_estados\\_unidos/links/5cbd2a404585156cd7a8cb11/a-liberdade-de-expressao-e-a-liberdade-de-imprensa-sob-a-perspectiva-da-jurisprudencia-da-suprema-corte-dos-estados-unidos.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Lucas_Vieira/publication/332553238_a_liberdade_de_expressao_e_a_liberdade_de_imprensa_sob_a_perspectiva_da_jurisprudencia_da_suprema_corte_dos_estados_unidos/links/5cbd2a404585156cd7a8cb11/a-liberdade-de-expressao-e-a-liberdade-de-imprensa-sob-a-perspectiva-da-jurisprudencia-da-suprema-corte-dos-estados-unidos.pdf). Acesso em: 17 jun. 2020.

PACHECO, D. P. **Politics on Twitter**: a comparison between Donald Trump and Justin Trudeau. Paper apresentado à Universidade de Lisboa, jan. 2020. Disponível em [http://www.academia.edu/download/61922051/Paper\\_-\\_Daniela\\_Pacheco.pdf](http://www.academia.edu/download/61922051/Paper_-_Daniela_Pacheco.pdf) Acesso em: 25.jul. 2020.

PAULINO, F. O.; WAISBORD, S. Las narrativas del populismo reaccionario: Bolsonaro em Twitter durante la pandemia. **Mediapolis**, Coimbra, n. 12, jan./jun. 2020.

PÉREZ LUÑO, A. **¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?** Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

INNEARITY, D. Politics after Indignation: possibilities and limits of direct democracy. **EUI Working Papers**, RSCAS, Florença, n. 42, 2012.

ROCHA, M. C. F.; PEREIRA, G. C. Mídias Sociais e Espaços de Participação. Simpósio em Tecnologias Digitais e Sociabilidade. **Mídias Sociais, Saberes e Representações**, Salvador, 13-14 out. 2021. Disponível em: <http://gitsufba.net/simposio/wp-content/uploads/2011/09/Mídias-Sociais-e-Espacos-de-Participacao-ROCHA-Maria-PEREIRA-Gilberto.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

ROTHENBURG, W. C.; STROPPA, T. Liberdade De Expressão E Discurso Do Ódio: O Conflito Discursivo Nas Redes Sociais. **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede**, Santa Maria, maio 2015. Disponível em: <https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria/ppgd/wp-content/uploads/sites/563/2019/09/6-21.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2020.

SALGADO, L. L. F. **Temas actuales de los derechos humanos de última generación**. Puebla, México: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla; Piso 14 Editores, ago. 2015. Disponível em [http://emas.siu.buap.mx/portal\\_pprd/work/sites/fdcs/resources/PDFContent/1378/Libro%20DIG%20-%20Temas%20actuales%20de%20los%20derechos%20humanos.pdf](http://emas.siu.buap.mx/portal_pprd/work/sites/fdcs/resources/PDFContent/1378/Libro%20DIG%20-%20Temas%20actuales%20de%20los%20derechos%20humanos.pdf). Acesso em: 25 ago. 2019.

SANTOS, G. H. C. **O uso das mídias sociais no poder público: análise do perfil “Senado Federal” no Facebook**. Dissertação (Programa de Mestrado em Administração Pública) - Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2016.

SANTOS, R. H. Discurso do ódio: hate speech in substance no parlamento brasileiro. *In: Anais... X Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-graduação - SEPesq Centro Universitário Ritter dos Reis*, out. 2014. Disponível em: [https://www.uniritter.edu.br/uploads/eventos/sepesq/x\\_sepesq/arquivos\\_trabalhos/2968/343/338.pdf](https://www.uniritter.edu.br/uploads/eventos/sepesq/x_sepesq/arquivos_trabalhos/2968/343/338.pdf). Acesso em: 28.jul. 2020.

SANTOS, R. M.; CIOCCARI, D.; MORAES, T. P. B. O clã Bolsonaro e o Twitter: comunicação política e influência na rede social. **Mediapolis**, n. 10, 2020. [(Des)informação em tempos de incerteza: jornalismo, democracia e redes sociais].

SARLET, I.W. **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.

SARMENTO, D. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade da norma constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, R. L. et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 445-468, jul./dez. 2011.

SILVA, Y. M. P. **“ESSES NORDESTINOS...”: discurso de ódio em redes sociais da internet na eleição presidencial de 2014**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares, Brasília, 2016.

SORJ, B. **Meios de comunicação e democracia: além do Estado e do mercado**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011.

SANTOS, B. S. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SCARPINO JUNIOR, L. E.; SILVEIRA, S. S. A efetivação do exercício de cidadania na lei de acesso à informação. *In*: VITA, J. B.; MALISKA, M. A. (Orgs.). **Direitos fundamentais e democracia**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 2, p. 323-339.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**, 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

THE NEW YORK TIMES. Trump can't block critics from his Twitter account, appeals court rules (*Internet*), 9 jul. 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/07/09/us/politics/trump-twitter-first-amendment.html> Acesso em: 27 jul. 2020.

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT, August Term 2018, n. 18-1691-cv. Disponível em: <https://int.nyt.com/data/documenthelper/1365-trump-twitter-second-circuit-r/c0f4e0701b087dab9b43/optimized/full.pdf#page=1>. Acesso em: 6 set. 2020.

VEJA. **Suprema Corte dos EUA proíbe Trump de bloquear opositores no Twitter**. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/suprema-corte-dos-eua-proibe-trump-de-bloquear-opositores-no-twitter/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

VISCARDI, J. M. **Trab. Ling. Aplic.**, Campinas, v. 59, n. 2, p. 1134-1157, maio/ago. 2020.

WALLIMAN, N. **Métodos de pesquisa**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

YAHOO NOTÍCIAS. **“Bancada dos youtubers”**: quem são os famosos na internet eleitos a deputados em 2018. 2018. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/bancada-dos-youtubers-quem-sao-os-famosos-na-internet-eleitos-deputados-em-2018-192737276.html>. Acesso em: 27 jul. 2020.

ZAMBIANCHI CAETANO, J. P. Evolução histórica da liberdade de expressão. **Encontro de Iniciação Científica (ETIC)**, Presidente Prudente, 2016. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/download/5581/5306> Acesso em: 27 jun. 2020.

# A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19) NO BRASIL: FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA A PROTEÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA E GARANTIA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS

## *THE CORONAVIRUS (COVID-19) PANDEMIC IN BRAZIL: LEGAL FOUNDATIONS FOR THE PROTECTION OF PUBLIC HEALTH AND THE GUARANTEE OF INDIVIDUAL FREEDOMS*

Sérgio Rodrigo Martinez\*

Carina Dysarsz da Cunha\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 As prerrogativas estatais e o direito fundamental às liberdades individuais. 2.1 O contexto pandêmico no Brasil. 2.2 As prerrogativas de direito público. 2.3 Direitos fundamentais de ir e vir e livre iniciativa. 3 Fundamentos constitucionais para o enfrentamento de situações excepcionais. 3.1 Ferramentas do direito administrativo para a limitação da liberdade e da propriedade. 3.2 O estado de necessidade administrativo. 3.3 A dialética entre a proteção da saúde pública e a garantia das liberdades individuais no ordenamento jurídico. 4 Conclusão.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objeto a análise dos fundamentos jurídicos para a proteção da saúde pública e garantia das liberdades individuais no Brasil, contrapostos aos atos normativos editados em razão da pandemia do Coronavírus, a explorar o conceito de poder de polícia, as prerrogativas do Poder Público, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, os direitos fundamentais de ir e vir e livre iniciativa e os fundamentos do ordenamento jurídico para enfrentar situações excepcionais. Abordou-se o instituto do estado de necessidade administrativo, tendo sido realizada análise de ligação da necessidade de defesa da saúde pública com as restrições determinadas pelas autoridades sanitárias em meio à pandemia. Foram também estudados os textos normativos que determinaram tais limitações ao comércio, certas profissões e aos indivíduos como um todo. Concluiu-se que não houve detrimento dos direitos fundamentais com a adoção das medidas de restrição para diminuir o contágio do Coronavírus, visto o intuito dessas de garantir o direito fundamental à saúde, bem como seu amparo no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, na prerrogativa do poder de polícia do Estado, no estado de necessidade administrativa, no reconhecimento do estado de calamidade pública, bem como na decisão nº 6.341 do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** liberdades individuais. saúde pública. pandemia do coronavírus.

**ABSTRACT:** *The present paper sought to analyze the legal basis for the protection of public health and guarantee of individual freedoms in Brazil, in the context of the normative acts edited*

\* Pós-doutor em Direito Econômico e Sócio Ambiental pela PUC-Pr. Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Mestre em Direito Negocial pela UEL. Pós-graduado em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade de Coimbra.

\*\* Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná.

Artigo recebido em 24/08/2021 e aceito em 09/02/2023.

**Como citar:** MARTINEZ, Sérgio Rodrigo; CUNHA, Carina Dysarsz da. A pandemia do coronavírus (Covid-19) no Brasil: fundamentos jurídicos para a proteção da saúde pública e garantia XX. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 25, n. 41, p. 65, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

*due to the Coronavirus pandemic. In order to do so, it examined the concept of police power, the prerogatives of the Public Power, the principle of supremacy of public over private interests, the fundamental rights to freedom of movement and free initiative, and the basis for the legal system to face extraordinary situations. Subsequently, the institute of the state of need was addressed, through an analysis of the link between the need to defend public health and the measures taken by the health authorities amidst the pandemic. The normative texts that determined such limitations to trade, certain professions and commitments as a whole were also studied. The work concluded that there was no harm done to fundamental rights through the adoption of restrictive measures to reduce the spread of the Coronavirus, if one considers their purpose to guarantee the fundamental right to health, as well as the principle of supremacy of the public interest over the private, the prerogative of the State's police power, the state of administrative necessity, the recognition of the state of public calamity, and the decision nº 6.341 of the Federal Supreme Court.*

**Keywords:** individual liberties. public health. coronavirus pandemic.

## INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem por objetivo analisar os fundamentos jurídicos dos atos editados pelas autoridades sanitárias contendo restrições para a proteção da saúde pública, contrapostas à garantia das liberdades individuais no âmbito do Direito Administrativo, tendo por base o panorama da pandemia do Coronavírus (COVID-19) no Brasil, a partir de 2020.

A pesquisa se justifica com base no atual cenário político, econômico e social em decorrência da crise sanitária causada pelo Coronavírus. A necessidade de atuação urgente dos agentes do Estado na prevenção e contenção da pandemia, e na proteção da população brasileira, vêm exigindo a adoção de medidas que acabam impondo limitações e restrições a direitos individuais, como há muito tempo não se via. Como exemplo, temos o distanciamento social; quarentena obrigatória; isolamento obrigatório; realização compulsória de exames médicos, restrição excepcional e temporária de entrada e saída do país, requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas (previstas na Lei Federal nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020) o uso de máscaras de proteção; a suspensão, proibição e fechamento de comércios a fim de evitar a formação de aglomerações; a suspensão de atividades escolares e cursos no geral; a limitação de horário em certos estabelecimentos e até a aplicação de toque de recolher em algumas localidades - o que ocasionou queda nos setores produtivos devido ao impacto da redução do consumo da população por conta de tais medidas de isolamento.

O referido tema também possui importância relacionada à concretização e respeito aos direitos fundamentais, uma vez que tais normas podem ter afetado, de certo modo, a autodeterminação dos indivíduos,

suas liberdades individuais como o direito de ir e vir, de exercer atividade econômica, profissão, bem como podem ter produzido efeitos diretos sobre seus bens e atividades econômicas.

Tal *interim* comporta certa colisão de princípios como o direito à liberdade; o direito de ir e vir; direito à profissão e a exercer atividade econômica juntamente com as prerrogativas estatais; a supremacia do interesse público sobre o particular, a indisponibilidade do interesse público e o dever de contenção de danos e agravos à saúde pública.

Dessa forma, surge espaço para o questionamento jurídico - o qual será abordado no presente estudo - sobre quais circunstâncias e quais seriam os limites hábeis a permitir ao Estado realizar intervenções na esfera das liberdades individuais, em face de eventos socialmente catastróficos.

Convém esclarecer que a presente pesquisa voltar-se-á à análise jurídica das medidas adotadas pelos agentes estatais visando a contenção da pandemia e do impacto delas nas liberdades individuais e econômica, sendo assim, nenhum viés a respeito do vírus ou da doença será abordado.

Para tal, a presente pesquisa foi estruturada em dois capítulos elaborados através da metodologia dedutiva, baseando-se em pesquisas bibliográficas que abordam a temática do fundamento constitucional das prerrogativas estatais. Foi juntamente realizada uma análise de artigos da Constituição Federal e da legislação editada durante o período da pandemia do Coronavírus.

Inicialmente, foi feito levantamento bibliográfico de livros e artigos relacionados à pesquisa, a nível nacional, bem como foram reunidos os documentos oficiais, legislação e dados estatísticos relevantes ao tema. Subsequentemente, o material levantado foi revisto e analisado.

O primeiro capítulo do desenvolvimento da pesquisa trouxe uma breve contextualização da pandemia do COVID-19 no Brasil, versando também sobre o poder de polícia e os direitos fundamentais de ir e vir e livre iniciativa.

No segundo capítulo, foram reunidas informações a respeito dos fundamentos do ordenamento jurídico para o enfrentamento de situações excepcionais. No que tange tal assunto, abordou-se as ferramentas do Direito Administrativo para a limitação da liberdade e da propriedade, tal como o estado de necessidade administrativo; tendo sido também citada a legislação pertinente ao tema, em um questionamento sobre os limites das intervenções do Estado brasileiro nos direitos e liberdades constitucionais e uma análise da pesquisa à luz do referencial teórico colhido.

# 1 AS PRERROGATIVAS ESTATAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL ÀS LIBERDADES INDIVIDUAIS

## 1.1 O contexto pandêmico no Brasil

Atualmente, presencia-se no Brasil - e ainda em algumas localidades do mundo - um momento crítico para a saúde, a economia e a ordem pública, como consequência da pandemia do Coronavírus.

O primeiro caso positivo do novel vírus SARS-COV-2 no território brasileiro foi detectado em 26 de fevereiro de 2020; em 3 de março havia 488 casos suspeitos notificados e 2 confirmados, sendo que nos dois primeiros casos com confirmação tratava-se de residentes da cidade de São Paulo que haviam viajado à Itália anteriormente (CRODA; GARCIA, 2020, p. 1).

Tendo em vista a imprevisibilidade do novo vírus, bem como sua forma de contaminação – a qual se dá por intermédio das gotículas lançadas ao ar pelos seres humanos ao conversar, tossir e espirrar, dentre outras condutas, e o contato próximo entre indivíduos - surgiu a necessidade de aplicar-se certas medidas de prevenção que consistem basicamente em manter distanciamento de alguns metros de outras pessoas; utilizar máscaras de proteção cobrindo o nariz e a boca; mantendo o ambiente bem ventilado; evitando locais com aglomerações e contato próximo; lavar as mãos com frequência, bem como cobrir a boca ao tossir, entre outras medidas (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2020).

Desse modo, como consequência das informações limitadas sobre a transmissão e atuação dos portadores assintomáticos na propagação do vírus e a inexistência de vacinas e medicamentos específicos, em meio à pandemia surgiram também diversos desafios para os governantes e gestores da saúde no que tange a aplicação de medidas de saúde pública não farmacológicas que minimizem a disseminação do vírus, visando preservar os sistemas de saúde, possibilitando assim que as complicações graves sejam tratadas e as mortes reduzidas (AQUINO, 2020, p. 2.424).

Implementadas por diversos países, as referidas medidas não farmacológicas adotadas no âmbito da saúde pública para controle da pandemia consistem no isolamento de casos, uso de máscaras faciais, tal como medidas graduais de distanciamento social como o fechamento de escolas e universidades, o impedimento de eventos e de aglomerações, a suspensão de alguns tipos de comércio, a restrição de viagens e transportes

públicos até a proibição total do curso de pessoas nas vias públicas - a menos que seja para compra de alimentos ou medicamentos e ida à locais de assistência à saúde (AQUINO, 2020, p. 2.424).

Portanto, em consequência da pandemia do COVID-19 o cenário contemporâneo brasileiro é crítico tanto na área econômica quanto na da saúde, uma vez que juntamente à doença surgiu a latente necessidade de refrear sua disseminação.

Tal cenário que ocorre na contemporaneidade envolvendo a edição de diversos atos normativos pelas autoridades sanitárias firmando medidas excepcionais de restrição do comércio, da autodeterminação, liberdade da população e limitação ao direito de ir e vir e livre iniciativa se dá em razão das prerrogativas e do poder de polícia do Estado brasileiro que, de certo modo, permitem que direitos da população sejam relativizados em face do interesse público, conforme o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, o qual regula as relações entre o Estado e o indivíduo, mas também perpetua por muitas vezes uma situação conflituosa na relação Estado-indivíduo.

Em tal ínterim, é necessário destacar que, conforme traz Lima (2020), uma vez que uma república representa os interesses de seus cidadãos, para que o Estado, em regra, se encontre em um patamar elevado em contraposição aos particulares é imprescindível a concessão de certas prerrogativas especiais, de modo a separá-lo dos indivíduos particulares, de modo a tornar possível a efetivação dos atos privativos de sua condição estatal.

## **1.2 As prerrogativas de direito público**

A Administração Pública possui diversas prerrogativas, as quais formam um conjunto de direitos e deveres com justificativa na necessidade de proteção do interesse público - a finalidade da administração. Para o presente estudo, será abordada a prerrogativa do poder de polícia.

Para Tácito (1952, p. 1/2), definir o conceito do poder de polícia é uma das tarefas mais complicadas em matéria de Direito Público, uma vez que é dúbio o entendimento a respeito do âmbito constitucional da atuação de tal poder, encarregado de reagir às solicitações de interesses econômicos e sociais eminentes. Ainda, o referido autor traz que tal poder seria o instrumento estatal elementar para disciplina e continência dos interesses individuais a medida em que reproduz uma linha ascensional de intervenção dos poderes públicos, conforme sua evolução. Assim, deixa

de ser um simples instrumento de manutenção da ordem pública, pois se subordina ao controle e à ação coercitiva do Estado uma vasta porção da iniciativa privada, conforme é expandido ao domínio econômico e social.

Faz-se mister apontar o conceito de poder de polícia estabelecido no artigo 78 do Código Tributário Nacional, qual seja:

[...] atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

De acordo com Álvaro Lazzarini (1994, p. 74), o poder de polícia é o conjunto de atribuições da Administração Pública que possibilita certo controle inspirado nos ideais do bem comum dos direitos e liberdades das pessoas — sejam naturais ou jurídicas. Estas atribuições recaem não apenas sobre os indivíduos, mas também sobre seus bens e atividades.

No Direito brasileiro contemporâneo, o poder de polícia engloba a atividade estatal de impor limitações ao exercício dos direitos individuais, visando garantir a supremacia do interesse público, cujo âmbito compreende diversas áreas da sociedade, como a segurança; a saúde; a moral e a propriedade. Posto isso, surge a necessidade dos vários ramos da polícia administrativa: a polícia sanitária, polícia de segurança, entre outros (DUARTE NETO, 2016).

No presente momento, faz-se mister diferenciar da polícia judiciária e da polícia de manutenção da ordem pública a polícia administrativa, como aquela que recai sobre e impacta bens, direitos e atividades, na medida em que o campo de atuação daquelas concerne sobre as pessoas, seja individual ou indiscriminadamente, de modo geral (MEIRELLES, 2016, p. 153).

Enquanto existem outras polícias privativas e específicas de órgãos ou corporações selecionadas, como as Polícias Cíveis, Militares e Guardas Municipais, a polícia administrativa é intrínseca e está ligada por toda a Administração Pública, conforme assevera Meirelles (2016, p. 153).

Diniz (2018) afirma que o poder de polícia possui como fundamento o princípio da predominância do interesse público sobre o particular. Visto isso, em tal conceito de polícia se aplica a discricionariedade, a qual é concedida à Administração Pública conforme as prerrogativas do administrador público

para elaborar ou prescrever os atos administrativos se utilizando dos juízos de conveniência e oportunidade, quais sejam critérios subjetivos - estando assim em posição de supremacia sobre os administrados.

É válido ressaltar que tal descrição do que aparentam ser privilégios para a Administração Pública não deve, entretanto, induzir a erro referente ao Direito Administrativo e sua natureza. Juntamente aos privilégios para mais, há também privilégios para menos: tendo em vista o princípio da legalidade, a Administração frequentemente possui menos liberdade do que os particulares, não podendo assim contratar com quem quiser, à título de exemplo. É necessário o respeito ao procedimento observado em lei, cuja violação pode determinar a nulidade da decisão final, que, se favorecer terceiros e instituir direitos, já não poderá mais ser modificada pela Administração que a adotou, ficando assim vinculada (ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, 2014, p. 67).

Desse modo, percebe-se que na seara do Direito Administrativo, o poder de polícia consiste no exercício de atividades de regulação das atividades sociais, visando a satisfação do interesse público. Esse poder possui respaldo para atuar nos mais distintos âmbitos da sociedade — como à título de exemplo, no exercício de atividades econômicas, higiene, segurança, entre outras - sendo constituído e regulamentado por inúmeras atribuições.

Sobre as limitações do poder de polícia do Estado, Tácito (1952, p. 9) argumenta:

A faculdade de agir outorgada ao administrador não é construída no vácuo, mas em função de determinados objetivos sociais, que não podem ser ignorados ou subvertidos pelo agente. Não é lícito à autoridade pública atuar senão para o fim previsto na lei. A substituição do interesse público especificamente considerado na regra de competência por um interesse privado ou por outro interesse público estranho à finalidade legal vicia, irremediavelmente, o ato administrativo pela figura do desvio de poder.

Em contraposição a tal compreensão, Justen Filho (2011) argumenta que não é possível defender a discricionariedade do poder de polícia, uma vez que para ele não existiria a referida categoria de poder discricionário. Assevera, ainda, que o correto seria visualizar tais prerrogativas como competências administrativas disciplinadas em lei que abarcariam a possibilidade de contemplar determinado escalão de discricionariedade.

O entendimento doutrinário de Caetano (1997, p. 339) acerca do poder de polícia, traz que o mesmo seria a forma da autoridade administrativa atuar, a qual se resume na intervenção no exercício das atividades individuais com probabilidade de afetar de modo negativo os interesses gerais – buscando, assim, prevenir a produção de danos à sociedade ou amenizá-los, evitando que tais danos se prolonguem ainda mais.

Conforme Mazza (2020), de modo a resguardar o interesse público e efetivar as atribuições previstas na Constituição Federal, à Administração Pública se atribuem competências especiais cujas prerrogativas, expressas na legislação, trazem também deveres e obrigações, constituindo verdadeiros poderes-deveres instrumentais - o que se alinha ao pensamento de Tácito (1952, p. 3):

O conceito moderno de poder de polícia ultrapassa, porém, as fronteiras conservadoras para reconhecer ao Estado um papel mais amplo e ativo na promoção do bem estar geral, estabelecendo não somente no tocante à ordem pública, mas sobretudo no sentido da ordem econômica e social, normas limitadoras da liberdade individual, que se exercem, em grande parte, por meio do poder de polícia.

Ademais, no que tange à supremacia do interesse público, Meirelles (1994, p. 116) assevera que tal princípio se exterioriza nos mandamentos do texto constitucional e normas referentes à ordem pública, na medida em que condicionam e impõem certas restrições aos direitos individuais em favor do coletivo. Consequentemente, geram a incumbência de policiamento administrativo ao Poder Público.

Conforme Tácito (1952, p. 3), o poder de polícia seria, em poucas palavras, um mecanismo de defesa social em sentido amplo com inspiração no estado de necessidade, e que se expande conforme são cometidas mais lesões efetivas ou potenciais à ordem jurídica ou pública. Ainda, traz que o poder de polícia consiste na atividade da autoridade estatal de cumprir o dever de não perturbar a boa ordem da coisa pública.

Não obstante, considerando-se que o poder de polícia nada mais é do que a forma de controlar o exercício de direitos individuais expressos na legislação, de modo a impedir que a Administração estabeleça proibições ou obrigações, a não ser em razão da lei, a divisão do poder de polícia se dá em Executivo e Legislativo, com o encargo de fazer cumprir o princípio da legalidade (DUARTE NETO, 2016).

Portanto, os poderes públicos têm por finalidade possibilitar a concretização dos bens e valores fundamentais da sociedade, os quais são veiculados pela Constituição Federal da República. Isso deve ocorrer com observância das hipóteses englobadas pelas regras e princípios constitucionais e as limitações impostas aos seus respectivos campos de conformação ou discricionariedade - ao invés de apenas se absterem de violar os direitos dos indivíduos (BARROSO, 2009, p. 382-91).

Tais atribuições conferidas às autoridades administrativas consistem em poderes-deveres irrenunciáveis ao agente público, que devem ser empregados em prol da coletividade, em determinada contextualização legal (FERREIRA, 2020).

Ainda, têm-se que no âmbito da Administração Pública há submissão ao chamado regime jurídico-administrativo, uma vez que o Direito Administrativo em sua totalidade se atenta à temas que envolvem os aspectos distintos da autoridade da Administração Pública e a liberdade individual e, por consequência, suas intenções; sendo que o poder de polícia estabelece tal confronto. De um lado, haveria o cidadão exercendo seus direitos de forma plena e, do outro, a administração se utilizando do poder de polícia, com o dever de subordinar ao bem-estar coletivo o exercício de tais direitos (DUARTE NETO, 2016).

A atribuição estatal de polícia também é demarcada por duas formas de limitação. A primeira reside no pleno desempenho da atribuição, qual seja, no amplo interesse de impor limitações ao exercício da liberdade e ao gozo, uso e disposição de propriedade; sendo que a segunda reside na observância dos direitos que são assegurados pelo ordenamento aos administrados (GASPARINI, 2011, p. 184). Desse modo, os limites de tal atribuição se encontram justamente no ato de conciliar-se os direitos fundamentais e a necessidade de restringir o uso da propriedade privada e o desfrute das liberdades individuais.

Diniz (2018) estende-se sobre um tópico que não deve ser negligenciado na presente discussão:

O Poder de Polícia, quanto aos fins, deve ser exercido somente para atender ao interesse público, que é seu fundamento, a partir do princípio da predominância do proveito coletivo sobre o particular, o exercício desse arbítrio perderá a sua justificativa quando utilizado para beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas. Caso a autoridade se afaste da finalidade pública, incidirá em desvio de poder, o

que acarretará a nulidade do ato com todas as consequências nas esferas civil, penal e administrativa.

Por fim, a di Pietro (2011, p. 124) indica três requisitos a serem contemplados pela polícia administrativa, com o propósito de não desconsiderar os direitos individuais, quais sejam: a necessidade, isto é, que a atitude adotada pela polícia só deve ser tomada para evitar perturbações (sejam elas reais ou possíveis) ao interesse público; a proporcionalidade, que se refere à imprescindibilidade de se observar e ponderar a limitação ao direito individual que ocorrerá devido à medida do poder de polícia e o prejuízo que a mesma busca reprimir; e, por fim, a da eficácia - a medida deverá ser adequada, de modo a realmente reprimir a violação ao interesse público.

Insta frisar a importância de que as atividades praticadas com base no poder de polícia do Estado ocorram com devido cumprimento não apenas dos pressupostos de necessidade, proporcionalidade, eficácia, mas também dos referentes à conveniência, impessoalidade, respeito aos direitos fundamentais e, sobretudo, sejam praticadas visando a satisfação do interesse público.

Com base no versado sobre o poder de polícia, é possível afirmar que tal prerrogativa permite que a Administração Pública limite de certo modo a atividade dos indivíduos para proteger os interesses da coletividade.

Tal situação surgiu em face da pandemia do Coronavírus no Brasil, uma vez que em face das circunstâncias de um contexto de pandemia, o poder de polícia do Estado foi utilizado de modo a reduzir a produção de danos à sociedade ou amenizá-los, uma vez que as limitações contidas nos atos normativos editados visam refrear a contaminação pelo SARS-COV-2 e impedir um colapso no sistema de saúde brasileiro - qual seja, interesse público e meio de assegurar o direito à saúde.

### **1.3 Direitos fundamentais de ir e vir e livre iniciativa**

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu título II, abarca os direitos e garantias fundamentais, subdivididos em cinco capítulos, quais sejam os sobre direitos individuais e coletivos (relacionados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade); direitos sociais, referentes ao dever do Estado social de direito de assegurar as liberdades positivas dos indivíduos, quais sejam os direitos à saúde, educação, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção

à maternidade e à infância e assistência aos desamparados; direitos de nacionalidade, relativos ao vínculo jurídico e político entre determinado indivíduo e certo Estado; direitos políticos, referentes ao exercício da cidadania através da participação ativa nos negócios políticos do Estado; e os direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos, instrumentos imprescindíveis para a preservação do Estado democrático de Direito.

Para Alexy (1999, p. 61) os direitos fundamentais constituem carências ou interesses tão fundamentais que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito. Tal carência possuiria certa prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico e perante o legislador. Ainda, o autor postula que um direito seria fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave, ou vai de encontro com o núcleo essencial da autonomia.

Para Stern (2001), conforme o que se pensava na segunda metade do século XVIII, os direitos fundamentais e as ideias de Constituição são manifestações distintas e com direcionamentos diferentes, porém da mesma atmosfera espiritual, na medida em que ambas são limitações normativas ao poder do Estado.

Ademais, para Ferreira Filho (2005, p. 27/28) o pacto social que assegura a vida em sociedade, ao mesmo tempo que considera a liberdade e o restante dos direitos dos indivíduos, abarca também a necessidade de se estabelecer limites, uma vez que limitar o exercício dos direitos naturais é exigida para conviver pacificamente em sociedade. A vida em sociedade carece uma certa coordenação do exercício por parte de cada um de seus direitos naturais - com certa flexibilização na exata e restrita medida imprescindível para a vida em comum.

Tal questão evidencia a importância de se mencionar o Estado social democrático e de direito. Embora esses termos não sejam explicitados no texto Constitucional, não é possível desprezar a preocupação social. Isso porque, conforme Medauar (2005, p. 28), o Estado é constituído quando se verifica uma generalização dos instrumentos e comportamentos públicos de segurança e bem-estar social.

Portanto, os direitos fundamentais em sua primeira face, nos termos em que o pacto social os preserva, consistem em limitações ao poder, qual seja o poder político estabelecido pela Constituição (a própria garantia institucional do pacto). Tais direitos estabelecem a fronteira entre o que é lícito e o que não o é para o Estado, sendo que deixam fora de

seu alcance um núcleo irredutível de liberdade, limitando assim o poder (FERREIRA FILHO, 2005, p. 30).

Ainda, para Ferreira Filho (2005, p. 48), a concepção clássica dos direitos do Homem concerne à lei e seu papel, de modo que o exercício concomitante dos direitos fundamentais por todos os seres humanos exigiria uma coordenação, uma regulamentação que impeça as colisões. Assim, o Estado social necessita de um mínimo de disciplina no exercício dos direitos naturais, sendo que para tal regulação possuir legitimidade e ser justa de fato, a mesma não pode ser arbitrária. Em razão disso, apenas a lei poderá limitar o exercício da liberdade.

No mesmo sentido, Meirelles (2016, p. 151) acrescenta que:

[...] convém repetir, que o Estado é dotado de poderes políticos exercidos pelo Legislativo, pelo Judiciário e pelo Executivo, no desempenho de suas funções constitucionais, e de poderes administrativos que surgem secundariamente com a administração e se efetivam de acordo com as exigências do serviço público e com os interesses da comunidade. Assim, enquanto os poderes políticos identificam-se com os Poderes de Estado e só são exercidos pelos respectivos órgãos constitucionais do Governo, os poderes administrativos difundem-se por toda a Administração e se apresentam como meios de sua atuação. Aqueles são poderes imanes e estruturais do Estado; estes são contingentes e instrumentais da Administração.

Os referidos conceitos evidenciam as características dos direitos fundamentais, garantias formadas ao longo do tempo, inerentes aos indivíduos e reconhecidas por uma ordem constitucional, no intuito de atingir a concretização do respeito à dignidade humana.

Em face de tais circunstâncias e tendo em vista a presente discussão, faz-se mister ressaltar os princípios da liberdade de ir, vir e permanecer, bem como a livre iniciativa.

O artigo 170 da Constituição Federal de 1988 assevera que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, de modo que assegura o princípio da livre iniciativa (BRASIL, 1988) - dispositivo constitucional que é conhecido por ter configurado o princípio da dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca e inerente do ser humano, sendo, portanto, irrenunciável e inalienável, na medida

em que constitui elemento que qualifica a própria pessoa humana. Sendo assim, não há como a pessoa se desfazer dessa qualidade, por ser a ela intrínseca (OLIVEIRA, 2007, p. 176).

Conforme traz Bandeira de Mello (1999, p. 175), o Estado, em regime submisso aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência consagrados na Constituição do país, não pode interferir na atividade econômica exercida por particulares. Sendo tal exercício da atividade econômica protegido por lei, extingue-se quanto ao Poder Público a possibilidade de determinar questões como quantidade de produtos produzidos, fixar montante de produtos a serem comercializados de cada vez, entre outras questões.

Para Silva (2002), a liberdade física é constituída em liberdade de locomoção e liberdade de circulação, sendo que a liberdade de locomoção é o direito de ir e vir, ficar e permanecer sem necessidade de qualquer autorização ou privação desse direito. Por sua vez, o direito de circulação resume-se à manifestação característica da liberdade de locomoção, ou seja, direito de ir, vir e ficar, podendo o indivíduo optar por deslocar-se ou não em via pública ou afetada ao uso público.

Diante do exposto, é possível perceber que os direitos fundamentais conduzem e coadunam, de certa forma, a vida em sociedade, tendo em vista sua extrema importância e história. A característica inviolabilidade dos mesmos atua fixando limites em relação ao que deve ser estabelecido e respeitado pelo Estado, configurando assim verdadeiras limitações normativas ao poder deste. No entanto, essas limitações não são soberanas e podem ser flexibilizadas em certas hipóteses, que serão abordadas a seguir.

## **2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA O ENFRENTAMENTO DE SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS**

### **2.1 Ferramentas do Direito Administrativo para a Limitação da Liberdade e da Propriedade**

Ainda que os direitos fundamentais possuam indiscutível destaque em face às relações que permeiam a sociedade, o Estado dispõe de diversos meios, recursos e fundamentos que o permitem realizar certas limitações a tais direitos, quando necessário, como a título de exemplo, no estado de necessidade administrativa e situações de calamidade pública.

Gasparini (2011, p. 869) afirma, a respeito da intervenção do Estado na propriedade e no domínio econômico:

O desfrute de bens, o exercício de direito e o desempenho de atividade particular conformam-se com certos limites, impostos pela ordem jurídica. Essa limitação ocorre em todos os Estados, inclusive nos que reconhecem e asseguram a propriedade privada, garantindo os regimes da livre competição e da liberdade de iniciativa. Nesses Estados, chamados sociais-liberais, a propriedade e o exercício das atividades econômicas estão condicionados ao bem-estar da sociedade.

Tais possibilidades existem e ocorrem em razão dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o particular, bem como a característica de superioridade jurídica do Estado.

Insta frisar a necessidade de satisfação do interesse público - princípio expressamente previsto no artigo 2º, caput e parágrafo único, da Lei nº 9.784/99 (BRASIL, 1999), segundo di Pietro (2011, p. 67/68) - o qual rege as condutas dos agentes públicos e, por consequência, o Direito Administrativo como um todo.

A respeito de tal princípio, Bandeira de Mello (1997, p. 29) explicita:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.

Outrossim, a respeito das calamidades públicas, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) elucida em seu artigo 136, caput:

O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

Além disso, o parágrafo 1º do referido artigo da Constituição Federal traz a determinação de que o decreto que institua o estado de defesa necessariamente explicita o tempo de sua duração, bem como especifique as áreas que ele diz respeito sobre e quais medidas coercitivas irão vigorar,

conforme o permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro - e o inciso II preceitua sobre a possibilidade de se adotar a ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos (BRASIL, 1988).

Analisando o exposto acima, logo vê-se que a intervenção do Estado deve ocorrer considerando os interesses da comunidade, porém tal possibilidade somente é possível se efetuada com observância aos direitos e garantias dos administrados - situação que demonstra o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

No âmbito do campo de atuação estatal, Diniz (2018) afirma que como características desta coerção administrativa têm-se:

[...] a discricionariedade, a auto executoriedade e a coercibilidade. A primeira consiste no poder que a autoridade administrativa tem de escolher, dentro dos limites legais, por meio dos critérios de oportunidade e conveniência, o ato a ser praticado; a segunda é a possibilidade que certos atos administrativos possuem de execução imediata e direta pela própria Administração Pública, independentemente de ordem judicial; e a última reflete o atributo pelo qual os administradores impõem aos administrados as medidas adotadas, podendo, em alguns casos e respeitados certos limites, utilizar-se de força.

A princípio, deve-se esclarecer que qualquer intervenção deverá ser proporcional e razoável, sendo as medidas utilizadas apropriadas para atingir o intuito previsto no mandamento, bem como deve-se questionar se o meio escolhido é eficiente e pertinente para o resultado almejado ser alcançado ou, no mínimo, aproximado ou estimulado – de modo a satisfazer o princípio da proporcionalidade. Quanto o princípio da razoabilidade, deve-se questionar a necessidade daquele ato, sendo escolhida a decisão que acarrete menos complicações possíveis para a coletividade, de modo que não será necessária se o objetivo a ser atingido puder ser alcançado por meio de medida distinta que traga menos ônus para a sociedade (MENDES; BRANCO, 2015, p. 332/333).

Conforme Heinen (2012, p. 169/170), as tidas limitações administrativas são restrições gerais, uniformes e abstratas sobre o direito de propriedade dos indivíduos, em situações fáticas idênticas. As mesmas são originadas por ato da Administração Pública e acabam por gerar obrigações de fazer, de não fazer ou de tolerar - as quais possuem a finalidade de respeitar o princípio do interesse público sobre o privado.

Heinen (2012, p. 170) acrescenta sobre as limitações constantes no âmbito administrativo:

Como o ônus vem em benefício de todos, um grande número de administrados absorve este fardo uniformemente, bem como não há perda da finalidade essencial do bem atingido, não há que se falar em indenização. Até porque a limitação administrativa visa a condicioná-la à sua função social, dentro de uma moldura legal.

Portanto, a limitação dos direitos individuais possui próxima relação com o poder de polícia do Estado, uma vez que a mesma possui a incumbência de criar e manter as condições ideais para a vida em sociedade com paz e harmonia (DE OLIVEIRA, 1980, p. 16).

Para di Pietro (1978, p. 18/21), embora inexista absoluta uniformidade terminológica no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, a palavra “limitação” em seu sentido estrito significa somente a regulamentação do seu exercício, de modo a adequá-la aos interesses da coletividade sem prejudicar o direito do indivíduo.

Ainda, conforme traz de Oliveira (1980, p. 16):

A limitação administrativa é um dos instrumentos de intervenção do Estado na propriedade privada - na sua ampla acepção, intervenção ordenatória, abstrata e geral, na propriedade e na atividade privadas, limitativa de exercício de direitos, gratuita, permanente e indelegável. Sua universalidade, ou seja, sua aplicação uniforme sobre propriedades ou atividades de uma mesma classe, garante-lhe a gratuidade. O sacrifício limitatório é a todos imposto, na mesma medida, sem exceção, incidindo sobre relações jurídicas indeterminadas, apenas determináveis quando da sua aplicação.

Portanto, face ao exposto, é possível afirmar que o referido princípio da supremacia do interesse público sobre o particular pode ser definido como o dever de se assegurar a superioridade do interesse da coletividade, o qual prevalece até mesmo como condição de sobrevivência e asseguramento do próprio interesse do particular, sendo o interesse público presente em toda e qualquer das normas do Direito Administrativo ou relação jurídica por ele presidida.

Devido a pandemia do COVID-19 no Brasil, o Poder Público vem estabelecendo as medidas cabíveis para evitar a proliferação do vírus

e diminuir as consequências trazidas pelo mesmo, de modo que foram e continuam sendo editadas normas com o fim de proteger a vida humana.

No entanto, em que pese as normas supracitadas e as medidas adotadas, o Estado e a sociedade vêm sendo prejudicados com as consequências advindas do COVID-19, mas também com o desemprego e o fechamento do comércio, visto que muitos foram impedidos de exercer seu labor, uma vez que algumas normas decretaram o encerramento temporário das atividades comerciais para determinados ramos de negócios.

Sendo assim, resta evidenciado que, no que tange às normas editadas no contexto da pandemia do COVID-19, mesmo com a publicação de inúmeros decretos normativos para amenizar e regular as questões oriundas da pandemia do vírus, não há respostas para todas as indagações que surgem, considerando a imprevisibilidade da situação e da existência de lacunas legais (TOLENTINO, 2020).

Independentemente do respaldo legal que assegura a atuação do Poder Público nesse sentido de traçar restrições à população, nota-se que o exercício do poder de polícia não é ilimitado, como abordado anteriormente, uma vez que tal intervenção deve respeitar o princípio da proporcionalidade e manter certo equilíbrio entre a liberdade e autoridade. Tendo isso em vista, resta abordar as ferramentas do Direito Administrativo para a limitação da liberdade e da propriedade.

## **2.2 O estado de necessidade administrativo**

Visto o exposto, resta evidente a relação entre o Poder Público, o poder de polícia do Estado, a supremacia do interesse público sobre o privado e as restrições impostas em razão da pandemia do COVID-19.

Conforme Duarte Neto (2016), não está consagrado no ordenamento jurídico brasileiro quaisquer direitos absolutos aos cidadãos, visto que viver em sociedade não admitiria essa garantia e que, para tanto, há a necessidade de um regime de relativização das liberdades públicas. No caso concreto, ao ocorrer conflito de direitos, devem ser sopesados os bens jurídicos protegidos e mitigá-los de modo a alcançar a harmonia social.

Insta fazer ressalva quanto à afirmação de que não há direitos absolutos no ordenamento jurídico brasileiro - o que se refere aos direitos que permeiam o assunto das restrições impostas pelas

autoridades sanitárias em face da pandemia do Coronavírus, quais sejam direitos fundamentais de ir e vir e livre iniciativa, bem como o direito fundamental à saúde e o da supremacia do interesse público sobre o particular.

Para Correia (2010, p. 2), o estado de necessidade é princípio originado antes à formulação legislativa. Em razão disso, por exemplo, no Direito Administrativo brasileiro, não obstante inexistir norma escrita enunciando com âmbito geral o princípio referente ao estado de necessidade, a consolidação deste ocorre por intermédio de construções jurisprudenciais que acabam extraindo-o de outros princípios gerais de direito, bem como de institutos ou preceitos avulsos.

O autor argumenta que, dessa maneira, a realidade social é impregnada pelo imperativo ou o dever de preservação da licitude de comportamentos que, a princípio, não estariam em conformidade com as diretrizes deontológicas provenientes do sistema jurídico brasileiro. Uma situação na qual é possível observar isso seria aquela em que o respeito e a observância das regras estatuídas acabariam por gerar prejuízos muito maiores do que um comportamento anormal ou contrário às normas ocasionaria (CORREIA, 2010, p. 3).

O artigo 188, inciso II, do Código Civil brasileiro explicita o estado de necessidade brasileiro, uma vez que assevera que não constituem atos ilícitos a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente (BRASIL, 2002).

A respeito do estado de necessidade administrativo, Correia (2010, p. 3) argumenta que:

Trata-se aí da permissão de destruir ou danificar coisa alheia quando com isso se remove o perigo atual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro. No Direito Administrativo, a lesão direta não recai sobre coisa alheia, mas sobre o interesse público de que a Administração observe as regras estabelecidas. Da conduta administrativa desconforme, resultarão, eventualmente, também, prejuízos em esferas morais ou patrimoniais individualizadas.

Tal assunto se coaduna com o contexto originado pela pandemia do COVID-19 no Brasil à medida em que houve intervenções na esfera privada, pela Administração Pública, possibilitadas por mudanças na legislação pertinente, conforme será demonstrado a seguir.

### **2.3 A dialética entre a proteção da saúde pública e a garantia das liberdades individuais no ordenamento jurídico**

O atual cenário político, econômico e social decorrente da pandemia do COVID-19 gerou a necessidade de atuação urgente dos agentes do Estado na prevenção e contenção da pandemia, e na proteção da população brasileira. Assim, houve a adoção de medidas que acabam por impor limites e restrições aos direitos individuais, como há muito tempo não se via.

Tendo em vista o abordado no presente estudo até este momento, é de extrema pertinência reunir e analisar a legislação de saúde já existente que permite a adoção de medidas urgentes e restritivas, necessárias para conter a contaminação do COVID-19, dentro da esfera de poder do Estado em atuar sobre as liberdades individuais.

Inicialmente, a Lei nº 8.080/1990 regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de Direito público ou privado (BRASIL, 1990).

A mesma legislação abrange também as ações de vigilância epidemiológica adotadas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), sendo que o artigo 2º da mesma explicita que, por vigilância epidemiológica, entende-se um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos (BRASIL, 1990).

Não obstante, o artigo 15º, inciso XIII da Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990) estabelece o papel da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de realizar, em seu âmbito administrativo, o atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias. A autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização — hipótese que se adequa perfeitamente à atual situação em que o Brasil se encontra.

Em consonância ao que a referida legislação aborda, a Lei nº 6.259/1975 dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações e estabelece

normas relativas à notificação compulsória de doenças e as ações estatais possíveis (BRASIL, 1975).

Dessa maneira, o artigo 7º, inciso I, da Lei nº 6.259/1975 (BRASIL, 1975) afirma como de notificação compulsória às autoridades sanitárias os casos suspeitos ou confirmados de doenças que podem implicar medidas de isolamento ou quarentena, de acordo com o Regulamento Sanitário Internacional.

Ademais, têm-se a Lei nº 6.437/1977 que configura as infrações à legislação sanitária federal, bem como estabelece as sanções respectivas às tais infrações sanitárias, cujo rol se estende no artigo 10º, trazendo as seguintes condutas: no inciso VI, a conduta de deixar, aquele que tiver o dever legal de fazê-lo, de notificar doença ou zoonose transmissível ao homem, de acordo com o que disponham as normas legais ou regulamentares vigentes; no VII, a de impedir ou dificultar a aplicação de medidas sanitárias relativas às doenças transmissíveis; no VIII, deixar de executar, dificultar ou opor-se à execução de medidas sanitárias que visem à prevenção das doenças transmissíveis e sua disseminação, à preservação e à manutenção da saúde; no IX, a de opor-se à exigência de provas imunológicas ou à sua execução pelas autoridades sanitárias; no X, obstar ou dificultar a ação fiscalizadora das autoridades sanitárias competentes no exercício de suas funções; e, por fim, no XIX a de transgredir outras normas legais e regulamentares destinadas à proteção da saúde (BRASIL, 1977).

Em seu artigo 2º, a referida legislação estabelece a possibilidade de aplicação, no caso de infrações sanitárias, das penalidades de advertência; multa; interdição parcial ou total do estabelecimento; cancelamento de autorização para funcionamento da empresa; e cancelamento do alvará de licenciamento de estabelecimento, alternativa ou cumulativamente, sem prejuízo das sanções de natureza civil ou penal cabíveis (BRASIL, 1977).

De modo a exemplificar a referida situação, a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus responsável pelo surto de 2019 e fixou normas sobre as medidas emergenciais para o enfrentamento do COVID-19 (BRASIL, 2020).

A referida lei federal instituiu em seu artigo 3º que, para fins de enfrentamento da emergência de saúde, as autoridades poderiam adotar - no âmbito de suas competências - medidas de isolamento; quarentena; determinação de realização compulsória de exames médicos ou testes laboratoriais; investigação epidemiológica; restrição excepcional e

temporária de entrada e saída do país por rodovias, portos e aeroportos, etc (BRASIL, 2020).

Ainda, outras inúmeras medidas foram adotadas, a exemplo do distanciamento social; isolamento e/ou quarentena compulsórios; realização obrigatória de exames médicos, restrição excepcional e temporária de entrada e saída do país, requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, medidas essas previstas na Lei Federal nº 13.979 (BRASIL, 2020); bem como, o uso de máscaras de proteção; a suspensão, proibição e fechamento de comércios a fim de evitar a formação de aglomerações; a suspensão de atividades escolares e cursos no geral; a limitação de horário em certos estabelecimentos e até a aplicação de toque de recolher em algumas localidades - o que ocasionou queda nos setores produtivos devido à redução do consumo da população.

Frente a tal panorama, também foi editado o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (BRASIL, 2020), que reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública com efeitos até 31 de dezembro de 2020, o qual possui correlação com diversas medidas provisórias e leis complementares, tais como a Lei Complementar nº 173 de 27 de maio de 2020 (BRASIL, 2020), que estabeleceu o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus e outras determinações para confronto da pandemia. Entre as medidas para contenção de despesas nacionais, encontra-se a determinação de congelamento de concursos públicos até 31 de dezembro de 2021.

Ademais, houve também decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) que ratificou com unanimidade o entendimento de que, no que tange à medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341, a qual foi deferida em março, as medidas empregadas pelo Governo Federal na Medida Provisória (MP) 926/2020 para repressão do contágio pelo Coronavírus não afastam a competência concorrente e a tomada de providências normativas e administrativas a ser realizada pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios (SUPREMO, 2020).

Na referida decisão do STF, a maior parte dos ministros anuíram à proposta do ministro Edson Fachin no sentido de que o artigo 3º da Lei nº 13.979/2020 tenha sua interpretação feita também conforme a Constituição Federal e, sendo assim a União pode legislar a respeito da temática com resguardo da autonomia dos demais entes (SUPREMO, 2020).

Conclui-se que a MP não impede a prática de atos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios considerados para a competência

concorrente para legislar sobre assuntos referentes à saúde prevista no artigo 23, inciso II, da Constituição Federal. Assim, a norma teve sua edição visando minimizar a crise sanitária, considerando a coletividade e a saúde pública (SUPREMO, 2020, p. 5).

Em termos municipais, a título de exemplo, destacam-se também os Decretos nº 27.972/2020 e 27.980/2020 do município de Foz do Iguaçu, no Paraná. Esse último declarou situação de emergência no município de Foz do Iguaçu e, em decorrência disso, definiu outras medidas de enfrentamento da pandemia decorrente do Coronavírus como a suspensão de atividades como cinemas, feiras, clubes e da prestação de serviços médicos eletivos no setor público e privado de saúde; a proibição dos condomínios residenciais de disponibilizarem seus salões de uso comum para eventos; o fechamento de shopping centers, lojas comerciais, prestadores de serviços e comércio em geral, excetuados os serviços considerados essenciais, entre outras medidas (BRASIL, 2020).

Ademais, tendo em vista o prolongamento da situação de pandemia em razão do Coronavírus e a falta de perspectiva para o fim dessa, houve a criação do projeto de Lei nº 566/2020, apresentado em 18 de dezembro de 2020 (BRASIL, 2020) com o intuito de prorrogar a vigência do supracitado Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, que reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública - o qual aguarda despacho do presidente da Câmara dos Deputados.

Face às circunstâncias geradas pelo Coronavírus, a edição de tais atos criados em meio à pandemia que foram citados ao longo da pesquisa mostrou-se de extrema importância para contenção do contágio, bem como ocorreu dentro dos limites previstos pela legislação.

A Lei nº 13.979/2020 traz, em seu artigo 5º, o dever dos administrados de colaboração com as autoridades sanitárias para comunicação imediata de possíveis contatos com agentes infecciosos do vírus. O artigo 6º determina a obrigatoriedade de compartilhamento entre órgãos e entidades da Administração Pública de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo vírus (BRASIL, 2020).

Tais previsões são compatíveis com o disposto no artigo 7º, inciso I, da Lei nº 6.259/1975 (BRASIL, 1975) que prevê a notificação compulsória às autoridades sanitárias dos casos suspeitos ou confirmados de doenças que possam implicar em medidas de isolamento ou quarentena. Ademais, aquele que deixar de notificar doença transmissível, de acordo com as

normas vigentes, conforme artigo 10º, inciso VI da Lei nº 6.437/1977 está sujeito à sanção pela infração sanitária (BRASIL, 1977).

Conforme exposto anteriormente no presente tópico, há previsão legal na Lei nº 8.080/1990, em seu artigo 15º, inciso XIII (BRASIL, 1990) para que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios atendam às necessidades coletivas urgentes e transitórias que decorram de situações de calamidade pública, podendo requisitar bens e serviços de pessoas naturais ou jurídicas. Tendo em vista o reconhecimento pelo Decreto Legislativo nº 6/2020 (BRASIL, 2020), da ocorrência de tal estado de calamidade, há respaldo para que os entes da organização político-administrativa do Brasil atuem de tal maneira.

Ainda, com o reconhecimento do estado de calamidade pública, houve a necessidade de criação de norma dispondo a respeito das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública, qual seja, a Lei nº 13.979/2020 (BRASIL, 2020).

A título de exemplo, ressalta-se o artigo 3º, inciso III da referida norma ao determinar que, eventualmente, poderá ser requerida a realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas ou outras medidas profiláticas (BRASIL, 2020). Tal determinação coaduna com o exposto no artigo 10, inciso VIII da Lei nº 6.437/1977 que configura como infração à legislação sanitária federal deixar de executar ou opor-se à execução de medida sanitária que vise à prevenção das doenças transmissíveis e sua disseminação (BRASIL, 1977), uma vez que determinado exame médico pode confirmar a contaminação pelo Coronavírus - hipótese que caso não seja descartada, poderá acarretar a contaminação de mais pessoas.

Exemplificativamente, o Decreto nº 27.972/2020 do município de Foz do Iguaçu, no Paraná, estabeleceu medidas adicionais de controle, prevenção e fiscalização para enfrentamento da pandemia. O primeiro, trouxe em seu artigo 3º e incisos I, II, IV, V e VI a suspensão de atividades comerciais como academias, danceterias e similares, casas noturnas, feiras livres e comércios de tabacaria com consumo no local, tendo vedado em seu artigo 2º a realização de qualquer tipo de evento com aglomeração de pessoas (BRASIL, 2020).

Ainda, o Decreto nº 27.980/2020 declarou situação de emergência no município de Foz do Iguaçu, tendo decretado diversas imposições, como por exemplo, seu artigo 3º, §2º que determinou a limitação da quantidade de usuários no transporte coletivo; o artigo 5º, §6º, que determinou que

os estabelecimentos de atividades essenciais deveriam limitar a venda de mercadorias por consumidor para impedir a formação de estoque; seu artigo 8º que proibiu festas de qualquer natureza e o artigo 11º que limitou a participação em velórios ao número de 10 (dez) pessoas, entre outras medidas (BRASIL, 2020) - impondo, assim, nenhuma medida que resultasse em direitos fundamentais cassados, mas sim, restrições razoáveis para mitigar o contágio pelo COVID-19.

Ante os perigos graves do referido vírus, essas previsões legais, na prática, se encontram dentro dos limites abordados ao longo da pesquisa, isto é, com obediência aos pressupostos de necessidade, conveniência, proporcionalidade, eficácia, impessoalidade, respeito aos direitos fundamentais e, sobretudo, de que tais atos sejam editados com o intuito de satisfação do interesse público, bem como às características da coerção administrativa de discricionariedade, a auto executoriedade e a coercibilidade.

Destaca-se, ainda, que não houve violação ao princípio da proporcionalidade e da eficácia, uma vez que as medidas adotadas - tais como isolamento social, *lockdown* e limitações quanto ao número de pessoas em determinado local, conforme traz a Lei Federal nº 13.979/2020 e os Decretos nº 27.972/2020 e 27.980/2020 do município de Foz do Iguaçu (BRASIL, 2020) - são aptas e apropriadas ao se considerar a finalidade almejada, qual seja, frear o contágio pelo Coronavírus, conforme indicado por inúmeras pesquisas feitas por autoridades na área da saúde no mundo todo.

Também insta frisar a inexistência de medidas distintas que resolvessem tal questão com um ônus menor à sociedade, de modo que conclui-se não ter ocorrido violação na edição de tais normas aos pressupostos de necessidade, pois em face de tal situação extrema de emergência da saúde pública é necessário agir para diminuir ao máximo a contaminação do vírus.

Da análise dos textos normativos abordados, logo vê-se que as medidas restritivas impostas nada mais pretendiam do que preservar a satisfação do interesse público, a segurança da população e do sistema de saúde, evitando sua sobrecarga, considerando a incógnita ameaça do Coronavírus; a situação de pandemia que tornou vigente um regime excepcional no que tange à matéria de proteção de liberdades, direitos e garantias; e o impacto positivo que o isolamento social, entre outras determinações, poderia gerar.

Não obstante, faz-se necessário ressaltar também a obediência às seguintes características da coerção administrativa: discricionariedade, dado que tais atos se encontram no âmbito de escolha da autoridade administrativa,

dentro dos critérios de oportunidade e conveniência; auto executoriedade, visto a possibilidade de execução imediata e direta de determinados atos administrativos pela Administração Pública; e a coercibilidade, que permite a imposição das medidas adotadas aos administrados.

Resta ressaltar que os direitos que permeiam o assunto das restrições impostas pelas autoridades sanitárias em face da pandemia do Coronavírus, quais sejam direitos fundamentais de ir e vir e livre iniciativa, o direito fundamental à saúde e o da supremacia do interesse público sobre o particular não são absolutos, de modo que sejam inquestionáveis e invioláveis em qualquer situação e contexto. A vida em sociedade não admite tal garantia.

Reitera-se que os direitos fundamentais foram originados a partir de um desenvolvimento histórico da relação entre o homem e o Estado, de maneira que uma vida equilibrada em sociedade - juntamente com seus benefícios - acarreta a obrigação de, se necessário para atingir a harmonia social, que as liberdades públicas sejam relativizadas.

Por fim, têm-se que os referidos textos normativos se encaixam nas hipóteses abarcadas e permitidas pelo Direito Administrativo para que pudessem ocorrer tais flexibilizações dos direitos fundamentais de ir e vir, livre iniciativa e as garantias das liberdades individuais, haja vista o nobre intuito de proteção da saúde pública e a situação atípica em que foram criados.

## CONCLUSÃO

A pesquisa efetuada teve por escopo realizar uma análise dos fundamentos constitucionais para a proteção da saúde pública e a garantia das liberdades individuais no âmbito do Direito Administrativo, em face da pandemia do novo Coronavírus no Brasil, sobretudo no que tange aos Decretos Municipais de Foz do Iguaçu, no Paraná.

Paratanto, efetuou-se preliminarmente uma breve contextualização da pandemia do novo Coronavírus no território brasileiro, bem como de suas consequências para a saúde, a economia e a ordem pública, em especial no que diz respeito à edição de diversos atos normativos pelas autoridades sanitárias com medidas excepcionais de restrição de diversas atividades comerciais, da autodeterminação, do direito de ir e vir e livre iniciativa da população - hipótese na qual destacou-se o seguinte questionamento jurídico: até quais circunstâncias caberia o dever do Estado de intervenção no âmbito das liberdades individuais?

Logo, tal cenário torna nítido o confronto do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, em face do dever de contenção de danos à saúde pública. Assim, também foi necessário realizar um estudo sobre as prerrogativas de Direito público, qual seja o poder de polícia do Estado - principal instrumento para regular a prática de atos em razão de interesse público relativo à segurança, higiene, ordem, tranquilidade pública ou respeito aos direitos individuais ou coletivos -, sendo que para não violar os direitos individuais, a polícia administrativa deve cumprir com os requisitos: necessidade, proporcionalidade e eficácia.

Não obstante, no presente estudo foram abordados assuntos e conceitos pertinentes aos direitos fundamentais de ir e vir e livre iniciativa, os quais são abarcados pela Constituição Federal de 1988 e consistem em limitações ao Poder Público. É válido lembrar, porém, que existem certos limites ao exercício dos direitos naturais para que haja um convívio equilibrado e pacífico em sociedade, bem como há hipóteses em que é possível ocorrer a flexibilização dos mesmos.

Ainda, tratou-se também dos fundamentos constitucionais para a atuação do Estado, visando o enfrentamento de situações excepcionais que acabariam ensejando limitações aos direitos de liberdade e propriedade, como o estado de necessidade administrativo e situações de calamidade pública, institutos cuja existências se dá devido aos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o particular e regem o Direito Administrativo, de forma que a intervenção do Estado deve ser realizada com valorosa observação dos direitos dos administrados e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Insta frisar que o presente estudo teve um enfoque mais centralizado no estado de necessidade administrativo, uma vez que tal permissão de intervenção estatal na esfera moral ou patrimonial dos indivíduos se enquadra com precisão na situação atual causada pelo Coronavírus, na medida em que houve urgência para a atuação dos agentes sanitários e do Estado na contenção da pandemia, considerando o desconhecimento de diversas questões sobre o novo vírus e ausência de situações semelhantes antes ocorridas no país.

Fundamentando-se em tais preceitos, salienta-se a evidência da relação entre o Poder Público, o poder de polícia do Estado, a supremacia do interesse público sobre o privado e as restrições impostas em razão da pandemia do COVID-19.

Desse modo, conclui-se que, por mais que o Direito Administrativo como um todo e as atividades estatais tenham como postulado central

a supremacia do interesse público sobre o particular, o que não deve se sobrepor à indisponibilidade dos direitos fundamentais, não há o que se dizer a respeito de, no presente caso, ter ocorrido o detrimento destes em razão daqueles, uma vez que a adoção de medidas sanitárias e de prevenção do Coronavírus - guiadas pela urgência e imprevisibilidade da situação como um todo - possuía como principal intuito, de modo implícito, possibilitar o direito fundamental da população à saúde.

Em face do exposto e com base no levantamento bibliográfico, juntamente à análise de artigos da Constituição Federal, leis e determinados Decretos Municipais editados durante o período da pandemia, frisa-se ainda que as restrições em questão foram instituídas de acordo com o exercício das prerrogativas do Estado e seu propósito de garantir os interesses da coletividade, sem ensejar qualquer cassação dos direitos individuais - situação que se enquadra com precisão no âmbito do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

AQUINO, M. L. Estela *et al.* Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 25, p. 2423-2446, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/csc/2020.v25suppl1/2423-2446/pt>. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 out. 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm). Acesso em: 05 dez. 2020.

BRASIL. Lei n. 6.259, de 30 de outubro de 1975. Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 out. 1975. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16259.htm). Acesso em: 07 dez. 2020.

BRASIL. Lei n. 6.437, de 20 de agosto de 1977. Configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 ago. 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6437.htm). Acesso em: 07 dez. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 dez. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 08 dez. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 jan. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm). Acesso em: 05 dez. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 05 dez. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 06 fev. 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20medidas%20para,Art.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20medidas%20para,Art.). Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. Decreto-lei n. 27.972, de 17 de março de 2020. Adota medidas adicionais de controle, prevenção e fiscalização para enfrentamento da emergência em saúde pública de importância internacional decorrente do Novo Coronavírus (COVID-19), em complemento ao Decreto nº 29.963, de 15 de março de 2020. **Diário Oficial do Município**, Poder Executivo, Foz do Iguaçu, PR, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pr/f/foz-do-iguacu/decreto/2020/2797/27972/decreto-n-27972-2020-adota-medidas-adicionais-de-controle-prevencao-e-fiscalizacao-para-enfrentamento-da-emergencia-em-saude-publica-de-importancia-internacional-decorrente-do-novo-coronavirus-covid-19-em-complemento-ao-decreto-n-29963-de-15-de-marco-de-2020>. Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. Decreto-lei n. 27.980, de 19 de março de 2020. Declara Situação de Emergência no Município de Foz do Iguaçu e define outras medidas de enfrentamento da Pandemia decorrente do Coronavírus. **Diário Oficial do Município**, Poder Executivo, Foz do Iguaçu, PR, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pr/f/foz-do-iguacu/decreto/2020/2798/27980/decreto-n-27980-2020-declara-situacao-de-emergencia-no-municipio-de-foz-do-iguacu-e-define-outras-medidas-de-enfrentamento-da-pandemia-decorrente-do-coronavirus>. Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 mar. 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm). Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Lei Complementar n. 173, de 27 de maio de 2020. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 maio 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-complementar-n-173-de-27-de-maio-de-2020-258915168>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Projeto de Decreto Legislativo n. 566/2020. Prorroga a vigência do Decreto Legislativo nº 6, de 2020, que reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 dez. 2020. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1954292&filename=PDL+566/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1954292&filename=PDL+566/2020). Acesso em: 12 mar. 2021.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. B. Liberdade de Iniciativa. Intromissão estatal indevida no domínio econômico. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, n. 1, p. 173-184, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 15 abr. 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>. Acesso em: 12 dez. 2020.

CAETANO, M. **Princípios fundamentais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CORREIA, J. M. S. **Revisitando o estado de necessidade**. Coimbra: Almedina, 2010.

CRODA, J. H. R.; GARCIA, L. P. **Resposta imediata da Vigilância em Saúde à epidemia da COVID-19**. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ress/a/zMMJJZ86vnrBdqpKtfsPL5w/?lang=pt>. Acesso em: 20 maio 2021.

DE OLIVEIRA, F. A. Restrições ou limitações ao direito de propriedade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 141, p. 15-30, jul./set. 1980.

DINIZ, L. O. S. O poder de polícia nas operações de garantia da lei da ordem: limites e discricionariedade. **Revista Âmbito Jurídico**, v. 171, abr. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/o-poder-de-policia-nas-operacoes-de-garantia-da-lei-da-ordem-limites-e-discricionariedade/>. Acesso em: 09 nov. 2020.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**, 24. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2011.

DI PIETRO, M. S. Z. **Servidão administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

ENTERRÍA, E. G.; FERNÁNDEZ, T. R. **Curso de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos humanos fundamentais**. Saraiva, 2005.

FERREIRA, R. P. Poder de Polícia: uma garantia à supremacia do interesse público. **Revista Âmbito Jurídico**, v. 199, ago. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/poder-de-policia-uma-garantia-a-supremacia-do-interesse-publico/>. Acesso em: 8 dez. 2020.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HEINEN, J. Limitações administrativas e o conteúdo econômico da propriedade: uma “desapropriação à brasileira”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 260, p. 167-181, maio/ago. 2012.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LAZZARINI, A. Limites do poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 198, p. 69-83, out./dez. 1994.

LIMA, R. B.; MELO, G. K. R. M. M. Delegação do Poder de Polícia. **Revista Âmbito Jurídico**, v. 196, maio 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/delegacao-do-poder-de-policia/>. Acesso em: 9 nov. 2020.

MAZZA, A. **Relação jurídica de administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZA, A. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DUARTE NETO, J. C. Poder de Polícia. **Revista Âmbito Jurídico**, v. 155, dez. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/poder-de-policia/>. Acesso em: 08 out. 2020.

OLIVEIRA, D. A. **Da ordem econômica constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana: Um enfoque ao art. 170 da Constituição Federal**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Marília, Marília, 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Q&A on coronaviruses (COVID-19): How can we protect others and ourselves if we don't know who is infected?** 2020. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19>. Acesso em: 11 mar. 2021.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STERN, K. O juiz e a aplicação do direito. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. v. 1. São Paulo: Malheiros, p. 505-515, 2001.

TÁCITO, C. O poder de polícia e seus limites. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 27, p. 1-11, jan. 1952.

TOLENTINO, A. A. M. COVID-19, impactos nos contratos administrativos e as decisões dos Gestores Públicos em conformidade com a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB. **Revista Âmbito Jurídico**, v. 203, dez. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/covid-19-impactos-nos-contratos-administrativos-e-as-decisoes-dos-gestores-publicos-em-conformidade-com-a-lei-de-introducao-as-normas-de-direito-brasileiro-lindb/>. Acesso em: 9 dez. 2020.

VINCE, F. N.; CARMO, V. M. A Legitimidade do Exercício do Poder de Polícia em Tempos de Pandemia. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 1, v. 6, p. 124-141, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/6725/pdf>. Acesso em: 11 set. 2020.

# ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA: UMA ANÁLISE DO IMPEACHMENT DE DILMA ROUSSEFF

## *BETWEEN LAW AND POLITICS: AN ANALYSIS OF THE IMPEACHMENT OF DILMA ROUSSEFF*

Marcelo Sevaybricker Moreira\*

Élber Antonielle Donizete Veronez\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A natureza do impeachment e os crimes de responsabilidade. 3 Aspectos processuais do impeachment da Presidente Dilma Rousseff. 4 Os crimes de responsabilidade de Dilma Rousseff. 5 Do cenário político do impeachment de Dilma Rousseff. 6 Conclusão.

**RESUMO:** O impeachment é um instrumento constitucional de controle do Poder Legislativo sobre o Chefe do Poder Executivo e outras autoridades. Este artigo analisa as razões e os fundamentos que levaram ao afastamento de Dilma Rousseff da Presidência da República, a partir da análise do ordenamento e da natureza jurídica deste instituto. A metodologia adotada consiste em um levantamento bibliográfico, tendo a legislação, a doutrina, a jurisprudência, os documentos que instruíram o processo no Congresso Nacional como base, além de estudos publicados sobre a política nacional contemporânea. A situação-problema que daí se sucede é se o impeachment de 2016 foi um processo legal e legítimo, ou se constituiu um golpe de Estado, analisando para tanto o contexto político da época e as acusações de crime de responsabilidade. O artigo conclui asseverando a importância do contexto político para a viabilização do impeachment, além de constatar a ausência de embasamento jurídico para a deposição de Dilma Rousseff. O texto se encerra defendendo a existência desse importante instrumento de controle do Poder Executivo, mas também a moderação em seu uso, tendo em vista o crescente número de casos (particularmente na América Latina) que se valem casuisticamente dele para fins de oposição política, violando as regras constitucionais e do sistema presidencialista.

**Palavras-chave:** Impeachment. Crimes de responsabilidade. Dilma Rousseff. Golpe de Estado.

**ABSTRACT:** *The impeachment is a constitutional instrument for controlling the Legislative Power over the Chief of Executive and the other authorities. This article analyzes the reasons and fundamentals that led to the removal of Dilma Rousseff from the Presidency of the Republic, based on the analysis of the order and legal nature of this institute. The methodology adopted consists of a bibliographic research, having the legislation, the doctrine, the jurisprudence and the documents that instructed the process in the National Congress as base. The problem situation that follows is*

\* Professor de Ciência Política da Universidade Federal de Lavras (MG), doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais, pesquisa teoria política e política brasileira.

\*\* Graduando em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA). Técnico em Informática (2017) pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sul de Minas Gerais - Campus Inconfidentes.

Artigo recebido em 30/12/2020 e aceito em 18/02/2022.

**Como citar:** MOREIRA, Marcelo Sevaybricker. VERONEZ, Élber Antonielle Donizete. Impeachment: entre o direito e a política. Uma análise do caso de Dilma Rousseff. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 41, p. 97, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

*whether the impeachment in 2016 was a legal and legitimate process, or if it constituted itself as a coup d'État, analyzing the political context of the time and the accusations of a liability crime. The article concludes by asserting the importance of the political context for making the impeachment feasible, in addition to noting the lack of legal basis for the deposition of Dilma Rousseff. The text ends by defending the existence of this important instrument of control of the Executive power, but also the moderation in its use, in view of the growing number of cases (particularly in Latin America) that use it casuistically for purposes of political opposition, violating constitutional rules and the presidential system.*

**Keywords:** *impeachment. liability crimes. Dilma Rousseff. coup d'état.*

## INTRODUÇÃO

O *impeachment* se consolidou no Brasil como um instituto de natureza política com a Constituição de 1891, já que na Carta Imperial detinha natureza penal e atingia apenas os subordinados ao monarca. Sua primeira utilização, na vigência da Constituição de 1988, foi contra o ex-presidente Fernando Collor de Mello, em 1992, acusado de corrupção e tráfico de influência. O ex-presidente respondeu no Senado Federal por crime de responsabilidade, onde foi condenado, e por crime comum no Supremo Tribunal Federal, onde foi absolvido. Neste sentido, supõe-se que o processo de *impeachment* é uma garantia fundamental, já que “a ideia de responsabilidade é inseparável do conceito de democracia”, de modo que “o *impeachment* constitui eficaz instrumento de apuração de responsabilidade e, por conseguinte, de aprimoramento da democracia” (BROSSARD, 1992, p. 7). Desde a promulgação da Constituição de 1988 até meados de abril de 2021, conforme relata Rafael Mafei (2021, p. 166), havia mais de trezentas denúncias por crime de responsabilidade apresentadas à Câmara dos Deputados. Isso revela que mesmo a eleição sendo o momento máximo da democracia, ela não basta para a sua efetivação, pois:

Só eleição, ainda que isenta, periódica e lisamente apurada, não esgota a realidade democrática, pois, além de mediata ou imediatamente resultante de sufrágio popular, as autoridades designadas para exercitar o governo devem responder pelo uso que dele fizerem, uma vez que governo irresponsável, embora originário de eleição popular, pode ser tudo, menos governo democrático (BROSSARD, 1992, p. 3).

Neste sentido, esta pesquisa busca analisar o processo de *impeachment* que afastou Dilma Rousseff (PT) da Presidência da República, expondo os principais argumentos proferidos durante o processo

e refletir sobre a natureza e a utilização desse instrumento constitucional. Inicialmente, destaca-se que o processo de *impeachment* é dividido em duas partes, a primeira consiste na análise de admissibilidade realizada pela Câmara dos Deputados (art. 51, I, da CR/1988) e a segunda compete privativamente ao Senado Federal, que deve processar e julgar o Presidente da República (art. 52, I, da CR/1988), sob a condução do Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF).

No plano político, vários fatores contribuíram para a destituição de Dilma Rousseff, como a instabilidade política, a crise econômica, a insatisfação popular, os escândalos de corrupção, o embate com o empresariado nacional e com os partidos da base aliada. Já no plano jurídico, alega-se que a ex-presidente teria editado decretos para a abertura de créditos suplementares sem a autorização do Congresso Nacional e atrasado o repasse do Tesouro Nacional ao Banco do Brasil, referente ao Plano Safra de 2015.

O presente estudo analisará primeiramente a natureza jurídica do *impeachment* e dos crimes de responsabilidade e, a partir disto, os fundamentos da denúncia que foi julgada procedente pela Câmara dos Deputados e que ensejou a condenação, infundada, de Dilma Rousseff no Senado Federal. Por fim, pondera-se também acerca da legitimidade da utilização do *impeachment* como remédio institucional em períodos de crise política e intenso embate ideológico. Não temos a pretensão de, neste pequeno espaço, fazer uma análise exaustiva do que ocorreu, mas tão-somente tecer algumas considerações à luz da literatura especializada: 1) sobre a importância institucional do *impeachment* e sua relação com o ordenamento jurídico, mas também sobre como o contexto político que o viabiliza e; 2) sobre o risco de erosão das democracias contemporâneas pelo uso casuístico que se faz desse instrumento.

## **1 A NATUREZA DO IMPEACHMENT E OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE**

Segundo José Afonso da Silva (2018, p. 110), a vontade do Estado é manifestada pelo conjunto de órgãos que formam o governo, a quem incumbe exercer as funções do poder político, sendo este “uno, indivisível e indelegável”, manifestando-se em nosso desenho institucional na função legislativa, executiva e jurisdicional. Esta teoria foi incorporada ao constitucionalismo justamente para proteger a liberdade individual e evitar

a tirania, no sentido de impedir que haja arbitrariedades no exercício do poder político. Nesta lógica, conforme o sistema de freios e contrapesos, cada uma das funções estatais realiza funções típicas e atípicas, havendo um mútuo controle, exercendo a fiscalização e a limitação de ações abusivas, evitando assim a concentração do poder e a sua utilização despótica.

Dentre as competências específicas do Poder Legislativo destaca-se o *impeachment*, que se configura como um instituto que “tem feição política, não se origina senão de causas políticas, objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e julgado segundo critérios políticos” (BROSSARD, 1992, p. 76), embora não exclua a utilização de critérios jurídicos. Isto porque, o processo não corre à mercê da inteira discricionariedade do Congresso Nacional, mas está sujeito à Lei nº 1.079/1950 e à Constituição de 1988. Cabe ressaltar que a tese da natureza política do *impeachment* não é unânime na doutrina, já que, para Marcelo Gallupo (2016), embora os crimes de responsabilidade sejam infrações políticas, isto não significa que também não detenham uma natureza penal, muito porque a própria Lei nº 1.079/50 determinou a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal.

Além disso, o próprio STF reconheceu na ADI nº 1628/SC que as unidades federativas não poderiam regulamentar a matéria, já que a competência legislativa, assim como no penal, é reservada à União. Esta interpretação está prevista na Súmula Vinculante nº 46 do STF. Vale lembrar que, sendo de origem inglesa, o *impeachment* remonta ao século XIV e tinha natureza penal, tendo sido utilizado para a retirada de ministros até o século XVIII, quando este método de inabilitação, por meio da acusação da Câmara dos Comuns e julgamento pela Câmara dos Lordes, deu lugar à queda do gabinete ministerial através do chamado voto de desconfiança ou moção de censura.

No Brasil, foi no julgamento do HC nº 4.091, de 1916, que o Ministro Pedro Lessa divergiu de seus pares e sustentou que o *impeachment* é um instituto político-constitucional; no entanto, os seus efeitos são penais. O mesmo entendimento também foi sustentado no HC nº 4.116, de 1916. Contudo, ressalta-se que a opinião de Lessa era, já naquela época, minoritária, assim como o HC nº 4.116/16 foi um posicionamento isolado do STF, pois a Suprema Corte ressaltou diversas vezes o caráter político do instituto do *impeachment*, como no HC nº 26.544 de 1937, no qual voltou a se afirmar que o impedimento se trata de medida exclusivamente política e não criminal.

Silva (2018) ressalta a natureza político-administrativa do processo, o que também foi argumentado no HC nº 70.033-SP (AgR), de relatoria do Ministro Ilmar Galvão do STF, impetrado pelo ex-presidente Fernando Collor, que tratou sobre a suposta alegação de que o então Presidente teria sofrido constrangimento ilegal por parte do Procurador-Geral da República, do Presidente da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Do mesmo modo, destaca-se o HC nº 70.055-DF (AgR), também de relatoria de Ilmar Galvão, e o HC nº 69.647-DF, de relatório do Ministro Celso de Mello, que tratou da acusação de que Collor teria sofrido coação por parte da Comissão Parlamentar de Inquérito que investigava irregularidades do Presidente em sua campanha.

Em linhas gerais, pode-se concluir que a finalidade precípua do *impeachment* é o afastamento da autoridade do cargo ocupado por ter incidido em uma infração de natureza política, tratando-se, portanto, de um mecanismo de proteção do Estado e de continuidade do governo, e não de penalização. Como antes mencionado, a primeira configuração do *impeachment* no Brasil se deu na Constituição Imperial, pois antes mesmo dos ideais liberais rompessem com o absolutismo, já se pensava em responsabilização no governo, como se vê uma “Lei especial de 1827 atribuía ao Senado o julgamento dos acusados e a aplicação das penas, que variavam das multas à prisão e até da condenação à morte natural” (CERQUEIRA, 1195, p. 91).

Contudo, foi na Constituição de 1891, de inspiração republicana, que o *impeachment* se consolidou como um instrumento de natureza exclusivamente política. Nesta, competia à Câmara dos Deputados realizar a pronúncia, que consistia na “declaração da procedência, ou improcedência da acusação contra o Presidente da República, nos termos do art. 53, e contra os Ministros de Estado nos crimes conexos com os do Presidente da República” (art. 29 da Constituição de 1891), remetendo o libelo acusatório para julgamento no Senado Federal. Já com a Constituição Federal de 1988, passou a ser competência do Senado Federal processar e julgar os crimes de responsabilidade do Presidente da República, competindo à Câmara dos Deputados apenas “autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado”, de acordo com art. 51, I da CF de 1988, exercendo apenas um juízo político e não acusatório.

Contudo, na legislação vigente não há qualquer menção à fase acusatória no Senado, problema este enfrentado pelo MS nº 21.564-DF,

julgado pelo STF durante o *impeachment* do ex-presidente Collor, no qual se propôs que o Senado adotasse por analogia as disposições dos arts. 41 a 57 da Lei nº 1.079/50, que trata do processamento da denúncia nos crimes de responsabilidade cometidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal e pelo Procurador-Geral da República, para que se realizasse então a acusação do Presidente da República. Ao juízo condenatório permanecia vigente a previsão dos arts. 24 a 38 da referida lei.

Para que ocorra o prosseguimento do *impeachment* deve haver a autorização da Câmara dos Deputados, a partir do voto de dois terços de seus membros. Partindo-se ao Senado Federal, esse julgará os crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente e Vice-Presidente da República, Ministros de Estado e Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica. Já o Supremo Tribunal Federal julgará os crimes comuns praticados pelo Presidente da República, Vice-Presidente da República e Ministros de Estado, com exclusão dos crimes de responsabilidade. Um terceiro rito também é possível, tratando-se dos crimes de responsabilidade praticados pelos Ministros do STF, membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, assim como os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes não conexos com os do Presidente da República. O processo e julgamento são de competência do Senado, sem a necessidade de autorização da Câmara dos Deputados, já que o art. 51 da CR/88 não lhe atribuiu esta competência.

Brossard pondera que a responsabilização política advém da Constituição de 1988, já que esta determinou que os atos contrários e que atentem contra suas disposições são crime de responsabilidade. Segundo ele, o “*impeachment* constitui a técnica adotada pela Constituição para proteger-se de ofensas do chefe do Poder Executivo”, sendo que a pena aplicável é política, “relacionada a um ilícito político, aplicada por entidades políticas a autoridades políticas” (BROSSARD, 1992, p. 128). Para que o *impeachment* venha a se concretizar exige-se um cálculo político, pois em alguns casos, “reconhecendo mesmo a existência de faltas, de erros e violações das leis, o Congresso terá de recuar ante as consequências graves de fazer sentar o chefe de Estado no banco dos réus” (BARBOSA, 1953, p. 109).

Para garantir a condenação, deve ser comprovada a existência de crime de responsabilidade, que consiste em “infrações político-administrativas praticadas pelo Presidente, definidos em legislação federal,

que atentam contra a Constituição e especialmente contra o rol do art. 85” (FERNANDES, 2017, p. 1129). Neste sentido, o crime de responsabilidade consiste na violação de um dever funcional, cuja consequência não é a punição criminal do Presidente, mas sim a sua destituição do cargo, pena esta essencialmente política. O artigo 85 diferencia os crimes de responsabilidade em infrações políticas, que seriam os incisos I a IV, e os crimes funcionais, do inciso V a VII.

Segundo Brossard, a determinação de que consiste em “crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal”, que permaneceu neste mesmo teor a partir da Carta de 1946, para que só depois se acrescente o “especialmente contra”, seguindo assim o rol de infrações político-administrativas, leva ao entendimento de que a própria Carta Magna “prescreveu que todo atentado, toda ofensa a uma prescrição sua, independente de especificação legal, constitui crime de responsabilidade” (BROSSARD, 1992, p. 54). Para Gallupo, o termo “especialmente” do art. 85 da CR/88 tem o significado de “exclusivamente” e não de exemplificativamente, já que ao *impeachment* também se aplicam os princípios da legalidade, anterioridade e tipicidade, em conformidade com o art. 5º, XXXIX da CR/88. Segundo o autor, “a conduta que configura crime pelo Presidente da República, seja comum, seja de responsabilidade, tem que ser explícita e detalhadamente tipificada” (GALLUPO, 2016, p. 57).

Gilberto Bercovici afirma que as condutas elencadas como crime de responsabilidade “não são situações que comportam a omissão ou a culpa, mas a atuação deliberada (e dolosa) do chefe do Poder Executivo em contraposição direta à Constituição da República” (BERCOVICI, 2015, p. 4). Esse autor sustenta que pode ser perigosa a amplitude da regra constitucional segundo o qual todo o ato atentatório à Constituição constitui crime de responsabilidade, já que isso possibilitaria que o Congresso Nacional destituísse o Presidente com grande facilidade. Portanto, exige-se neste processo de natureza político-jurídica a segurança que apenas a tipicidade das condutas passíveis de impedimento pode assegurar, devendo haver previsão estrita em lei específica dos crimes de responsabilidade, assim como determinou o art. 85, parágrafo único da Constituição, ao prescrever que os crimes serão definidos em lei especial.

Consoante isto, duas discussões fazem-se necessária neste estudo, inicialmente referente à diferenciação entre crimes de responsabilidade e atos que podem ensejar improbidade administrativa e, posteriormente,

a distinção imprescindível entre crimes de responsabilidade e os crimes comuns. Referente ao primeiro ponto, o mesmo ato definido como crime de responsabilidade pode enquadrar-se como ato de improbidade administrativa. Contudo, em relação aos agentes políticos descritos no art. 52, I e II da Constituição de 1988, a lei de improbidade tem que se limitar às sanções de caráter indenizatório, já que a perda do mandato tem regulamentação constitucional, conforme o rito de *impeachment*.

Isto porque o Constituinte quis que os crimes praticados pelas autoridades da República não fossem julgados por autoridade outra que não o Supremo Tribunal Federal (para os crimes comuns) e o Senado Federal (para os crimes de responsabilidade). Desse modo, apenas estes órgãos tem a competência para determinar a perda do cargo, não significando que a tais autoridades não se aplique a lei de improbidade administrativa, mas que a sua aplicação é limitada. Cabe ressaltar que o STF, por meio do julgamento do AgR, na Petição 3.240/DF, julgou que todos os agentes políticos, salvo o Presidente da República, encontram-se sujeitos à responsabilização por atos de improbidade administrativa como também a responsabilização por crimes de responsabilidade e que o foro por prerrogativa de função previsto na Constituição em relação aos crimes comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa. Desse modo, a única exceção é o Presidente da República, por previsão constitucional no art. 85, V da CR/88, que determina que o Chefe do Poder Executivo seja julgado pelos atos contrários à probidade na administração no Senado.

A segunda diferenciação é feita pelo Senador Antônio Anastasia (2016), que assevera que os crimes de responsabilidade não consistem em infrações penais comuns, sendo de uma natureza jurídica distinta, já que da decisão proferida em julgamento, seja condenatória ou absolutória, não cabe recurso ao Poder Judiciário. A intervenção se faz necessária apenas para resguardar direitos individuais, do contrário, é soberana a decisão da Câmara, ao autorizar a instauração do processo, e do Senado, no julgamento por crime de responsabilidade. O conceito de crime comum é utilizado em contraponto aos crimes de responsabilidade, pois “são aqueles definidos pela lei penal, mas que têm a especificidade de haverem sido cometidos pelo Chefe do Poder Executivo durante (e em razão) de seu mandato (cf. art. 86, § 4º)” (CANOTILHO, 2013, p. 1287).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Neste sentido, existem três diferenciações entre eles: “os primeiros submetem-se ao regime de tipicidade fechada, estrita, enquanto os crimes de responsabilidade são regidos por normas típicas abertas, como as constantes da Lei nº 1.079, de 1950, e da própria Constituição. Os crimes comuns são puníveis com reclusão, detenção ou multa, ao passo que as infrações de responsabilidade propriamente ditas têm a pena de *impeachment* e

Cita-se que o Presidente da República não pode responder, na vigência de seu mandato, por crimes comuns praticados que não tenham relação com o exercício de suas funções, sendo a persecução penal suspensa. No que tange aos crimes de responsabilidade, apenas os cometidos na vigência do mandato em exercício, ainda que tenha ocorrido a reeleição, o que gera discussão na doutrina. Bercovici sustenta que “a possibilidade de reeleição [não prevista no texto original da Constituição] não eliminou o fato de a Constituição prever que o mandato presidencial dura quatro anos, conforme dispõe o seu artigo 82” (BERCOVICI, 2015, p. 6). Além disso, o art. 15 da Lei nº 1.079/50 determina que a denúncia só pode ser recebida enquanto o denunciado não tiver deixado o cargo. Esta previsão não implica na responsabilização do Presidente por atos cometidos no mandato anterior, por força da independência entre os mandatos presidenciais. Contudo, este mesmo artigo leva à discussão sobre a continuidade do processo de *impeachment* caso o Presidente tenha renunciado <sup>2</sup>.

## 2 ASPECTOS PROCESSUAIS DO *IMPEACHMENT* DA PRESIDENTE DILMA ROUSSEFF

Analisada a natureza jurídica do *impeachment* e seu histórico constitucional, é importante mencionar que, para o acolhimento do pedido, deve o Presidente da Câmara dos Deputados realizar uma análise preliminar de admissibilidade da denúncia, ficando ao seu juízo se o processo deve ser arquivado ou aceito, cabendo recurso ao plenário da casa. Neste momento, deve-se considerar a “existência de ‘tipificação’ da conduta alegada e mesmo a plausibilidade das alegações, sendo essa a posição consolidada no STF” (CANOTILHO, 2013, p. 1288). Segundo Marcelo Cerqueira (1995, p. 92), é de atribuição do Presidente da Câmara dos Deputados despachar requerimentos e determinar o seu arquivamento ou desarquivamento, conforme o Regimento Interno da Casa Legislativa, em seu art. 17, II, “c” e “d”, bem como o art. 218, *caput* e § 2º. Gallupo

---

de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública por oito anos. Em terceiro lugar, os crimes comuns são de julgamento exclusivo pelo Poder Judiciário, enquanto os crimes de responsabilidade são julgados, em se tratando do Presidente da República, por órgão político, o Senado Federal, após a autorização política da Câmara dos Deputados” (ANASTASIA, 2017).

<sup>2</sup> Como veremos adiante, isto ocorreu com o ex-presidente Fernando Collor que renunciou ao mandato às vésperas do julgamento do seu *impeachment* pelo Senado Federal, de modo a preservar os seus direitos políticos. Contudo, o Senado deu prosseguimento ao julgamento e cassou os direitos políticos do já ex-presidente por oito anos, sendo tal entendimento confirmado pelo STF no julgamento do MS nº 21.689/DF.

(2016) argumenta que deverá o Presidente da Câmara dos Deputados verificar a existência dos requisitos descritos no art. 218, § 1º, podendo, caso a julgue inepta, arquivá-la. Contudo, a análise deve recair tão somente sobre tais requisitos processuais, sob pena de violação ao art. 85 da CR/88, que determina que a autorização do processo de *impeachment* compete à Câmara dos Deputados e não ao seu Presidente.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, já se manifestou no sentido de que o Presidente da Câmara dos Deputados não necessariamente está vinculado à análise apenas dos requisitos da lei, conforme o julgamento do MS nº 30.672-DF, que tratava de um *mandamus* contra a rejeição, pelo Presidente do Senado Federal, de pedido de *impeachment* do Ministro Gilmar Mendes. O mesmo entendimento se deu no MS nº 23.885-DF, em que o Supremo justificou que não cabe ao Presidente da Câmara tão somente um exame das formalidades, podendo rejeitar imediatamente se entender a acusação inepta ou descabida de justa causa.

A justa causa, similar ao conceito utilizado no processo penal (art. 395, III do CPP), significa a existência de um mínimo de lastro probatório que indique a autoria e materialidade do crime, assim como qual a norma supostamente violada pela conduta da autoridade que configure crime de responsabilidade e enseje julgamento perante o Senado Federal. Gallupo (2016) critica este juízo prévio de inadmissibilidade, quanto ao mérito, conferido ao Presidente da Câmara dos Deputados e menciona como saída a este entendimento o § 3º do art. 218 do Regimento Interno, que prevê que “do despacho do Presidente que indeferir o recebimento da denúncia, caberá recurso ao Plenário”, que decidirá por maioria simples.

A denúncia deve seguir as exigências dos arts. 14, 15 e 16 da Lei nº 1.079/1950, como que os denunciante sejam cidadãos brasileiros, no exercício de seus direitos políticos; que a autoridade denunciada esteja no exercício do cargo; e que estejam presentes na denúncia os requisitos do art. 218, § 1º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Sendo assim, em 2 de dezembro de 2015, o então Presidente da Câmara dos Deputados, o Deputado Eduardo Cunha (PMDB-RJ), a pedido dos cidadãos Hélio Bicudo, Miguel Reale Junior e Janaína Paschoal, respeitando a devida determinação do art. 14 da Lei nº 1.079/50, recebeu a Denúncia de Crime de Responsabilidade nº 1 de 2015.

No recebimento da denúncia, o Presidente da Câmara dos Deputados rejeitou parcialmente as acusações contra Dilma Rousseff, especialmente às baseadas apenas em suposições, como a de que a

Presidente teria sido omissa em relação ao mecanismo sistêmico de desvio de dinheiro e corrupção na Petrobrás, bem como as manobras orçamentárias anteriores a 2015, apontadas pelo TCU, já que a decisão sobre a aprovação dessas contas “cabe exclusivamente ao Congresso Nacional, tendo a Corte de Contas apenas emitido parecer prévio, a ser submetido ao crivo do Congresso Nacional, a quem cabe acolhê-lo ou rejeitá-lo” (AGU, 2015), considerando, ainda, a previsão do art. 84, § 4º da CR/88 como inafastável. Eduardo Cunha considerou relevantes as seguintes questões:

1. Decretos não numerados assinados pela Presidente da República e publicados entre 27 de julho e 20 de agosto de 2015;
2. Repasses não realizados ou realizados com atrasos pelo Tesouro Nacional ao Banco do Brasil, relativos à equalização de taxas de juros referentes ao Plano Safra, no exercício de 2015 (ANASTASIA, 2016).

Com a instauração do processo de *impeachment*, o Partido Comunista do Brasil (PC do B), da base aliada de Dilma, ingressou no STF com uma medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 378, questionando a compatibilidade do rito de *impeachment* do Presidente da República, previsto na Lei nº 1.079/1950, com a Constituição de 1988. O julgamento, que teve como relator o Ministro Edson Fachin, foi marcado pelo fato de que a maioria ter seguido o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que rejeitou alguns dos principais pedidos expostos pelo PC do B. Segundo ambos, não havia necessidade de defesa prévia pela acusada no recebimento da denúncia, já que esta teve a oportunidade de se manifestar anteriormente na Comissão Especial, antes da aprovação do parecer, o que não feriria a ampla defesa e o contraditório.

Além disso, enfatizou-se a autonomia partidária para a indicação dos membros da referida comissão e que a votação deveria ser aberta, garantindo transparência e publicidade em um julgamento de tamanha responsabilidade. Os ministros também convergiram sobre a possibilidade de aplicação do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 38 da Lei 1.079/50, desde que subsidiariamente e em matéria *interna corporis*, sem que isso implicasse em ofensa ao art. 85, parágrafo único da CR/88, bem como que as normas de impedimento e suspeição do CPP, aplicável aos magistrados, não incidia nos parlamentares, já que estes são movidos por convicções político-partidárias, não se submetendo apenas à Constituição e às leis, mas também à opinião popular.

De maneira geral, o plenário reafirmou o rito aplicado ao *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor.

Consoante isto, Brossard (1992) e Silva (2018) entendem que, instaurado o processo pela Câmara dos Deputados, não compete ao Senado Federal decidir se instaura ou não o processo, “pois nem teria sentido requerer o voto de dois terços da Câmara para autorizar a instauração do processo e esta ainda pender de anuência do Senado” (BROSSARD, 1992, p. 11). Esse também é o entendimento de Gallupo (2016), que sustenta a literalidade do art. 380, I do Regimento Interno do Senado Federal, não havendo possibilidade de recusar a instauração do processo pela mesa do Senado, o que para o autor, preserva a competência conferida pela Constituição às respectivas casas legislativas, qual seja, autorizar à Câmara e julgar ao Senado. O mesmo posicionamento defendeu o Ministro Edson Fachin em seu voto.

Contudo, o STF decidiu na ADPF nº 378/2015 que a Câmara dos Deputados apenas autoriza a abertura do processo de *impeachment*, cabendo ao Senado Federal o seu processo e julgamento, sendo admissível que também realize um juízo de instauração por maioria simples. Isto porque, tanto no julgamento por crimes de responsabilidade como por crime comum, se ambos os órgãos estivessem vinculados à autorização da Câmara dos Deputados, esta “estaria revestida de função já dentro do processo, o que não é compatível com o que diz a Constituição ao estabelecer que o processo, em si, apenas começa no Senado ou no STF” (BAHIA; SILVA; OLIVEIRA, 2016, p. 169). Além disso, segundo o art. 44 da Constituição e a própria lógica do sistema bicameral, não há sobreposição entre cada casa do Congresso Nacional, que são autônomas entre si.

Outra divergência entre o Ministro Edson Fachin e o Ministro Luís Roberto Barroso, tratou-se da composição da Comissão Especial destinada a elaborar o parecer de admissibilidade da denúncia, visto que o primeiro admitia, além da indicação, a candidatura avulsa, e o segundo apenas a indicação feita pelos líderes partidários ou dos blocos parlamentares, sendo que em todo caso deveria haver aprovação do Plenário. O Ministro Fachin, ademais, defendia a constitucionalidade da votação secreta para a formação da comissão especial, como determinado pelo Regimento Interno, já o Ministro Barroso votou pela publicidade que apenas a votação aberta garante ao processo, “compatível com os princípios democrático,

republicano e representativo que apenas o voto aberto possibilitaria” (BAHIA; SILVA; OLIVEIRA, 2016, p. 169).

O Ministro Luís Roberto Barroso também se posicionou sobre o rito do processo, argumentando que a Lei nº 1.079/50 não foi recepcionada em vários dispositivos pela Constituição de 1988, sendo assim, no processo de *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor adotou-se um específico rito para o seu processamento. Desde então, o Congresso Nacional manteve-se inerte em uma nova regulamentação legislativa da matéria, sendo natural, “portanto, em nome da segurança jurídica e da justiça procedimental, que se sigam as normas anteriormente adotadas” (BARROSO, 2015, p. 3).

O PC do B alegou impedimento e suspeição do Presidente da Câmara dos Deputados, sob o pretexto de que haveria conflito de interesses. Entretanto, o STF, como no *impeachment* de Collor, entendeu que há uma “distinção entre magistrados, dos quais se deve exigir plena imparcialidade, e parlamentares, que podem exercer suas funções, inclusive de fiscalização e julgamento, com base em suas convicções político-partidárias” (BARROSO, 2015, p. 5), indeferindo tal solicitação. Dentre outras medidas, decidiu-se também que é constitucional a aplicação subsidiária do Regimento Interno da Câmara e do Senado, desde que haja compatibilidade com a legislação e com as regras e princípios da Constituição, reservando-se a sua aplicação, ainda assim, às questões meramente internas.

Consoante à abertura do processo de *impeachment* e as manifestações do STF, foi formada uma comissão especial na Câmara dos Deputados, como determina o art. 19 da Lei nº 1.079/50, sendo composta por 65 deputados, respeitando a devida proporção partidária, que aprovou o relatório do Deputado Jovair Arantes (PTB-GO), em 11 de abril de 2016, com um placar de 38 deputados favoráveis e 27 contrários. Nesta comissão, a Advocacia-Geral da União, responsável pela defesa da Presidente Dilma, questionou algumas condutas aprovadas pelo Presidente da Comissão Especial, deputado Rogério Rosso (PSD-DF), que havia autorizado que os denunciantes prestassem esclarecimento sobre o conteúdo integral da denúncia, sendo que esta havia sido recebida parcialmente por Eduardo Cunha, assim como a ausência de intimação da defesa, ferindo assim garantias fundamentais do processo.

Apesar disto, em 17 de abril de 2016, com 367 votos favoráveis, superando os dois terços necessários, a Câmara dos Deputados autorizou

a instauração do processo de impedimento contra Dilma, em uma longa, acalorada e tumultuada votação. O processo, relacionado à prática de crime de responsabilidade, foi levado à apreciação do Senado Federal, como determina o art. 86 da CR/88, sendo formado uma comissão especial de 21 senadores, tendo como relator o Senador Antônio Anastasia (PSDB-MG). O relatório, favorável à admissibilidade do processo, foi aprovado em 12 de maio de 2016 por maioria simples, e com isso, iniciou-se propriamente o processo de *impeachment* contra a Presidente Dilma Rousseff, que foi afastada de suas funções para que ocorresse o julgamento em até 180 dias, enquanto isso o Vice-Presidente, Michel Temer (PMDB), assumiu interinamente a Presidência, como manda o art. 86, § 1º, II da CR/88.

Após o afastamento, ocorreu na Comissão Especial do *Impeachment* do Senado a “leitura dos autos do processo, interrogatório das testemunhas, possibilidade de contraditório, de reinquirição e de acareação das testemunhas, por iniciativa dos denunciadores ou do denunciado” (FERNANDES, 2015, p. 5). O julgamento sucedeu em 31 de agosto de 2016, sob a presidência do então Presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski. O Senador Humberto Costa (PT-PE) requereu que o julgamento fosse dividido em duas etapas, em conformidade com o art. 68 da Lei nº 1.079/50, a primeira julgaria se Dilma perderia o cargo de Presidente da República e a segunda se ela ficaria inabilitada para o exercício de função pública por oito anos, com a fundamentação de que tais sanções se constituem enquanto penas principais e autônomas. A oposição não concordou com o fatiamento, pois “a expressão ‘perda do cargo, com inabilitação’ transmite a ideia de cumulação e não de alternatividade ou escolha” (FERNANDES, 2015, p. 5).

Com isso, a Presidente Dilma Rousseff, pela obtenção de dois terços dos votos, em votação nominal e aberta (art. 67 da Lei nº 1.079/50), foi condenada à perda do cargo, com um placar de 61 senadores favoráveis e 20 contrários, mas não à inabilitação para o exercício de função pública por oito anos, com um placar de 42 senadores favoráveis, 36 votos contrários e 3 abstenções. Se fosse absolvida, seria reintegrada ao cargo com a restituição dos vencimentos. As razões para a destituição foram a tomada de empréstimos junto à instituição financeira controlada pela União e a abertura de créditos suplementares sem autorização do Congresso Nacional, condutas estas previstas no art. 85, VI, e art. 167, V, da Constituição, bem como no art. 10, itens 4, 6 e 7, e art. 11, itens 2 e 3, da Lei nº 1.079/50.

Com intuito comparativo, em relação aos crimes funcionais comuns, que também são causas de remoção do cargo, tem-se como pena principal a restritiva de liberdade. No caso do Presidente e Vice-Presidente da República aplicam-se apenas os delitos funcionais próprios, a ensejar a responsabilização na vigência do mandato, já às demais autoridades, todos os demais crimes, sendo possível a remoção do cargo. Desse modo, tratando-se de infrações penais comuns do Presidente da República, o processo é remetido ao Supremo Tribunal Federal para julgamento, conforme o art. 102, I, “b” da CR/88, desde que a denúncia ou queixa-crime tenham sido aceitas pela Câmara dos Deputados, e que o crime tenha sido praticado durante e em razão do mandato, conforme o § 4º do art. 86 da Constituição, pois neste caso há uma imunidade temporária à persecução penal. Quanto às demais autoridades não há imunidade temporária nos crimes comuns não funcionais, ainda que possuam foro de prerrogativa de função no Supremo, conforme o art. 102, I, “b” e “c” da CR/88.

### **3 OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE DILMA ROUSSEFF**

Debruçando-se sobre a denúncia, a acusação sustentou que Dilma Rousseff teria assinado, entre 27 de julho e 20 de agosto de 2015, a “edição de decretos, abrindo crédito suplementar, sem a devida autorização do Congresso Nacional, em afronta à constitucional separação dos poderes” (BICUDO et al., 2016, p. 1), não havendo lastro fiscal e visando à obtenção da meta estipulada na LOA de 2015. Tais créditos adicionais devem ser aprovados pelo Poder Legislativo, já que também compete ao Congresso Nacional chancelar as retificações realizadas no orçamento, do mesmo modo que compete a ele a sua aprovação quando enviado pelo Poder Executivo.

O art. 167, V da Constituição prevê que para abertura de crédito suplementar e especial são necessárias a autorização legislativa e a indicação dos recursos correspondentes; a exceção se aplica apenas aos créditos extraordinários em vista da urgência e imprevisibilidade de sua requisição. Além disso, enquanto os créditos especiais, por tratar-se de uma inovação orçamentária, carecem do envio ao Congresso Nacional de um projeto de lei, os créditos suplementares podem receber autorização

prévia na própria Lei Orçamentária Anual, por tratar-se de um reforço a projetos já em andamento, previstos e aprovados.

O Senador Anastasia sustenta que “foram previamente autorizadas, para as hipóteses previstas nesse artigo da LOA 2015, as aberturas de créditos suplementares por decreto presidencial” (ANASTASIA, 2016, p. 81), sendo que as demais situações dependem de autorização do Congresso Nacional através do envio de projeto de lei pelo Poder Executivo. Contudo, em 2015, houve a edição de decretos sem numeração na ordem de R\$ 2,5 bilhões e, da mesma forma, foi encaminhado ao Congresso Nacional a PLN nº 05/2015, numa demonstração de que o governo não cumpriria as metas estabelecidas na LDO (Lei nº 13.080/2015), já que esta determina em seu art. 4º que a abertura de créditos suplementares deve ser compatível com a obtenção da meta de resultado primário, o que não teria ocorrido.

Desse modo, “em 2015, a meta de resultado primário da União constante do projeto de LDO era superavitária em R\$ 114,7 bilhões (2,0% do PIB). Quando da aprovação da lei, essa meta foi reduzida para R\$ 55,3 bilhões (1,0% do PIB)” (ANASTASIA, 2016, p. 83) e, após o primeiro semestre, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional a redução do superávit para R\$ 5,8 bilhões (0,1% do PIB), alegando a redução do ritmo de crescimento da economia brasileira que afetou as receitas orçamentárias. Segundo Anastasia, “naquele momento, não havia, pela ótica exposta, espaço fiscal disponível para operações que implicassem aumento de déficit primário” (ANASTASIA, 2016, p. 87), isso porque a União somava um déficit ao fim do terceiro bimestre de R\$ 2,8 bilhões. Com a aprovação da PLN nº 05/2015, a meta de resultado primário passou a corresponder ao déficit de R\$ 51,8 bilhões, “podendo chegar a R\$ 119,9 bilhões na hipótese de frustração da receita de concessões e permissões relativas aos leilões das usinas hidroelétricas” (ANASTASIA, 2016, p. 84), assim como em relação à quitação das operações de créditos realizadas, enfatizando o seu caráter ilegal. O resultado primário foi deficitário em R\$ 118,4 bilhões.

Já a defesa de Dilma alega que quando o Congresso Nacional alterou a meta orçamentária, conseqüentemente também modificou os limites da autorização para edição de créditos suplementares, convalidado tacitamente os decretos já assinados e retificado eventuais vícios, o que ocorreu com a aprovação do PLN nº 05/15, correspondente a Lei nº 13.199/2015. A edição de decretos suplementares consiste em uma prática muito comum na administração pública, pois o orçamento é uma previsão inicial, que muitas vezes precisa ser revista ao longo do ano para adaptar-se à realidade

econômica e financeira. Em vista disso, o próprio art. 4º da LOA/15 (Lei nº 13.115 de 2015) autorizava a Presidente da República para a abertura de créditos suplementares, para que fosse cumprida a meta do *superávit* primário, haja vista a crise econômica que frustrou a arrecadação tributária.

Segundo a Advocacia-Geral da União, tais decretos suplementares utilizaram como receita o superávit financeiro do ano anterior e o excesso de arrecadação, com base no art. 43, §1º da Lei nº 4.320/64. Desse modo, os decretos não aumentaram os gastos, pois não houve alteração do limite fiscal, mantendo-se o estipulado na LDO, pois a aprovação de créditos suplementares trata-se apenas de uma programação de gastos (gestão orçamentária) e não a sua efetiva utilização (gestão financeira), já que “nem sempre o que é efetivamente orçado é efetivamente implementado” (AGU, 2015). Como os créditos suplementares estão relacionados à gestão orçamentária, não podem prejudicar a obtenção da meta fiscal, já que esta se altera por meio dos decretos de contingenciamento no caso de despesas discricionárias.

O princípio da anualidade, advindo do art. 165, inciso III, e § 5º da CR/88, prevê que o orçamento corresponde ao exercício de um ano, estabelecendo receitas e despesas. Portanto, tal aferição há de ser feita somente quando expirado o exercício financeiro em questão, para que assim se analise a compatibilidade com a obtenção da meta de resultado primário. A acusação, por outro lado, sustentou que não há relação entre tal argumento e o princípio da anualidade, bem como que tal sustentação vai contra os parâmetros de uma gestão fiscal responsável, que governe com base na prevenção de riscos e correção de equívocos, tornando letra morta o previsto no art. 9º, § 4º da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00). É verdade que a edição de créditos suplementares não é manobra recomendada para a boa gestão dos recursos públicos, sendo sua vedação prevista no art. 167, V da CR/88. Contudo, o Poder Executivo vinha realizando essas operações, assim como o Tribunal de Contas da União (TCU) e o Congresso Nacional vinham aprovando-as.

Sustentou-se também que ao atrasar o repasse de verbas do Tesouro Nacional ao Banco do Brasil, relativos à equalização de taxas de juros do Plano Safra, ocorreram as “pedaladas fiscais”, dando a impressão de que o resultado fiscal era positivo e gerando *superávit* primário, conduta vedada pelo art. 36 da LRF, pois constitui como “realização de operação de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controla, na qualidade de beneficiário do empréstimo” (ANASTASIA, 2016, p. 44-45). Já no julgamento das contas de 2014, o TCU dava indicativo de

irregularidades passíveis de rejeição, por constatar a falta de contabilização oficial das operações de créditos realizadas nas estatísticas relativas à dívida e o déficit público, bem como pela caracterização de tais operações como ilegais, já que supostamente tratavam-se de financiamentos obtidos pela União junto “(i) a instituições financeiras por ela controladas, quais sejam: Banco do Brasil (BB), Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e Caixa Econômica Federal (Caixa); e (ii) ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)” (ANASTASIA, 2016, p. 66).

A acusação transcreveu o parecer do Procurador Júlio de Oliveira, do Ministério Público do TCU, que se manifestou nos autos do processo nº 021.643/2014-8, sobre as ilegalidades praticadas no governo de Dilma Rousseff. A Corte de Contas recebeu a denúncia que alegava que a Presidente teria autorizado a realização de operações ilegais caracterizadas como crime de responsabilidade, com base no artigo 11, itens 2 e 3, da Lei nº 1.079/50. Conforme voto do Ministro José Múcio do TCU, o governo federal realizou as chamadas “pedaladas fiscais” nos repasses, em vista do “surgimento de passivos do Governo Federal junto à Caixa, ao FGTS e ao BNDES, em cujos balanços constam devidamente registrados tais haveres, a débito do Tesouro Nacional” (BRASIL, 2015b).

A União atrasava o repasse dos valores à Caixa e esta realizava o pagamento aos beneficiários dos programas sociais com seus próprios recursos, passando a ser credora da União. Contudo, este passivo não era computado nas estatísticas de endividamento utilizadas pelo Banco Central e nem no resultado primário. Este atraso no repasse do Tesouro às instituições financeiras consistiu, segundo a acusação, operação de crédito, conforme o art. 29, III da LRF (LC nº 101/20). Entende-se como operações de crédito “aquelas realizadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios contemplando compromissos de pagamento a serem honrados no futuro” (CONTI, 2014, p. 282), havendo várias modalidades, como o mútuo, o financiamento e o arrendamento mercantil.

É de competência do Senado limitar a realização de operações de crédito por meio de resolução, como dispõe o art. 30 da LRF, o que é disciplinado pelas resoluções nº 40/2001 e 43/2001, estando, além disso, passível de cumprimento de determinados requisitos a serem observados para a contratação dos valores. Segundo Conti (2014, p. 297), o grande prejuízo provocado pela realização de operações de crédito por parte de um ente da Federação com instituição financeira por ele controlada, é que tal modalidade “dificulta muito sua fiscalização e torna mais simples o

endividamento que exceda os limites máximos permitidos”. Popularmente se cunhou estas manobras contábeis como “pedaladas fiscais”, que, na realidade, nada mais são do que a “omissão do Tesouro no repasse de recursos financeiros devidos às instituições financeiras públicas para pagamento das despesas decorrentes da implementação de programas sociais, fixados na Lei Orçamentária Anual” (HARADA, 2015).

Basicamente, segundo os denunciantes, não repassar os recursos para os bancos públicos encarregados de operar os programas do governo seria o mesmo que tomar empréstimo dessas mesmas instituições financeiras, pois estas arcariam com os benefícios com seus próprios fundos e o governo, ao postergar o pagamento, demonstraria um saldo financeiro positivo. Desse modo, quando o governo deixou de realizar tais restituições, tendo as entidades financeiras efetuado os pagamentos aos beneficiários com recursos próprios, foi constituído um “crédito em seu favor, contra a União. Este procedimento, a toda evidência, constitui modalidade de mútuo, ou operação assemelhada, a configurar operação de crédito nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal” (BICUDO et al. 2016, p. 1). A acusação ainda reforçou tal argumento citando o voto do Min. José Múcio no processo TC nº 021.643/2014-8:

31. Todas essas movimentações financeiras e orçamentárias acarretaram, evidentemente, o surgimento de passivos do Governo Federal junto à Caixa, ao FGTS e ao BNDES, em cujos balanços constam devidamente registrados tais haveres, a débito do Tesouro Nacional. Ou seja, no bojo dessas operações, créditos foram efetivamente auferidos pela União, à margem da Lei Complementar 101/2000 (LRF). 32. Uma vez caracterizados como operações de crédito, tais procedimentos violam restrições e limitações impostas pela LRF (BRASIL, 2015b).

O Senador Anastasia mencionou que Dilma sabia da realização das operações de crédito e as cometeu com dolo e pleno consentimento, visto que “não é razoável supor que a Presidente da República não soubesse que uma dívida da ordem de R\$ 50 bilhões junto a bancos públicos federais pairava na atmosfera fiscal da União” (ANASTASIA, 2016, p. 117), ainda mais porque o cargo lhe exige a direção superior da administração pública federal (art. 84, II da CR/88). Segundo seu relatório, o passivo da União junto às instituições financeiras federais chegava R\$ 52,2 bilhões ao final de 2014, atingindo 58,7 bilhões em novembro de 2015, valor este reduzido para R\$ 11,3 bilhões ao final daquele ano, em vista do equacionamento dos valores devidos.

No processo de *impeachment*, a acusação se debruçou consideravelmente sobre a equalização das taxas de juros do Plano Safra, operada pelo Banco do Brasil, nos termos da Lei nº 8.427/199, que autorizou a concessão de subvenções econômicas a produtores rurais e suas cooperativas, e a Portaria nº 315/2014, que definiu que a equalização seria “considerada devida no primeiro dia após o período de apuração, devendo ser atualizada até a data do efetivo pagamento pela Secretaria do Tesouro Nacional” (ANASTASIA, 2016, p. 113).

No que tange a esse assunto, o Ministro José Múcio teve seu voto aprovado por unanimidade pelos seus pares do TCU, no acórdão nº 0825.2015-TCU, tendo alegado que era esperado que o governo federal realizasse o pagamento das equalizações, que consistem em “despesas orçamentárias correntes que devem ser pagas ao longo do processo de execução do orçamento”, à instituição financeira responsável pela operação do Plano Safra, o Banco do Brasil, respectivo credor dos recursos que deveriam ser transferidos do Tesouro Nacional. Contudo, quando estes valores não são devidamente repassados “e, ao estoque da respectiva dívida, passam a ser apropriados juros, não há dúvida de que o credor está concedendo uma espécie de financiamento ao devedor” (BRASIL, 2015b).

Em defesa de Dilma, Ricardo Ribeiro (2015, p. 2) argumentou que as pedaladas fiscais não se configuram como operações de crédito, mas como crédito oriundo da inadimplência em relação a contrato de prestação de serviço, firmado entre o Governo Federal e o Banco do Brasil. Segundo ele, recorrendo às definições do artigo 3º da Resolução 43/2001 do Senado, não é possível se confundir o “nascimento de débitos com instituições financeiras decorrentes do inadimplemento de obrigações contratuais, com a ausência de repasses de recursos para o pagamento de prestações sociais pelos bancos públicos”.

Segundo a AGU (2016), o governo federal não assumiu nenhum compromisso financeiro com o fito de adquirir crédito junto ao Banco do Brasil, já que tal benefício era direcionado ao produtor rural. Competia ao governo tão somente conceder subvenções econômicas às instituições financeiras como forma de estímulo à concessão de crédito para a produção agrícola nacional. Quando se acumulava os saldos devidos ao Banco do Brasil, a União tornava-se inadimplente para com a instituição financeira, mas isto não tornava a relação um contrato de empréstimo, pela ausência dos requisitos de sua constituição e de transferência de recursos do Banco

do Brasil para a União. A defesa sustentou que os compromissos devidos em 2015 foram quitados no mesmo ano.

Além disso, “uma categoria jurídica não pode ser definida ou identificada pelos seus efeitos” (HARADA, 2015), ou seja, o governo tomar um empréstimo com uma instituição financeira por ele controlada não é o mesmo que deixar de repassar recursos dotados no orçamento para o pagamento de programas controlados por tais bancos. Apesar do efeito ser o mesmo – saldo positivo para o governo - a conceituação jurídica é distinta. Para Harada, o Tesouro Nacional deveria fazer os devidos repasses aos órgãos do governo conforme fixado na LOA. Entretanto, diferentemente do orçamento destinado ao Judiciário e ao Legislativo, que devem ser repassados impreterivelmente, não há nenhuma determinação no texto constitucional sobre as demais verbas, que devem, portanto, ser quitadas conforme a possibilidade e necessidade, sendo observados os limites e os prazos de vencimentos das obrigações. No mesmo sentido, a AGU defendeu que “para a liquidação dos valores de equalização apurados pelo Banco após o término de cada período”, a norma não estabelece “prazo para que a Secretaria do Tesouro Nacional efetue o pagamento” (AGU, 2015).

Consoante a isto, ressalta-se que é perfeitamente possível que o TCU, que é um órgão técnico a quem compete a análise e o julgamento das contas públicas, mude o seu entendimento e passe a rejeitar as manobras contábeis mencionadas. No entanto, a nova jurisprudência não pode ter efeitos retroativos, pois violaria a segurança jurídica e a estabilidade do jogo democrático. Segundo a defesa, isto não foi respeitado pelo TCU quando aprovou parecer rejeitando as contas de Dilma do ano de 2014, dando base e sustentação ao processo de *impeachment* a partir de uma análise casuística das contas da Presidente.

Ribeiro (2015, p. 2) defende que mesmo se fosse possível considerar esta manobra contábil como crime de responsabilidade, que segundo ele, nada mais é do que mera inadimplência que vem sendo realizada reiteradamente, desde o segundo governo de FHC, com a conivência do TCU e do Congresso Nacional, não seria possível correlacionar tal ato a qualquer hipótese elencada no art. 10 da Lei nº 1.079/50. Ele argumenta ainda que crime de responsabilidade consiste na violação da LOA, que regula as receitas e despesas do governo, e não à LRF, que consiste em uma “norma geral de Direito Financeiro que orienta a elaboração, controle e fiscalização da LOA, mas que não faz qualquer previsão de receitas e despesas e com a lei de normas gerais não se confunde”. Vale ressaltar ainda

que, mesmo se constatada ilegalidade nos decretos, seria impossível se comprovar o dolo da Presidente, isto em vista das exigências formais para a edição dos decretos, que é chancelado por órgãos técnicos e funcionários de carreira do governo federal, para só então ser assinado.

#### **4 DO CENÁRIO POLÍTICO DO *IMPEACHMENT* DE DILMA ROUSSEFF**

Nesta seção procuraremos, didaticamente, relembrar e avaliar o peso de alguns fatores que foram importantes para a conformação de um cenário no qual o *impeachment* de Dilma fosse aprovado com facilidade (sem pretender identificar exaustivamente todos eles, ou mesmo analisá-los detidamente), mesmo que este *impeachment* tivesse fundamentos jurídicos bastante débeis. São eles: 1) a perda de uma base de apoio na Câmara dos Deputados e no Senado Federal por parte do governo Dilma (que adotou uma estratégia de conciliação, no quadro do presidencialismo de coalizão); 2) a perda de apoio do empresariado nacional; 3) a perda de apoio popular e o crescimento da insatisfação com o seu governo, por conta da inclusão social limitada promovida por ele, mas também por conta dos escândalos de corrupção; 4) o protagonismo e a parcialidade política dos grandes meios de comunicação, do Judiciário e de parte do Poder Executivo (sobretudo, pelo Ministério Público e pela Polícia Federal); 5) a radicalização à direita do principal partido de oposição, o PSDB; 6) a inflexão política do governo Dilma imediatamente após sua reeleição; 7) a desmobilização política de movimentos sociais de esquerda, promovida pelo lulismo; 8) a atuação de antigos apoiadores das gestões petistas (Michel Temer e Eduardo Cunha) para desestabilizar o governo Dilma; 9) a misoginia e o sexismo na avaliação geral que se fazia do governo Dilma; 10) e a geopolítica internacional e a atuação dos Estados Unidos da América contra os interesses nacionais. Importante notar que esses dez fatores interagem entre si, alimentando-se reciprocamente de modo a minar, crescentemente, a legitimidade do governo Dilma.

À luz dos argumentos narrados, a defesa de Dilma Rousseff argumentava que, pela insuficiência de fatos, o processo do *impeachment* se configurava um golpe de Estado. Segundo eles, “desde o início, tratou-se da pena à procura de um crime” (SEMER, 2016, p. 89), quando se percebeu que não havia crime de responsabilidade nas ações do governo, foi exposto o “conjunto da obra”, somando a crise econômica e política,

à falta de popularidade, etc., para o afastamento da Presidente. Ribeiro (2015, p. 1) ressalta que “o processo de *impeachment* em nosso país não deve ser utilizado quando a população se sente insatisfeita com o não cumprimento das promessas eleitorais”, nem mesmo “para estabelecer uma catarse contra o estado endêmico de corrupção nacional ou contra a crise econômica que assola o bolso das famílias brasileiras”. No mesmo sentido argumenta Bercovici (2015, p. 9), para quem “o *impeachment* não é um voto de desconfiança, como ocorre no sistema parlamentarista, assim como não se configura como um *recall* ou forma de revogação popular de mandato eletivo”.

Por outro lado, segundo a acusação, não se tratava de um golpe, pois o *impeachment* “dialoga com a soberania popular, mediante arranjo sábio entre as instâncias políticas e jurídicas do país” (ANASTASIA, 2016, p. 21), complementando que o processo seguiu todas as garantias constitucionais do devido processo legal e que golpe seria permitir que o estado de coisas vigente se perpetuasse. Citando Brossard, eles argumentam que o *impeachment* busca “afastar do governo a autoridade que o exerceu mal, de forma negligente, caprichosa, abusiva, ilegal ou facciosa, de modo incompatível com a honra, a dignidade e o decoro do cargo” (BROSSARD, 1992, p. 134).

Contra tal tese, cumpre notar que o procedimento de *impeachment* correu, falsamente, sobre a égide da legalidade, ou seja, foram obedecidos todos os procedimentos e o aparato legal, mas há uma profunda distinção entre a legalidade, que pode ser facilmente manipulada com a retórica jurídica, e a legitimidade, algo que é conquistado por meio da soberania popular. Como pondera Miguel, intelectual crítico aos governos petistas, retirar uma Presidente, democraticamente eleita, sem crime de responsabilidade definido, é inegavelmente ilegítimo e ofende a soberania popular, ferindo o princípio da intercambialidade, consagrado por Robert Dahl, que determina que “nenhum grupo ou indivíduo tem poder de veto sobre a maioria gerada nas urnas” (MIGUEL, 2016, p. 30).

O autor relembra que todo golpe recusa sempre ser assim intitulado, no seguinte sentido: “como todos os golpes, mesmo os militares, o golpe de 2016 recusa seu nome. É chamado de *impeachment*, aceitando que a mera observância do ritual previsto na lei significa que ela foi cumprida quanto a seu conteúdo substantivo” (MIGUEL, 2019, p. 17). Não se trata, obviamente, de querela terminológica, mas da caracterização

razoavelmente precisa de violação das regras da competição democrática. Desse modo, Miguel (2019, p. 179) sintetiza nosso argumento:

O golpe de 2016 retirou do poder uma presidente que dispunha da legitimidade conferida pelas urnas, sem que sua destituição encontrasse respaldo na Constituição. Rompeu-se o pacto que, bem ou mal, regia a vida nacional e impunha limites à expressão do conflito político.

Cumpramos novamente notar que a análise isolada dos argumentos jurídicos não contribui para a compreensão do que levou à deposição de Dilma Rousseff da Presidência da República, pois o episódio é eminentemente político, tendo como fator central o mau relacionamento da Presidente com o Congresso Nacional, elemento chave na destituição presidencial na América Latina. Este mesmo fator havia levado Fernando Collor de Mello (PRN) ao impedimento em 1992, somado ao que Aníbal Pérez-Liñán (2007, p. 17) chama de estilo de governo do ex-presidente, envolvendo sua incapacidade de reformar o Estado (modernização e privatizações) e combater os problemas sistêmicos daquele período (hiperinflação, corrupção, desigualdade, etc.), como havia prometido na campanha de 1989.

O cerne do *impeachment* de Collor estava atrelado ao mau relacionamento do Presidente da República com o Congresso Nacional, que se recusou a formar uma base sólida no Poder Legislativo, bem como abusou do uso de instrumentos legislativos, como decretos e medidas provisórias, deixando de negociar a sua governabilidade. Quando os escândalos de corrupção surgiram, o Presidente já estava condenado, pois através da CPMI e do *impeachment*, o Poder Legislativo impôs-se como condutor do processo político no país, a partir de uma postura dominante. Cabe ressaltar que o ex-presidente Fernando Collor foi condenado pelas condutas previstas nos arts. 85, incisos IV e V, da Constituição, e arts. 8º, item 7, e 9º, item 7, da Lei nº 1.079/50. Os denunciadores argumentaram que o Presidente e seus familiares recebiam vantagens indevidas desde a posse presidencial, sendo tais recursos controlados por Paulo Cesar Farias (PC Farias), seu ex-tesoureiro de campanha eleitoral.

O que o ex-presidente Fernando Collor não compreendeu é que na democracia fundada pela Constituição de 1988 não há espaço para um governo unilateral do Poder Executivo, sendo de imperativa necessidade que este compartilhe o poder com o Legislativo, mantendo sempre um intenso diálogo, para que com ele governe. A mesma falta de sustentação política fez com que o Senado Federal condenasse Dilma Rousseff à perda

do cargo. Como nota Miguel (2019, p. 162), destacando também a opção conciliatória e eleitoral do PT:

Na composição dos apoios para a eleição, fragilizado pela defecção do PSB, o PT radicalizou sua opção de sempre, que era ceder tudo para garantir a Presidência. Isso incluía das alianças para os governos estaduais ao financiamento das candidaturas para o legislativo. Como resultado, junto com Dilma foi eleito o Congresso Nacional até então mais conservador da história.

É importante também acrescentar que, em alguma medida, a perda de sustentação parlamentar de Dilma não decorre tão-somente da sua inabilidade política, mas daquilo que Singer (2018) chamou de “ensaio republicano”, isto é, de sua intransigência no trato com políticos envolvidos em corrupção, independentemente se eram ou não de sua base parlamentar. Diferentemente de Lula, Dilma procurou remover os esquemas de corrupção incrustados há décadas no aparelho estatal brasileiro. A “faxina ética contrariou fortemente o PMDB, historicamente caracterizado pelo apadrinhamento e pelo fisiologismo, inclusive com impacto direto sobre aquele que podia ou não aceitar o pedido de *impeachment* de Dilma, isto é, o presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha (PMDB-RJ)<sup>3</sup>. O problema imediato gerado por esse ensaio é que ele desmontava o sistema de alianças estabelecidas pelo lulismo sem pôr outro no lugar.

Além da erosão do apoio parlamentar no segundo mandato de Dilma Rousseff, há que se lembrar das inflexões na política macroeconômica desse governo em relação aos dois mandatos do ex-presidente Lula, o que produziu uma mudança no comportamento político do empresariado. Aponta-se, inicialmente, como um dos motivos que levaram ao seu afastamento, o discurso em 30 de abril de 2012, no qual ela atacou os bancos e declarou que é inadmissível que o Brasil continue com um dos juros mais altos do mundo, tendo um dos sistemas financeiros mais sólidos e lucrativos. Ao fazê-lo, Dilma adotou estratégia politicamente perigosa, pois “ao reduzir os juros e forçar os *spreads* para baixo, tencionou o pacto estabelecido com o setor financeiro” (SINGER, 2015, p. 51). A ação de Dilma contra a burguesia rentista fazia parte do que Singer interpreta como um “ensaio desenvolvimentista” da Presidente, de modo a tentar promover

<sup>3</sup> Voltaremos a falar de Cunha adiante. Cumpre, contudo, já notar que, em dezembro de 2015, a bancada do PT votou pela continuidade do processo, na Comissão de Ética da Câmara, que pedia a cassação do deputado Eduardo Cunha, investigado por possuir contas milionárias não-declaradas no exterior. No mesmo dia, o então deputado acolheu o principal pedido de *impeachment* contra Dilma Rousseff.

o crescimento nacional por meio do que seria uma aliança nacional entre parte da burguesia industrial e a classe trabalhadora.

Levando em consideração o contexto recessivo que se anunciava, cabe lembrar que Dilma investiu em medidas para reduzir o impacto da crise financeira mundial e controlar a desaceleração cíclica. O governo acreditava que essas medidas mitigariam o impacto inflacionário da depreciação cambial, já que os “juros mais baixos, correção cambial, isenções tributárias e subsídios teriam o condão de sustentar o investimento nos ramos de bens comercializáveis, enquanto as concessões estimulariam o investimento em infraestrutura” (BASTOS, 2017, p. 21). Mas o temor quanto ao aumento da inflação e os rumores de mudança da política monetária nos Estados Unidos, com risco de depreciação do Real, fizeram com que o Banco Central abandonasse a política monetária que favorecia a depreciação cambial, anunciasse o aumento da taxa básica de juros em abril de 2013 e oferecesse *swap cambial* em agosto de 2013.

Como lembra Miguel (2019, p. 163-164), a burguesia brasileira mantinha uma posição ambígua em relação ao governo Dilma: apesar de apoiá-lo formalmente e ser beneficiado pelas suas políticas de juros altos, desoneração fiscal etc. (além da pacificação social), ela mostrava-se reticente frente ao histórico do partido na defesa de uma sociedade mais igualitária. A alteração do posicionamento da Fiesp (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo), de apoiadora do lulismo para financiadora das manifestações contra o governo Dilma expressa bem como os detentores do poder econômico estavam a postos para defender a sua substituição por um outro governo capaz de assegurar acumulação de capital e ordem, sem colocar em xeque a estrutura de classes da sociedade nacional.

Não é irrelevante lembrar que, embora marcado pela conciliação com o sistema político nacional e com o capitalismo global, a era Lula promoveu, ainda que timidamente, alguma mudança na estrutura social brasileira, com a integração de milhares de pessoas à condição do trabalho formal, com o ingresso de pobres e negros nas universidades brasileiras, com a formalização do trabalho (como no caso das empregadas domésticas) etc. Nesse sentido, a estrutura de privilégios e assimetrias que marcam a formação social brasileira se viu ameaçada e o *impeachment* de 2016 foi, em grande medida, uma resposta das elites nacionais contra ela. Por outro lado, avalia Miguel (2019, p. 190), devemos aprender, com o golpe dado contra o governo Dilma, que “o ciclo petista provou que mesmo a maior moderação não evita o confronto aberto entre a democracia e a desigualdade social”.

Outro fator fundamental para viabilizar o *impeachment* de Dilma Rousseff foi a pressão popular, inclusive por conta do fortalecimento dos trabalhadores e de seus sindicatos, visto que os primeiros anos dos governos Lula e Dilma foram marcados por pleno emprego e, com isso, inúmeras paralisações, o que “atingiu quase 87 mil horas paradas em 2012, o maior índice desde 1997 e continuou a crescer”, havendo “873 greves em 2012 com um salto para mais de 2 mil em 2013” (SINGER, 2015, p. 65), o que desagradava, por outro lado, o empresariado nacional. Ademais, Carleial (2017, p. 207) afirma que o ajuste fiscal empreendido no segundo mandato de Dilma gerou resultados negativos, “provocando a perda de postos de trabalho formais, ampliando o desemprego e reduzindo as possibilidades de manutenção dos ganhos reais obtidos pelos trabalhadores brasileiros nos últimos dez anos”, levando à diminuição da arrecadação de impostos, aumento da informalidade e queda do consumo das famílias.

Mas os protestos populares se tornaram decisivos a partir de junho 2013, quando eclode, inicialmente nas ruas de São Paulo, passeatas contra o aumento do preço do transporte público em algumas capitais. Liderado pelo Movimento Passe Livre (MPL), tais protestos ganharam força como reação à repressão das forças policiais do ex-governador Geraldo Alckmin (PSDB-SP), se espalhando por várias cidades brasileiras e incorporando reivindicações contra os gastos com as obras da Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016 etc. Cumpre lembrar que à época, a situação econômica do país estava ainda bastante favorável, o que leva Singer a chamar as manifestações de junho de 2013 de um “raio em céu azul” (Singer, 2018, p. 28).

Embora toda classe política tenha sido afetada pela onda de protestos, a verdade é que o governo federal se viu, doravante, fatalmente enfraquecido, principalmente por conta do enquadramento midiático dado a elas, inicialmente fortemente contrário e, em seguida, favorável e tratando-as como manifestações antipetistas e contra a corrupção. Estava armado o cenário para o “levante de classe média” (Singer, 2018, p. 28), no qual a política passou a ser pautada quase exclusivamente pelos escândalos de corrupção e o PT passou a ser visto como uma “organização criminosa”. As manifestações populares concentravam-se sobretudo na pauta anticorrupção e, mesmo em junho de 2016, “apenas um terço da população brasileira sabia que sua queda fora motivada por irregularidades fiscais” (MAFEI, 2021, p. 3.442).

A incapacidade de se articular politicamente no Congresso e a crescente insatisfação popular, criaram também um cenário favorável para

que grupos oposicionistas se unissem para depor Dilma Rousseff. Se em 2013, o discurso originalmente predominante era o de fortalecimento das políticas públicas (“Eu quero educação e saúde padrões FIFA”), nos anos seguintes, os protestos passaram a ser mais marcados pelo discurso anti-corrupção e pelo “Fora PT”. A população, instigada por movimentos como o MBL (Movimento Brasil Livre, Vem Pra Rua etc.), se indignava cada vez mais com a corrupção. Há que se lembrar que o “mensalão” (Ação Penal 470) havia sido julgado, no final do ano de 2012, pelo STF (em julgamento televisionado e bastante noticiado pela grande mídia).

O chamado “escândalo do mensalão”, desencadeado na metade do primeiro mandato de Lula, fez que o PT passasse de definitivamente para a posição de vidraça, no que se refere às denúncias de corrupção [...]. Não importa que práticas assemelhadas tenham ocorrido em governos anteriores e que escândalos de grandeza pelo menos similar, como a compra de votos para a emenda da reeleição de Fernando Henrique Cardoso, tenham gerado apenas incômodos passageiros para seus responsáveis, em comparação ao terremoto gerado pelo mensalão. O fato é que o PT se dispôs a aceitar também esta parte do jogo (MIGUEL, 2019, p. 76-77).

Tem-se, pois, um fator determinante na formação de um contexto pró-golpe: a formação de uma opinião pública na qual a política institucional, de um modo geral, mas especialmente ligada ao PT, passou a ser criminalizada e compreendida sob a ótica moralizante do discurso anti-corrupção (como decorrente exclusivamente do mau-caratismo de nossos representantes). O enquadramento parcial dado ao fenômeno pelos meios empresariais de comunicação no país contrasta de maneira evidente com o papel de neutralidade que parte da teoria democrática espera usualmente da mídia.

A história de como a mídia contribuiu para construir o clima de opinião que permitiu a derrubada de Dilma Rousseff ainda está para ser contada, mas o tratamento desigual dado às denúncias de corrupção, conforme atingiam políticos ligados ao PT ou à oposição de direita, foi patente (MIGUEL, 2019, p. 138).

Não é irrelevante também, na composição desse dramático afresco que constitui os anos de crise do lulismo, a radicalização da direita brasileira. Não apenas o país passou a conviver com movimentos de rua, financiados pelo empresariado nacional e por instituições estrangeiras, como os partidos de centro-direita começaram se posicionar mais agressivamente frente ao governo Dilma. O PSDB que nasce em 1987 com um programa

político liberal, de modernização do país (por meio de um “choque de capitalismo”), mas também favorável aos direitos sociais, foi perdendo capital político ao longo do lulismo e se deslocando para a extrema-direita, fato evidenciado pelas atitudes do presidenciável Aécio Neves (ao pedir a recontagem de votos da eleição de 2014, que consagraram, mais uma vez, o PT como vitorioso), e de seu vice, o senador Aloísio Nunes Ferreira, ao afirmar, após a derrota, que não queria que ela (Dilma) saísse, mas “que sangrasse” (MIGUEL, 2019, p. 161).

Importante considerar que a impopularidade histórica das pautas dos partidos de centro-direita, no Brasil (como as propostas de “enxugamento” da máquina pública), faz com que eles tendam a assumir uma posição de ruptura com as regras da competição democrática, tal como argumenta Singer (2018), o que explica a história institucionalmente turbulenta de nosso país. Esse autor (2018) afirma que, desde 1945 até os dias de hoje, temos essencialmente três tipos de partidos no país: de um lado, um partido popular, representante dos “pobres”; de outro lado, um partido de classe média, que polariza com o primeiro; e, por fim, um partido com vínculos mais profundos com o interior e que estabelece relações de clientela com o eleitorado.

Na “República de 46”, o partido de classe média era a UDN, o popular, o PTB, e o partido do interior era o PSD; na “Nova República”, os mesmos papéis serão ocupados, respectivamente, por PSDB, PT e PMDB. Como a pauta de classe média é minoritária, pela própria estrutura desigual brasileira, o partido de classe média (no caso de 2016, o PSDB) tende a perder para o partido popular, radicalizando-se, e o respeito à ordem constitucional fica, então, sob a dependência do partido do interior (no caso, o PMDB), que pode ou não apoiar o golpismo do primeiro.

Igualmente relevante, inclusive para o irrupção dos protestos de 2013, foi processo importante, mas limitado, de inclusão social promovido pelas políticas dos governos Lula e Dilma, como a valorização anual do salário mínimo, o Bolsa Família, a política e democratização do acesso às universidades, etc. Limitado, posto que não promoveu uma ruptura com o padrão das substantivas e persistentes desigualdades nacionais, incluindo parte dos extratos mais vulneráveis da sociedade brasileira à classe trabalhadora formal, sobretudo, pelo consumo. A política de conciliação adotada por Lula e que havia logrado bastante sucesso viu-se, pois, comprometida com a crise do capitalismo global (de 2008).

Dilma, menos hábil politicamente, não soube corresponder aos anseios de parte significativa do país que clamava por melhorias nas suas condições de vida, propondo um tímido pacto de reformas, que tampouco foi levado a cabo. A classe média, por sua vez, pressionada pela ascensão dos estratos mais vulneráveis e os mais privilegiados da sociedade nacional, assumiu a pauta da anticorrupção como causa para defender a deposição de Dilma, em protestos nos anos que precederam o processo de *impeachment*. Todos esses fatores geraram, em suma, uma crescente hostilidade popular contra toda e qualquer autoridade política representativa, especialmente a Presidente da República.

Outro fator decisivo na derrubada de Dilma foi a inflexão política adotada por ela logo após sua reeleição. Durante a campanha presidencial de 2014, Dilma criticava seus principais adversários, os ex-senadores Aécio Neves (PSDB) e Marina Silva (PSB), alegando que suas políticas de governo estavam sistematicamente alinhadas aos interesses de banqueiros e do mercado financeiro, que visavam prejudicar os ganhos sociais dos trabalhadores. Em meio a uma das mais acirradas campanhas presidências, Dilma, reeleita, contrariou o programa desenvolvimentista de seu primeiro mandato e as promessas de não fazer cortes na área social, tendo iniciado o seu segundo mandato com um programa de governo muito semelhante ao proposto por seu oponente, Aécio Neves, implantando um regime de austeridade e de ajuste fiscal e monetário que surpreendeu seus eleitores, visando com isso impedir o crescimento da dívida pública com os gastos do governo e atrair, a partir da confiança gerada, maiores investimentos privados. A intenção de agradar o mercado ficou evidente com a indicação de Joaquim Levy para o Ministério da Fazenda.

O governo de Dilma buscou executar um programa de governo atrelado ao mercado financeiro e empresarial, aumentando a taxa de juros, ajustando os preços relativos e os administrados pelo governo e fazendo cortes nos gastos públicos, mas sem angariar o apoio desses setores. Além do que, ao executar uma agenda contrária à prometida em campanha, Dilma perdeu o apoio popular que detinha, desgastando sua base eleitoral e seu poder de barganha perante o Congresso Nacional. Segundo Bastos (2017), a diminuição do investimento do governo na economia, anunciando um corte de R\$ 70 bilhões, reforçou a desaceleração cíclica já em andamento. Agora, Dilma detinha a desaprovação do empresariado nacional (de quem dependia politicamente, segundo Singer [2015], tal como estabelecido pelo “ensaio desenvolvimentista”) e também da população, inclusive de

sua base de apoio tradicional, fazendo com que a Presidente estivesse isolada, não podendo recorrer à força das urnas para impedir um processo de impeachment. Após atacar o setor financeiro, a Presidente perdia apoio político dos setores sociais que a defendiam.

Necessário salientar aqui também o caráter desmobilizador de toda a era Lula e Dilma esclarece porque os antigos apoiadores de Dilma não se manifestaram, de pronto, em sua defesa. Como pondera Singer (2012), o lulismo se diferencia muito do projeto petista originário de reformar radicalmente a estrutura social brasileira através da mobilização popular. É um projeto de “reformismo fraco”, lento e desmobilizador, reconhece ele, mas que soube aproveitar de um momento favorável para a economia brasileira (o *boom* de *commodities*, promovido, especialmente, pelas importações da China) para incorporar as classes mais baixas à condição proletária, transformando, ainda que tímida e parcialmente, a sociedade brasileira.

Embora os estudiosos não concordem propriamente com o estatuto dessa desmobilização, se expressão tão-somente de cooptação da classe trabalhadora e capitulação do PT frente à política tradicional (Cf. OLIVEIRA, 2003; MIGUEL, 2013 e 2019; VIANNA, 2011), ou se uma questão de tática para vencer as correlações de força conservadoras no Brasil (SINGER, 2012), fato é que, desde a vitória de Lula em 2002, os movimentos sociais ligados ao PT (como o MST, por exemplo), deixaram as ruas, que acabou sendo apropriada por grupos à direita do espectro político. Mais uma vez, a estratégia lulista da conciliação cobrava seu preço.

É importante também lembrar que a Operação Lava-Jato, liderada pelo ex-juiz federal Sérgio Moro, expôs as vísceras do governo Dilma, abalando consideravelmente a gestão da petista, envolvendo diretamente o ex-presidente Lula, mesmo que Dilma não tivesse envolvimento comprovado em escândalos. Miguel (2016) argumenta que em relação ao combate à corrupção, a impressão que fica é que quanto mais se noticia tais escândalos, maior é a percepção sobre a sua existência, nas mais diversas esferas administrativas do país. Há, portanto, que diferenciar os fenômenos da corrupção, muito anterior ao governo Dilma do da percepção da corrupção, este sim acentuado durante os mandatos de Lula e Dilma, inclusive por conta do fortalecimento do Ministério Público Federal e da Polícia Federal, ocorrido durante as gestões petistas, órgãos do poder Executivo, mas que começaram a agir para derrubar o governo Dilma (como no caso da condução coercitiva do ex-presidente Lula). Como comenta Miguel (2019, p. 172):

Embora a justificativa para o *impeachment* da presidente Dilma Rousseff nada tivesse a ver com a operação, apoiando-se em operações de crédito junto a bancos estatais (as chamadas “pedaladas fiscais”), ela foi instrumental para criar o clima de opinião que sustentou a derrubada do governo.

Mafei (2021, p. 3.062) cita que a Operação Lava-Jato impactou o governo em três formas, primeiramente porque “estimulou políticos acuados a agirem em sua própria proteção, sonhando com uma troca de governo que pusesse freio à operação”. Em segundo lugar, “inflamou a indignação popular, já escaldada com escândalos de corrupção do PT desde o julgamento do Mensalão, em 2012”, o que provocou grandes manifestações. Por fim, os órgãos do sistema de justiça tiveram uma postura imprópria naquele período, prejudicando a articulação política da Presidente Dilma, o que “desaguou no *impeachment* quando seus perpetradores tiveram segurança de que esse seria o modo mais efetivo para afastar a presidente do cargo” (MAFEI, 2021, p. 3.069). Certo é que a Presidente Dilma Rousseff não interviu na Operação Lava-Jato, sendo “exemplar em seu decoro em face das autoridades que emparedavam tanto seus aliados quanto o seu próprio partido” (MAFEI, 2021, p. 3.115).

Leonardo Avritzer (2018, p. 279) avalia que não houve na história do Brasil um momento de consolidação dos direitos civis, tendo estes, à inversão dos países desenvolvidos, surgido após os demais direitos no Brasil. Essa particularidade histórica explica porque o país “não constitucionalizou limites para a ação do Judiciário e dos órgãos policiais ou, quando constitucionalizou, isso não se tornou efetivo no sentido da criação de uma tradição de garantias individuais”, o que possibilitou abusos cometidos pela Polícia. No contexto da crise do lulismo, o Judiciário ganhava cada vez mais protagonismo na vida social, inclusive legitimando violações ao Estado de Direito, tal como evidenciado, por exemplo, na perseguição judicial contra o candidato “natural” do PT nas eleições de 2018, o ex-presidente Lula.

Além desses fatores antes mencionados, é importante citar que o *impeachment* de Dilma Rousseff não teria se concretizado sem a atuação de duas personalidades políticas. O primeiro é o então Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, aqui já mencionado, que, conforme prerrogativa do cargo que ocupava, aceitou o pedido de *impeachment* de Dilma Rousseff no mesmo dia em que os deputados do PT declararam que votariam pela continuidade do processo de cassação de seu mandato na Comissão de Ética, bem como vinha agravando a crise política e econômica com as chamadas

“pautas-bomba” na Câmara<sup>4</sup>. A segunda personalidade é o então Vice-Presidente Michel Temer (PMDB), que pela segunda vez figurava como companheiro de chapa de Dilma Rousseff, vindo a assumir o cargo de Presidente da República por força do art. 79 da Constituição de 1988<sup>5</sup>.

Wanderley Guilherme dos Santos (2017) atribui como primaz na consolidação do que ele chamou de “golpe parlamentar burocrático” a atuação do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), hoje intitulado MDB, que segundo ele, se aliou com a elite conservadora do país para retirar Dilma Rousseff do poder e evitar assim que as investigações atingissem os membros do partido. Já mencionamos também a tese de Singer (2018), segundo a qual o partido do interior (no caso da “Nova República”, o PMDB), sem coerência programática e ideológica, é o fiel da balança da manutenção ou eliminação da ordem democrática.

Dona de ampla mobilidade ideológica no espectro que vai do centro à direita, pois sua base não é *representada, mas atendida*, navega de acordo com os ventos, podendo tanto *estabilizar* a democracia, como fez o PSD em 1961, como *desestabilizar* a democracia, como fez o PMDB em 2016 (e o PSD em 1964) (Singer, 2018, p. 24, grifos no original).

A estrutura social brasileira, profundamente injusta e desigual, vis-à-vis o sistema partidário nacional (dos três tipos de partidos, antes mencionados) tende, pois, a criar um elemento permanente de ruptura com a democracia, valendo-se do *impeachment* como arma de disputa pelo poder. A crise e a polarização política que tomou conta do país, a partir de 2013, revelou também o quanto a questão de gênero não pode ser subestimada (como ocorre normalmente). Em uma sociedade profundamente patriarcal, a presença de uma mulher no cargo mais importante do país era não somente um fator de incômodo (removido com o golpe de 2016), mas esteve associado (a despeito das ambiguidades e das concessões do governo federal a setores conservadores nas pautas de

---

<sup>4</sup> É mister recordar que, um mês após a aceitação do pedido de impeachment de Dilma, em janeiro de 2016, Cunha foi preso, como alvo da Operação Lava Jato, pelo juiz Sérgio Moro. Em setembro do mesmo ano, seu mandato foi cassado pela Câmara dos Deputados. Na ocasião ele declarou: “Eu estou pagando o preço, de ter meu mandato cassado por ter dado continuidade ao processo de impeachment. É o preço que estou pagando para Brasil ter ficado livre do PT. O que quer o PT é um troféu para poder dizer que é golpe. Alguém tem dúvida que se não fosse minha atuação, teria processo de impeachment? [...]” (AMORIM; PRAZERES, 2016).

<sup>5</sup> O ex-presidente Michel Temer, embora inocentado pela Câmara Federal em relação aos inúmeros pedidos de *impeachment* protocolados, acabou alvo da Operação Lava Jato, sendo preso temporariamente em 2019.

costumes) a uma agenda pública de empoderamento feminino. Sobre isso, Miguel (2019, p. 195) afirma:

Um elemento importante é o caráter misógino do retrocesso. O golpe retirou da presidência uma mulher, e o fato de que era uma *mulher* não foi irrelevante. Não se trata apenas do processo de construção da derrubada de Dilma, com um discurso em que o preconceito de gênero ocupou lugar de destaque. Os governos pós-golpe se comprometeram com o retrocesso na condição feminina, com o reforço de sua posição subordinada e do fechamento da esfera pública a elas – desde o ministério Temer, formado, no primeiro momento, apenas por homens brancos, até o retorno do chamado “primeiro-damismo”, em que o papel concedido à mulher na política é o da bem-comportada auxiliar de seu marido, sorrindo nos jantares e patrocinando programas assistenciais.

Por fim, mas não menos importante, há que se notar que a era Lula representou um rearranjo na geopolítica internacional, em especial na América Latina. O Brasil, país fundamental no continente deixou um histórico recente (nos anos de 1980 e 1990) de alinhamento com os Estados Unidos da América para uma política externa voltada para as relações Sul-Sul e para os países emergentes, como Rússia, China, África do Sul e Índia. Novamente, baseando-se na análise de Luís Felipe Miguel (2019, p. 166), pode-se afirmar que:

Sem ignorar o papel desempenhado pelos conflitos internos ou os muitos problemas na condução dos governos ditos “progressistas”, é fato que pelo menos as fundações privadas ligadas aos interesses empresariais estadunidenses têm agido intensamente em todos estes países e que, em espaço de tempo relativamente curto, verifica-se um realinhamento latino-americano com Washington. Tampouco se pode desprezar os fortes indícios tanto da preocupação dos Estados Unidos com o fortalecimento da Petrobras, alvo principal das denúncias de corrupção, quanto de sua ligação com vários dos principais operadores da Lava Jato. Para alguns analistas, o caso brasileiro se encaixa com perfeição no modelo de “guerra não convencional”, adotado pelas forças armadas estadunidenses e que privilegia ações de desestabilização de regimes considerados hostis, sem intervenção militar.

Contra a crescente autonomia nacional, inclusive por conta da descoberta de reservas de petróleo, o *impeachment* de Dilma pode ser também compreendido como decorrente da ação mais ou menos

coordenada, entre grupos estrangeiros e nacionais mais afinados com a política internacional estadunidense. Além disso, a citação acima aborda a questão instigante e que merece minimamente ser discutida, qual seja, a recorrência da utilização do *impeachment* em alguns países (em particular latino-americanos) como parte do processo de disputa pelo poder no contexto dos países presidencialistas e democráticos. Ressalta-se que o Congresso Nacional não é autorizado “a acusar e condenar um presidente por aquilo que a maioria parlamentar bem quiser, aproveitando-se de uma janela de oportunidade decorrente de baixa popularidade ou desorganização da base política presidencial” (MAFEI, 2021, p. 97). Entretanto, como reconhecido por Mafei (2021, p. 97), a radicalização política e a presença de elementos de crise, como escândalos políticos, manifestações populares, mau desempenho econômico, cobertura midiática desfavorável, são capazes de fomentar um processo de *impeachment* sem crime de responsabilidade devidamente comprovado.

## CONCLUSÃO

Segundo Aníbal Pérez-Liñan (2007), a década de 1990 foi um período de abertura política e econômica na América Latina, marcada pela queda das ditaduras militares, expansão comercial e redução da inflação. Na política, apesar dos militares saírem de cena, os governos civis foram marcados por uma forte instabilidade, tendo os presidentes do Brasil, Venezuela, Guatemala, Equador, Paraguai, Peru, Argentina e Bolívia não cumprido os mandatos para os quais foram eleitos naquela década. Pérez-Liñan (2007) sustenta que a partir de 1992, as elites políticas perceberam que os golpes militares se tornaram inviáveis, utilizando então de instrumentos constitucionais para a retirada de presidentes impopulares.

Desse modo, entre 1992 a 2004, seis presidentes latino-americanos enfrentaram processos de *impeachment* e quatro deles foram destituídos do cargo através de renúncia, revelando que a política latino-americana é marcada por uma forte instabilidade. Antes do episódio que levou à cassação do mandato de Dilma Rousseff, outros episódios de *impeachment* ocorreram na América Latina, Pérez-Liñan (2007) destaca seis casos: Fernando Collor de Mello em 1992; o venezuelano Carlos Andrés Pérez em 1993; o colombiano Ernesto Samper Pizano em 1996; o equatoriano Abdalá Bucaram Ortiz em 1997; e os paraguaios Raúl Alberto Cubas Grau e Luis Ángel González Macchi, respectivamente em 1999 e 2002.

Vale mencionar que o peruano Alberto Fujimori em 2000, bem como os argentinos Fernando de La Rúa e Adolfo Rodríguez de Saá, em 2001, e os bolivianos Gonzalo Sánchez de Lozada e Carlos Mesa, respectivamente em 2003 e 2005, também não completaram seus mandatos, assim como o *impeachment* foi novamente utilizado no questionável caso do paraguaio Fernando Lugo em 2012, contra Dilma Rousseff em 2016 e, em 2020, contra o peruano Martín Vizcarra. Desse modo, o instituto vem sendo utilizado como mecanismo de conter a instabilidade política local, como uma “forma de *recall*, um procedimento no qual os eleitores avaliam antecipadamente um representante cujas políticas eles desaprovam, ainda que não possam ser caracterizadas como crime de responsabilidade” (GALLUPO, 2016, p. 184).

Pérez-Liñan (2007, p. 141) questiona se os pedidos de *impeachment* desde a década de 1990 foram uma resposta legítima aos escândalos de corrupção, o produto da manipulação da mídia ou apenas uma falha política de democracias pouco institucionalizadas? Segundo o autor, todas as opções são corretas, isto por que, nos casos dos ex-presidentes Fernando Collor, Carlos Andrés Pérez, Ernesto Samper, Abdalá Bucaram, Raúl Cubas Grau e Luis González Macchi, o *impeachment* foi uma resposta aos altos níveis de desemprego, a implementação de medidas neoliberais e os escândalos de corrupção ou abuso de poder retratados pela mídia, todos estes fatores corroeram a popularidade presidencial e encorajaram movimentos populares em prol do *impeachment*. Pode-se dizer que no caso da ex-presidente Dilma Rousseff o mesmo ocorreu, o resultado catastrófico de sua político-econômica, que contrariou o prometido em campanha, e a falta de sustentação política no Congresso Nacional, que vinha sendo corroída desde sua posse em 2011, fatores estes que levaram à instauração do processo de *impeachment*.

Para Pérez-Liñan (2007, p. 221), um novo padrão emergiu na América Latina, tendência esta que não ameaça a estabilidade do regime democrático, mas pode ser letal para governos democráticos. As crises presidenciais estão ligadas a quatro fatores: 1) a incapacidade ou relutância dos militares em assumir o poder; 2) o impacto da mobilização popular e protestos para a renúncia ou *impeachment*; 3) o papel dos meios de comunicação como forma de pressão política; 4) a intervenção do Congresso Nacional para a implementação de medidas constitucionais para solucionar crises. Estes fatores são dimensionados a depender da forma

como o Chefe do Poder Executivo se relaciona com o Poder Legislativo, podendo ser uma política de isolamento, confronto ou negociação.

A primeira ocorre quando o Presidente constantemente contorna o Congresso Nacional, governando através de instrumentos legislativos, e ignora os líderes congressistas, deixando de compor a necessária maioria parlamentar, como fez os ex-presidentes Fernando Collor e Carlos Andrés Pérez. A segunda quando o Presidente vai a público e desafia abertamente o Parlamento a apoiar suas medidas, buscando mobilizar a opinião pública, como fez os ex-presidentes Abdala Bucaram Ortiz e Raul Cubas Grau. Por fim, a terceira ocorre quando o Presidente busca compor com os parlamentares, através de concessões, objetivando formar uma base sólida no Congresso Nacional, que além de apoiar seu plano de governo, irá livrá-lo da ameaça do *impeachment*. A política de negociação foi implementada pelos ex-presidentes Ernesto Samper e Gonzalez Macchi, o que possibilitou a permanência no cargo.

No Brasil, a política de conciliação, também chamada de “presidencialismo de coalizão, vinha sendo desenvolvida deste Itamar Franco, perpassando os governos de Fernando Henrique Cardoso e Luís Inácio Lula da Silva. Quanto à ex-presidente Dilma Rousseff, a governante detinha maioria parlamentar e apoio popular no seu primeiro mandato, formado pela coalisão do PT com o PMDB, sem contar o apoio dos demais partidos de esquerda e do que viria ser cunhado como “centrão”. O sagrado apoio parlamentar, bem como a relação com o Congresso Nacional foi se deteriorando à medida em que a economia caminhava mal, a população saía às ruas e os escândalos eram constantemente noticiados.

A governabilidade chegou ao fim quando houve o rompimento da relação da Presidente com o Presidente da Câmara dos Deputados e com o Vice-Presidente da República, que são naturalmente peças chaves na destituição de um mandato presidencial. E segundo Mafei (2021, p. 2463-2467), “o escudo legislativo deve ser construído principalmente na Câmara dos Deputados, pois quando o processo chega ao Senado o presidente é afastado e seu poder político desaparece”. Recentemente, a política de conciliação manteve o ex-presidente Michel Temer no cargo, já que o ex-vice-presidente construiu uma base sólida no Congresso Nacional, garantindo o arquivamento de duas denúncias por crime comum oferecidas pela Procuradoria-Geral da República, bem como a aprovação de medidas impopulares. O mesmo arranjo político sustenta o atual governo do Presidente Jair Bolsonaro, independentemente dos pedidos de *impeachments* já protocolados.

Wanderley Guilherme dos Santos (2017) interpreta que o *impeachment* de Dilma Rousseff deve ser interpretado como um “golpe parlamentar”. Diferentemente dos golpes clássicos do século XX (como o de 1964, no Brasil), nos “golpes parlamentares” (que por sinal só podem ocorrer em democracias representativas, contexto no qual é consagrado o sufrágio universal e a competição eleitoral, baseada em regras previamente estabelecidas para cargos públicos renováveis), se busca o afastamento da autoridade política democraticamente eleita, seguindo todo um procedimento legal, por meio de uma conspiração dos membros do Legislativo e a conivência do Poder Judiciário.

Os golpes parlamentares, em suma, dispensam os tanques, mas pressupõe a ação, mais ou menos, coordenada do Judiciário, do Legislativo e dos meios de comunicação de massa, a fim de dar uma aparência de legalidade e legitimidade a um processo que nega as regras fundamentais da democracia e da soberania popular. A tese de Santos é também de que o golpe parlamentar contra Dilma, “filho bastardo” da democracia no século XXI, colocou o Brasil na onda reacionária do capitalismo neoliberal, ainda que com o atraso de quase uma década, através da revogação de direitos e do desmonte do Estado de bem-estar (aqui, já bastante limitado e incipiente), projeto capitaneado, a partir de 2016, pelo Presidente Michel Temer.

De modo similar, Leonardo Avritzer (2018) pondera que os eventos de 2016 estão relacionados a um movimento pendular, recorrente na história da democracia no Brasil, com a expansão de direitos e o reconhecimento dos resultados eleitorais, e a posterior regressão e inversão antidemocrática, por meio do questionamento à soberania popular expressa nas urnas, o que leva a momentos de ruptura institucional e política. Se os anos 1990 a 2013 representam um período de avanço da democracia nacional, a partir de 2013 e, em especial a partir de 2016, com a destituição de Dilma Rousseff da Presidência da República, o país passou a viver um momento de retrocesso democrático.

O que ocorreu com Dilma Rousseff é oriundo de sua perda de sustentação política, em processo semelhante ao sistema parlamentarista, mas em um país presidencialista, onde explorou-se as prerrogativas institucionais de maneira incontida, através do “jogo duro constitucional”, que consiste em se jogar segundo as regras, mas levando-as aos seus limites, tendo como objetivo institucional “derrotar permanentemente os rivais partidários – e não se preocupar em saber se o jogo democrático vai continuar” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 125)<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Cumpre notar que esses autores não consideram que o “jogo duro constitucional” seja

Mafei (2021, p. 87) argumenta que acusação do *impeachment* precisa ser enquadrada em uma previsão da Lei do *Impeachment*, não sendo bastante a impopularidade do governo, os erros políticos e econômicos, ou os interesses de quem quer que seja. O perigo de se utilizar casuisticamente o instituto constitucional do *impeachment*, com finalidade de tão somente destituir o adversário político, sem que haja base de fato para tanto, é colocar em risco o próprio jogo democrático, pois o funcionamento legítimo e regular deste está condicionado ao respeito do que dispõem as leis e, sobretudo, a Constituição. Do contrário, sem que seja comprovado o cometimento de crime de responsabilidade, dispensadas análises casuísticas e ideológicas, não se pode denominar a destituição do Presidente como um processo legítimo de *impeachment*, mas sim um golpe de Estado, mesmo que dispensado as baionetas e os canhões.

Como pondera Avritzer (2018), a legislação brasileira sobre o *impeachment* é bastante permissiva e genérica (o que pode ser indicado pelo incrível número de processos abertos contra presidentes da República ao longo de nossa história), facilitando que os atores políticos recorram a esse expediente constitucional simplesmente para depor seus adversários políticos, ao contrário de respeitarem as eventuais derrotas eleitorais e procurarem, pelos canais institucionais e legítimos de competição pelo poder em uma democracia, conquistar o poder. Isso significa que, na história nacional, esse expediente extraordinário tem sido utilizado regularmente, por partidos de todo espectro ideológico, o que pode ser explicado pelo grande conjunto de atos pelos quais um mandatário possa ser destituído por *impeachment*, mas que certamente está relacionado à precária, parcial e tardia institucionalização e decantação das normas e valores próprios à competição democrática pelo poder político.

Novamente, recorrendo ainda a Levitsky e Ziblatt (2018), pode-se dizer que ao lado dos procedimentos formais de competição política, duas normas não-escritas da democracia, a da reserva institucional (isto é, o uso comedido das normas na disputa política) e a da tolerância mútua, são fundamentais para constituir o que as “grades de proteção” dos regimes democráticos, grades que têm sido abaladas ou destruídas por meio do jogo duro constitucional e da crescente radicalização política.

Brossard (1992, p. 174) destaca que “tendo-se em conta que incontrastáveis, absolutas e definitivas são as decisões do Senado, dir-se-á

---

equivalente a um golpe de Estado (dado que os procedimentos formais do devido processo legal são minimamente observados), mas que se trata de um sintoma do esgarçamento das regras informais da democracia.

que pode sobrevir a prática de muitos e irreparáveis abusos, assim pela Câmara, que acusa, como, e notadamente, pelo Senado”, que como se sabe, é o órgão colegiado que profere decisão irrecorrível e irreversível. Além disso, os interesses dos membros da corte política podem ser diversos do patriotismo, da imparcialidade, da justiça e do bem geral da nação, por isso exige-se o quórum de maioria absoluta para a autorização na Câmara e dois terços para a condenação no Senado. O que está em jogo, ressalta ainda, é a irresponsabilidade do Poder Executivo frente à possível imparcialidade no julgamento do Poder Legislativo, e dentre elas, ainda é preferível a segunda, conforme entendimento do ex-ministro.

Ademais, se é grave o abuso da Câmara em acatar a denúncia injustamente, também o é quando a casa legislativa deixa de fazê-lo, quando assim deve-se proceder, sendo que o mesmo vale ao Senado na absolvição leviana ou condenação injusta. Ou seja, “não existe remédio legal para a decisão do Senado, seja ela contrária à autoridade, seja contrária à nação” (BROSSARD, 1992, p. 174). Portanto, ressalta-se a necessidade de cautela quanto à instauração de um processo de *impeachment*, para que não ocorra um impedimento fundado apenas em razões políticas e ideológicas, pois deve ser devidamente comprovado o cometimento doloso de crime de responsabilidade. Segundo Mafei (2021, p. 2.613), o “Congresso não pode, por estratégias político-partidárias, acusar um presidente de algum fato que não exista, ou atribuir a condutas quaisquer, inclusive ilegalidades menores, o significado de crimes de responsabilidade como pretexto para conseguir seu afastamento”.

No *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, caracterizou-se o processo como um golpe. Mafei (2021, p. 4.128), embora critique a legitimidade da deposição de Dilma, rechaça a ideia de que se tratou de um golpe ou ainda um golpe parlamentar, “pois favorece a ideia equivocada de que ‘golpes’ são um recurso à disposição em momentos de crise e polarização política”. Segundo o autor, o *impeachment* ilegítimo contra Dilma, baseado em uma tese jurídica sem mérito, não pode ser comparado com episódios de ruptura constitucional, em que há cassação de mandatos políticos, aposentadoria compulsória de juízes, prisões arbitrárias, tortura, morte e perseguição de opositores. Desse modo, o episódio é explicável por razões essencialmente políticas e admiti-lo como um ato de ruptura leva à “ideia de que golpes de vez em quando são um remédio amargo que temos de suportar para curarmos os graves males de nossa democracia”, perdendo a capacidade de se distinguir “um levante orquestrado pelo

Centrão para escapar da cadeia de um cerco de tanques e cavalaria ao Congresso ou ao Supremo Tribunal Federal” (MAFEI, 2021, p. 4.144).

Neste ponto, ressalta-se a linha sustentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso (2019), magistrado do STF, que afirma que do ponto de vista jurídico-constitucional o processo de *impeachment* contra Dilma observou a Constituição, inclusive com rito estabelecido pelo próprio STF, respeitadas as garantias fundamentais da denunciada e as formalidades legais. No entanto, segundo ele, é constatável que as condutas elencadas na peça acusatória não configuram crime de responsabilidade, o que sempre levantará indagações sobre o episódio. Isto por que, observando-se a Constituição, a Lei nº 1.079/50 e os entendimentos do Supremo Tribunal Federal, a natureza do *impeachment* é jurídico-política, bem como é necessário a comprovação da ocorrência dolosa de crime de responsabilidade por parte do Presidente da República.

Contudo, o que se percebe no Brasil é que o *impeachment* é movido por interesses de ordem política, oriundo do mau relacionamento entre o Chefe do Poder Executivo e o Poder Legislativo. A realidade é que o processo se mostra como eminentemente político, oriundo de uma vocação política surgida na maioria dos parlamentares, que frente a determinadas circunstâncias, que variam do cenário político, econômico e institucional, chegam ao entendimento de que determinado Presidente da República deve ser retirado do cargo. A partir disso, as leis são instrumentalizadas de modo a possibilitar que o *impeachment* esteja adstrito às regras constitucionais e legais.

De forma mais latente e escancarada do que em 1992, a Presidente da República foi retirada por motivos de ordem política e não pela configuração de crime de responsabilidade. A vocação política já estava consolidada no Congresso Nacional, os maus rumos da economia e as investigações da justiça direcionaram a população a apoiar o movimento pelo *impeachment*, que se sucedeu em 31 de agosto de 2016, quando o Senado Federal impôs à Presidente a perda do cargo, deixando de inabilitá-la para o exercício de função pública por oito anos, decisão esta também bastante questionável.

As condutas típicas estão previstas no art. 85, VI, e art. 167, V, da Constituição, bem como no art. 10, itens 4, 6 e 7, e art. 11, itens 2 e 3, da Lei nº 1.079/1950. Vale mencionar que a mesma legislatura que condenou a ex-presidente Dilma Rousseff impediu que o ex-presidente Michel Temer (PMDB) fosse processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal, após

três graves denúncias de crimes comuns oferecidas pela Procuradoria-Geral da República, sendo que duas delas foram efetivamente apreciadas pela Câmara dos Deputados, que decidiu pelo arquivamento de ambas.

## REFERÊNCIAS

AGU. **Manifestação a respeito da Denúncia por Crime de Responsabilidade nº 1, de 2015**. Advocacia-Geral da União: Brasília, 2016. Disponível: [www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/22/veja-os-principais-documentos-do-processo-de-impeachment-de-dilma-rousseff](http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/22/veja-os-principais-documentos-do-processo-de-impeachment-de-dilma-rousseff). Acesso em: 31 de mar. 2020.

AMORIM, F.; PRAZERES, L. Câmara dos Deputados cassa mandato de Eduardo Cunha. **UOL**, 12/09/2016. Disponível: [noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/09/12/eduardo-cunha-tem-mandato-cassado-pela-camara-dos-deputados.htm](http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/09/12/eduardo-cunha-tem-mandato-cassado-pela-camara-dos-deputados.htm) Acesso em: 30 de dez. 2020.

ANASTASIA, A. **Parecer de Admissibilidade nº 726**. Brasília, 2016. Disponível: [www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/22/veja-os-principais-documentos-do-processo-de-impeachment-de-dilma-rousseff](http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/22/veja-os-principais-documentos-do-processo-de-impeachment-de-dilma-rousseff). Acesso em: 20 de dez. 2017.

AVRITZER, L. O pêndulo da democracia no Brasil: Uma análise da crise 2013-2018. **Revista Novos Estudos- CEBRAP**, n. 111, p. 272-289, 2018.

BAHIA, A.; SILVA, D.; OLIVEIRA, M. *Impeachment*: apontamentos à decisão do STF na ADPF nº 378. In: GUIMARÃES, Juarez et al. (org.). **Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016.

BARBOSA, R. **Obras completas**. Vol. XXV. T. VI. Rio de Janeiro: Ministério da Educação, 1953.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BASTOS, P. Ascensão e crise do governo Dilma Rousseff e o golpe de 2016: poder estrutural, contradição e ideologia. **Revista de Economia Contemporânea**, 2017. 63 p.

BERCOVICI, G. **Consulta**. São Paulo: Estadão, 2015. Disponível: [politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/10/Parecer\\_Impeachment\\_Bercovici.pdf](http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/10/Parecer_Impeachment_Bercovici.pdf). Acesso em: 20 dez. 2017.

BICUDO, H. et al. **Libelo Acusatório**. São Paulo, 2016. Disponível: [www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/22/veja-os-principais-documentos-do-processo-de-impeachment-de-dilma-rousseff](http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/22/veja-os-principais-documentos-do-processo-de-impeachment-de-dilma-rousseff). Acesso em: 20 de dez. 2017.

BOITO JUNIOR, A. Os atores e o enredo da crise política. *In*: SINGER, André et al. **Por que gritamos golpe?** Para entender o *impeachment* e a crise política no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 378**, voto do Ministro Luís Roberto Barroso, julgado 17 maio 2015a. 3 p.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TCU nº 021.643/2014-8**, voto do Min. José Múcio, 15 de abril de 2015b.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950**. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm). Acesso em: 10 fev. 2019a.

BRASIL. **Lei nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm). Acesso em: 3 fev. 2019b.

BROSSARD, P. **O impeachment**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

CANOTILHO, J. G. *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARLEIAL, L. Política Econômica, Mercado de Trabalho e Democracia: o segundo governo Dilma Rousseff. **Revista Estudos Avançados**, 2015. p. 201-214.

CERQUEIRA, M. A **Constituição e o Direito Anterior: o fenômeno da recepção: o *impeachment* do Presidente da República: um estudo de caso.** Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1995.

CONTI, J. M. ARTS. 32 A 39 – JOSÉ MAURÍCIO CONTI. In: MARTIS, Ives; NASCIMENTO, Carlos (Org.). **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DI PIETRO, M. S. **Direito Administrativo.** 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FERNANDES, B. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GALLUPO, M. ***Impeachment: o que é, como se processa e por que se faz.*** Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2016.

HARADA, K. **Pedaladas Fiscais ensejam *Impeachment*?** In: Jus, 2015. Disponível: <https://jus.com.br/artigos/44606/pedaladas-fiscais-ensejam-impeachment>. Acessado: 07 de fev. 2019.

LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D. **Como as democracias morrem.** Zahar, 2018.

MAFEI, R. **Como remover um presidente: Teoria, história e prática do *impeachment* no Brasil.** Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

MIGUEL, L. F. Limites da transformação social. **Novos Estudos - CEBRAP**, n. 95, p. 157-163, 2013.

MIGUEL, L. F. A democracia na encruzilhada. In: SINGER, André et al. **Por que gritamos golpe? Para entender o *impeachment* e a crise política no Brasil.** São Paulo: Boitempo, 2016.

MIGUEL, L. F. **O colapso da democracia no Brasil: da Constituição ao golpe de 2016.** São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; Expressão Popular, 2019.

OLIVEIRA, F. **Crítica à razão dualista - O ornitorrinco.** São Paulo: Boitempo, 2003.

PÉREZ-LIÑAN, A. ***Presidential impeachment and the new political instability in Latin America.*** Cambridge University Press, 2007.

RIBEIRO, R. **Pedaladas hermenêuticas no pedido de *impeachment***. In: Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível: [www.conjur.com.br/2015-dez-04/ricardo-lodi-pedaladas-hermeneuticas-pedido-impeachment](http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/ricardo-lodi-pedaladas-hermeneuticas-pedido-impeachment). Acesso em: 23 dez. 2017.

SANTOS, W. G. **A democracia impedida - o Brasil no século XXI**. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

SEMER, M. Ruptura institucional e desconstrução do modelo democrático: o papel do Judiciário. In: SINGER, André et al. **Por que gritamos golpe?** Para entender o *impeachment* e a crise política no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2016.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

SINGER, A. Cutucando onças com varas curtas: o Ensaio Desenvolvimentista no primeiro mandato de Dilma Rousseff (2011-2014). **Revista Novos Estudos- CEBRAP**, julho de 2015.

SINGER, A. **O lulismo em crise: um quebra-cabeça do governo Dilma (2011-2016)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIANNA, L. W. **A modernização sem o moderno: análises de conjuntura na era Lula**. Brasília: Contraponto, 2011.



**LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS  
NORMATIVOS**



# ENTRE O ESTADO E A FÉ: O PROCESSO DE FORMAÇÃO TERRITORIAL E A COBRANÇA DO LAUDÊMIO EM VITÓRIA DA CONQUISTA – BA

## *BETWEEN THE STATE AND FAITH: THE PROCESS OF TERRITORIAL FORMATION AND THE COLLECTION OF THE LAUDEMIO IN VITÓRIA DA CONQUISTA - BA*

Raquel Gomes Valadares\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 O processo de organização do espaço e formação das cidades no Brasil-Colônia e Império. 3 Direitos, conquistas e doações. 4 A questão do laudêmio em Vitória da Conquista. 5 Conclusão.

**RESUMO:** O intuito desta análise é tratar sobre a cobrança do laudêmio em Vitória da Conquista, no interior baiano, e a destinação dos valores recolhidos à Igreja Católica. Do arraial até constituir-se cidade propriamente, a presença dos símbolos religiosos influía na determinação dos níveis da estrutura político-administrativa do lugar. Nesta permeabilidade entre Estado e Igreja, áreas eram doadas/entregues ao estamento religioso, firmando alianças entre ambos. Novas relações se estabeleceram entre estes dois entes com o advento da República. Porém, algumas questões ligadas à relação patrimonial e ao domínio de terras permaneceram tal qual à época do Império. É o caso de Vitória da Conquista, fundada em 1783, cujas terras foram doadas à Igreja Católica e, mais de treze décadas depois da separação das relações entre Estado e Igreja, o pagamento do tributo denominado laudêmio é atribuído à instituição religiosa. Utilizando o método estudo de caso, trata-se de uma análise histórico-descritiva, fundamentada na legislação atual, com a hipótese de que a cobrança ainda existente resulta das falhas na construção dos estágios organizacionais do município referido.

**Palavras-chave:** produção social do espaço. igreja. Estado. laudêmio. Vitória da Conquista.

**ABSTRACT:** *The purpose of this analysis is to deal with the collection of the laudemium in Vitória da Conquista, in the interior of Bahia, and the destination of the values collected to the Catholic Church. From the village to the actual city, the presence of religious symbols influenced the determination of the levels of the political-administrative structure of the place. In this permeability between State and Church, areas were donated/delivered to the religious estate, establishing alliances between both. New relations were established between these two entities with the advent of the Republic. However, some issues related to the patrimonial relationship and the dominion of land remained just as at the time of the Empire. This is the case of Vitória da Conquista, founded in 1783, whose lands were donated to the Catholic Church and, more than thirteen decades after the separation of the relations between the State and the Church, the payment of the tribute called laudemium is attributed to the religious institution. Using the case study method, this is a historical-descriptive analysis, based on the current legislation, with the hypothesis that the still existing collection results from failures in the construction of the organizational stages of the referred municipality.*

**Keywords:** *social production of space. church. State. laudemium. Vitória da Conquista.*

\*Advogada, especialista em Gestão Pública Municipal (UESB), mestre em Arquitetura e Urbanismo (DAU/UFV), doutoranda em Arquitetura e Urbanismo (IAU/USP).

Artigo recebido em 27/06/2021 e aceito em 10/08/2021.

**Como citar:** VALADARES, Raquel Gomes. Entre o Estado e a Fé: a cobrança do laudêmio em Vitória da Conquista – BA. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 41, p. 145, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

## INTRODUÇÃO

A formação das cidades é um processo social no espaço, e no período colonial não constituiu uma criação natural. O surgimento de cidades no território brasileiro obedeceu a uma lógica de conformação espacial atrelada às necessidades socioeconômicas, políticas e, sobretudo, religiosas. Segundo a tradição europeia, as cidades eram constituídas de dentro para fora, isto é, as representações míticas sobre sua origem e unidade territorial eram preservadas, apesar da sua expansão (MORSE, 2017).

As cidades tinham narrativas heroicas, resultado da vontade dos deuses ou das lendas de sobrevivência. Eram histórias de deuses e suas alianças com os homens, ou ainda, dos meninos amamentados por uma loba, e após a miraculosa sobrevivência formaram clãs, tribos, cidades e um grande império.

No continente americano, as cidades não eram precedidas de um passado heroico ou tradicional, elas cresceram de fora para dentro, tinham o caráter provisório e eram constituídas a fim de estabelecer a rápida movimentação entre colônia e metrópole (MORSE, 2017). Um aglomerado que, necessariamente, agregava colonizadores e nativos sob constante ataque de outros nativos e outros exploradores.

O artificialismo das cidades ibero-americanas era configurado pelo cumprimento das funções administrativas, militares ou missionárias em detrimento da espontaneidade de povoamento ou continuidade do aglomerado por povos nativos. O funcionalismo destas cidades refletiu no frequente abandono com que estas eram acometidas; não atingida a função ou na existência de território considerado mais apropriado, as cidades poderiam ser abandonadas ou transplantadas.

Os aglomerados tinham denominações distintas a partir da presença de elementos específicos; não era estritamente a quantidade de habitantes que definia a classificação e subordinação territorial do povoado. Os critérios para a classificação da ocupação do território também não eram definições apenas do Estado, neste caso a Coroa, pois a presença da Igreja influía, marcadamente, nessa atividade.

Os mecanismos de dominação dos colonizadores condicionavam e sujeitavam as populações nativas legitimando suas ações. A denominação de atrasados, dependentes e inferiores, ao que se constituiu como paradigma de desenvolvimento no território europeu, ainda perpetuam na concepção e formação da sociedade latino-americana. A perspectiva

eurocêntrica distorceu, e ainda distorce, a construção histórico-social constituída na América. O ingresso e a fixação dos colonizadores em território americano não propunham analisar a cultura nativa preservando seus principais ritos e costumes. Quase que em sua totalidade, as nações indígenas foram dizimadas; dos seus saberes pouco se preservou, pois não possuíam narrativas grafadas; e ainda hoje, a preservação dos seus hábitos é posta em xeque.

A dominação europeia, cujos valores estavam sob o tripé Deus – Rei – Lei, legitimavam os atos atrozos, quando lhes convinha estabeleciam alianças e práticas sincréticas. Na formação de uma identidade local, a relação de controle e dependência, bem como, consciência e autoconhecimento delinearão quais características seriam predominantes entre os habitantes.

A presença religiosa transformou o espaço social; partindo desse pressuposto, busca-se analisar Vitória da Conquista, município baiano, que além de ter o território, em totalidade, doado à Igreja como gratidão pela dominação dos bandeirantes na área citada, tem ainda em vigência um tributo municipal que é destinado ao clérigo. As pontuações realizadas neste trabalho perpassam pela revisão da literatura e análise do caso concreto (estudo de caso); trata-se de uma análise histórico-descritiva, fundamentada também na legislação atual, com a hipótese de que a cobrança do tributo resulta das falhas na construção dos estágios organizacionais do município referido.

## **1 O PROCESSO DE ORGANIZAÇÃO DO ESPAÇO E FORMAÇÃO DAS CIDADES NO BRASIL-COLÔNIA E IMPÉRIO**

Com a trajetória das naus portuguesas ao Brasil e sua chegada em 1500, iniciou-se um processo de ocupação territorial com características inerentes aos colonizadores da Península Ibérica. Apesar do afã em demarcar territórios para a exploração da terra, a primeira organização oficial dos habitantes, sob os critérios da Coroa Portuguesa, ocorreu anos mais tarde em área estratégica, em 1532 com a fundação da Vila de São Vicente. Em seguida, outros aglomerados de habitantes foram organizados, como Recife e Salvador, primando pela área costeira.

A divisão territorial não estava circunscrita aos marcos naturais, como rios, morros ou montanhas; o território foi seccionado em faixas de terra denominadas capitânicas. Em virtude do seu caráter de exploração

vitalício, transferidas mediante sucessão familiar, foram denominadas capitânicas hereditárias.

O sistema de concessão era por meio de doações realizadas pela Coroa, um direito real para usufruir, explorar e ocupar a terra. Entretanto, as capitânicas não funcionaram conforme o esperado pela realeza portuguesa. O território vasto estava à mercê das invasões de outros exploradores; deste modo, outra estratégia de organização do território foi implementada. Os governos gerais foram estabelecidos ainda na primeira metade do século XVI, dando novas direções quanto à organização do espaço. Fazia-se necessário constituir uma estrutura de organização político-administrativa que centralizasse as decisões. Foram fundadas cidades, e estas diferiam dos demais aglomerados de indivíduos, tais como arraial, freguesia e vila, dada a presença de órgãos que tratavam da justiça, finanças, defesa do território e da religião.

A Coroa Portuguesa tinha por intenção fazer das suas colônias interpostos comerciais, por isso inicialmente era proibida a exploração interiorana, preferindo o povoamento de áreas marinhas (HOLANDA, 1995). As cidades no Brasil foram constituídas a partir da exploração de recursos naturais, situadas em pontos estratégicos para escoar o que fora extraído. Os aglomerados tinham denominações distintas a partir da presença de elementos específicos; não era estritamente a quantidade de habitantes que definiam a classificação do território. Assim como, os critérios para a classificação não eram definições apenas do Estado, a Igreja influía nessa atividade.

A relação da Igreja com as soberanias reais perpassou séculos; desde a crise e o esfacelamento do Império Romano, a Igreja foi a instituição remanescente desta cultura, preservando a estrutura universal e a unidade da língua. Os laços entre a Igreja e o Estado não foram características unicamente da soberania portuguesa. No Velho Continente, o poder dos soberanos era ratificado pela autoridade papal e a uniformidade da composição territorial era dada mediante as diretrizes ou conforme as verificações do poder eclesiástico.

No caso da organização político-administrativa no Brasil, a relação entre a Igreja e o Estado estava tão atrelada que se confundia. Não eram raros (e ainda existem resquícios dessa prática) os lugares em que os registros produzidos no âmbito eclesiástico tinham valor jurídico, dada a ausência de atividade registral e notarial. Registros de nascimento, casamento e óbito eram validados ou suprimidos pela existência de

registros nos livros paroquiais. Ademais, o amparo aos doentes também ocorria neste espaço de exercício da fé.

A mutação do território e a formação de cidades aconteciam paulatinamente. Os estágios dessa hierarquia territorial iam de arraial, freguesia, vila à cidade. Esses estágios de estruturação formavam o processo de constituição de cidades na colônia e a presença religiosa marcava cada fase. Para que o povoado fosse elevado à condição de arraial, era necessário a construção de um espaço para culto (ermida ou capela) e que este fosse sacralizado com a visita regular de um padre (MARX, 1991). A localização da igreja era, preferencialmente, em local destacado. Não era em vão, ou por deliberação dos doadores, mas uma exigência do arcebispado.

O estágio seguinte era a freguesia. Conforme Marx (1991), se o reconhecimento do arraial passava pelo crivo da Igreja, somente sob a autorização dela acontecia a ampliação, a reforma ou a nova construção do local de culto. Um espaço que pudesse congregar mais pessoas e com contorno onde fosse possível ocorrer as procissões, proporcionaria um novo patamar de classificação, distinto do arraial, neste caso a freguesia.

A presença constante de um padre, e não mais a visita esporádica, diferia a assistência religiosa entre arraial e freguesia. O terceiro estágio era a vila, que contava com a presença de elementos como a câmara municipal, a cadeia e o pelourinho (MARX, 1991). Quanto à presença da Igreja nesse estágio, segundo a tradição lusitana, havia a demarcação do rossio<sup>1</sup>, ou seja, a delimitação da área pública e do patrimônio religioso. Com o intuito de que as fronteiras municipais e eclesiásticas fossem delimitadas.

A cidade era o estágio territorial que podia abrigar várias paróquias, porém com uma igreja que centralizasse as decisões, ou seja, a matriz ou catedral. Possuía um aglomerado de habitantes maior, mais ruas e becos, além disso, havia a câmara municipal, a cadeia, o pelourinho e o juiz. A presença do juiz, para dirimir os interesses e problemas dos seus habitantes, representava o poder do Estado, através da sua autoridade e dos seus servidores, mantendo o controle das ações contra quaisquer ameaças a vontade da Coroa.

Convém ressaltar a prática das bandeiras de expansão, que se tornaram mais significativas que a própria ordem citadina. Elas (as bandeiras) preservavam uma organização hierárquica rígida, capaz de dominar o ambiente, estabelecer liderança, moralidade e, por vezes,

---

<sup>1</sup> O termo rossio remete a Lisboa, Portugal. Segundo Simon e Vieira (2010) chamava-se Rossio uma grande e importante praça em Lisboa; o termo também designava propriedade coletiva e compartilhada, distinta da propriedade privada.

adaptava-se aos costumes dos índios no aparente tribalismo e organização nômade (MORSE, 2017). Essa mistura de costumes e fluidez cultural era possível segundo os interesses dos colonizadores; naquilo que divergia e conflitava, extinguiu-se.

Para o funcionamento dessas dinâmicas territoriais, havia argumentos que ora coíbiavam, ora estimulavam a migração territorial. O Novo Mundo apresentava o ambiente e a oportunidade como ditame para a organização social, ressignificando o espaço como propulsor do desenvolvimento. Deste modo, para concentrar a população em um cerco territorial, os recursos de controle social poderiam ser os mais variados, dentre eles o uso da força e os símbolos locais.

Até o fim do século XIX, com o advento da Proclamação da República, a organização do espaço e a ocupação do solo urbano, em seus primeiros estágios, eram definidos pela presença da Igreja. Quase quatro séculos depois das primeiras ocupações e dessa ordenação territorial, a organização do espaço citadino foi uma preocupação do governo republicano.

Com o governo republicano-democrático, buscou-se uma nova aparência das cidades, ensejando romper com quaisquer vestígios da ordem imperial, bem como, possibilitando investimentos e estruturação para a incipiente indústria. Belo Horizonte, um dos exemplos dessa nova ideia de organização urbana, era inicialmente uma cidade sem raízes de historicidade com o passado e sem uma população característica. Embora Belo Horizonte seja o marco de criação de cidade no período pós-imperial e republicano, com o rompimento da tradição, os valores religiosos ainda assim ficaram evidentes, visto que, em cada novo bairro era necessariamente constituída uma paróquia da Igreja Católica (GOMES, 2011).

## **2 DIREITOS, CONQUISTAS E DOAÇÕES**

O direito de usufruir, explorar, habitar e cultivar a terra eram concessões reais, pois todo o território brasileiro pertencia à Coroa. Anterior ou posterior à independência em relação à metrópole, as terras eram concedidas ao donatário ou ao sesmeiro, desde que, um percentual da produção agrícola ou da exploração de minérios fossem pagos à Coroa.

No processo de colonização do território, os donatários e sesmeiros também podiam doar áreas a santos, ordens sacerdotais ou mesmo à Igreja. Com isso, templos, mosteiros, conventos e vocacionários foram erguidos, abrigando a organização religiosa e os serviços por ela prestados.

Em 1850, com a Lei de Terras, encerrou-se a concessão de áreas por sesmarias e estava proibido o uso comum da terra. Foi uma lei de impacto social, econômico e de relevância política, posto que, se tratava da primeira norma brasileira que regulava a propriedade privada após a independência do Brasil e Constituição de 1824. A Lei de Terras modificou a configuração territorial, e a partir deste marco legislativo tem-se um processo contínuo de mutação do espaço.

O ordenamento jurídico brasileiro do período, apesar de viger um governo monárquico, não estava alheio às mudanças na legislação em território europeu. Na Inglaterra um novo conjunto de normas inviabilizava a exploração comunal da terra. As terras foram cercadas e o uso comunitário proibido, com a finalidade de que a população expulsada do campo, não havendo alternativa de trabalho, vendesse a mão-de-obra para a indústria incipiente (MARTINS, 2006).

A Revolução Industrial entre o fim do século XVIII e início do século XIX na Inglaterra estabeleceu novos ditames socioeconômicos, o que, irremediavelmente, transmutou a paisagem citadina. Na França, desde 1789 com a Revolução Francesa e o ensejo de mudanças pela divisão igualitária da propriedade, houve o confisco das propriedades da Igreja, acabando com antigos privilégios e extinguindo a aplicação da enfiteuse (MARTINS, 2006).

Enfiteuse era o desmembramento da propriedade, em que o proprietário (denominado senhorio direto) conferia a alguém (o enfiteuta ou foreiro) o direito real consistente no domínio útil do imóvel, mediante o pagamento de uma importância anual denominada de foro, cânon ou pensão. Se o enfiteuta quisesse transferir o domínio útil a terceiro, deveria pagar ao senhorio direto uma importância denominada laudêmio [...] (CARVALHO FILHO, 2011, p. 786)

A enfiteuse se aproxima do direito à superfície<sup>2</sup>, entretanto, diferem quanto ao caráter temporal e o delineamento normativo. Enquanto

<sup>2</sup> No entendimento de Di Pietro (2006, p. 665): “o aforamento ou enfiteuse também foi previsto no Decreto-lei nº 9.760/46 como forma de utilização de bens da União, com algumas derrogações ao direito privado”. O Estatuto da Cidade em seu artigo 21 e parágrafos apresenta os elementos que definem o direito de superfície; segundo o estatuto “o proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis. § 1º O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística. § 2º A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa.” (BRASIL, 2001).

o direito de enfiteuse é perpétuo, o direito de superfície é por tempo determinado mediante escritura pública. Da transferência do domínio real decorre o pagamento de um foro denominado *laudêmio*.

Laudêmio é a importância que o foreiro ou enfiteuta paga ao senhorio direto quando ele, senhorio, renuncia seu direito de reaver esse domínio útil, nas mesmas condições em que o terceiro o adquire. Sempre que houver pretendente à aquisição do domínio útil, o foreiro é obrigado a comunicar a existência desse pretendente e as condições da alienação, para que o senhorio direto - no caso, o Estado - exerça seu direito de opção dentro de trinta dias, ou renuncie a ele, concordando com a transferência a outrem (MEIRELLES, 1998, p. 424)

Essa relação jurídica no Brasil recaiu nas relações de uso de terras públicas, terras de propriedade da Igreja e terras de propriedade da família real. É compreensível que quanto ao uso de terras públicas de interesse da União recaia o vínculo de propriedade e seja reconhecido o direito perpétuo. Pereira (2006) afirma que, a aplicação do aforamento compete ao Serviço de Patrimônio da União e necessita da autorização prévia dos Ministérios da Marinha, Aeronáutica e Exército, em função da localização do imóvel, buscando a segurança do território; do Ministério da Agricultura, se a área for suscetível ao aproveitamento agrícola ou pastoril; do Ministério dos Transportes e Ministério da Infraestrutura, quando a área estiver próxima de obras portuárias, ferroviárias e rodoviárias; e da Prefeitura Municipal, quando referir-se a terra em área em processo de urbanização. Nos casos de alienação, é dado o direito de preferência aos entes da administração pública direta responsáveis pela autorização prévia.

Há outra possibilidade de enfiteuse acolhida pela doutrina. No tocante às terras doadas à Igreja ou áreas inteiras que teriam sido entregues ao domínio dela, desde o período colonial, ainda vige essa relação jurídica. Terras que dada a extensão não foram construídas e que ainda estão sob o domínio da Igreja. Para que seja adquirida a propriedade e qualquer transferência posterior, mantém-se a relação de enfiteuse. No entendimento de Piccinato Junior e Salgado (2006) essa relação fere a separação dos poderes entre Estado e Igreja.

De acordo com o Código Civil:

Art. 2.038. Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei nº

3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores. § 1º Nos aforamentos a que se refere este artigo é defeso: I - cobrar laudêmio ou prestação análoga nas transmissões de bem aforado, sobre o valor das construções ou plantações; II - constituir subenfituse. § 2º A enfituse dos terrenos de marinha e acrescidos regula-se por lei especial. (BRASIL, 2002)

O Código Civil não possibilita novas formas de enfituse, a fim de que elas sejam gradativamente extintas no território brasileiro e, além disso, proíbe expressamente a cobrança do laudêmio ou prestações análogas das relações que ainda existem. Por isso, Pereira (2006) afirma que a enfituse é uma relação eivada de vicissitude e que está fadada a desaparecer. Di Pietro (2006) também menciona que há uma tendência para que este instituto seja extinto, acrescentando que no artigo 49 das Disposições Transitórias da Constituição dispõe sobre a enfituse, assegurando que ela continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, para assegurar a segurança de território nacional.

### **3 A QUESTÃO DO LAUDÊMIO EM VITÓRIA DA CONQUISTA**

O histórico da formação territorial do município se fez necessário afim de compreender como foi justificado o pagamento do laudêmio à Igreja. A cidade de Vitória da Conquista é a terceira maior da Bahia, situada no sudoeste do estado. Sua origem remonta em 1783, organizada como Arraial da Conquista; em 1840 foi elevada a condição de Vila e Freguesia, passando a ser denominada Vila Imperial da Vitória. Em 1891 foi elevada à condição de municipalidade, e no início do século XX passou a ser denominada Vitória da Conquista.

O arraial surgiu como resultado da empreitada portuguesa para ocupação do interior através das bandeiras. O trecho era estratégico e sazonalmente ocupado pelas nações indígenas nômades Ymborés (Aymorés), Kamakãs (Mongoiós) e Pataxós (SOUZA, 2010). A área era estratégica, pois media a região da Chapada Diamantina e a região portuária de Ilhéus, além de ser território limítrofe entre Minas Gerais e Bahia, facilitando a circulação de mercadorias para a subsistência das áreas interioranas, e o manejo do gado.

Apesar do envio de bandeirantes para ocupar o território, os índios habitantes se empenharam em oposição a tal façanha inviabilizando a missão. Anos mais tarde, nova comitiva foi enviada para subjugar os habitantes nativos. A partir dessa segunda comitiva, as narrativas místicas

e religiosas ganharam espaço na construção da história do povoado. De acordo com Viana (1982 apud MORAIS, 2009), no embate entre bandeirantes e nativos, a intervenção divina possibilitou a vitória dos portugueses, e em gratidão à Nossa Senhora das Vitórias surgiu a promessa de erguer uma capela dedicada a santa.

Apesar do triunfo dos bandeirantes, em subjugar as nações indígenas, a convivência não foi pacífica. Os acordos entre índios e portugueses por vezes eram violados. As narrativas de viagens e conquistas desta parte do território partem da perspectiva de documentos europeus. Deste modo, as histórias encontradas sobre o arraial mencionam que os índios violaram o acordo de convívio continuamente.

O príncipe da Prússia, Maximiliano de Wied-Neuwied, percorreu pelo Brasil no século XVIII, nas áreas que atualmente correspondem aos estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo, Minas Gerais e Bahia (COSTA, 2008). Dele, partem alguns relatos sobre o território brasileiro. Em um capítulo específico, Wied-Neuwied (1989, apud Morais, 2008) narra sua viagem para o Arraial da Conquista, na área fronteira entre Minas Gerais e Bahia. Nesse capítulo ele relata as indisposições entre portugueses e índios:

Finalmente, depois de ter concluído um acordo com aqueles selvagens e começado a constituir o seu estabelecimento, [João Gonçalves da Costa] notou que os soldados diminuían de dia para dia; acabou por vir a saber que os índios os atraíam, cada qual por sua vez, ao interior da mata, sob um pretexto qualquer, e aí os matavam. [...] Esse, depois de ordenar a seus homens que tivessem as armas prontas, convidou todos os selvagens para uma festa e, enquanto confiadamente se entregavam à alegria, foram cercados de todos os lados e quase todos mortos. Depois disso, os selvagens embrenharam-se nas matas, e o arraial conseguiu repouso e segurança (WIED-NEUWIED, 1989, p. 428 apud MORAIS, 2008, p.33).

Os relatos do príncipe contam o fatídico episódio da história do arraial conhecido como o Banquete da Morte. Na narrativa oral do povoado, e posteriormente documentada, verifica-se a presença de outros detalhes. As vítimas do confronto foram envenenadas, não apresentando resistência ou possibilidade de reação; toda a tragédia ocorreu no lugar que posteriormente seria construída a capela.

O velho preto, centenário, de nome Francisco José da Ponte, conhecido por Tio Nagô, que nasceu escravo de João

Gonçalves, falava que, quando menino, estava presente na época das lutas de seu sinhô com os índios e que ele botou veneno na cachaça que os índios beberam e morreram quase todos envenenados e que esse lugar ficava em frente da Igreja (VIANA, 1982, p. 15 apud MORAIS, 2008, p. 33).

É provável, que as frequentes disputas entre bandeirantes e indígenas tenham sido pelo controle da água no local, visto que, as aldeias indígenas provisórias estavam à margem da nascente do córrego do Poço Escuro ou Rio Verruga. Com a dizimação dos povos indígenas que habitavam o arraial, a área da aldeia, especificamente, onde ocorreu o massacre, foi ocupada; na área foi construída a capela, como cumprimento da promessa feita anteriormente. A partir dessa doação vêm as questões inerentes ao uso e domínio das terras, pois a doação não estava circunscrita a edificação de uma construção, mas compreendia a dimensão total do território do arraial.

Após a doação da área e a construção do primeiro local de culto, a assistência religiosa e os serviços inerentes à presença da Igreja iniciaram no povoado. Dada a sua relevância e posição estratégica, mais pessoas se agregavam ao povoado, que foi elevado à condição de Vila e Freguesia.

Não há uma compreensão clara de qual teria sido a área do rossio, ou seja, quais as áreas seriam de patrimônio religioso e de patrimônio público. Souza (2008) atribui essa ausência à influência dos descendentes dos bandeirantes que ocuparam o território.

Além dessa indistinção patrimonial, que segundo Marx (1991) figuraria a passagem do estágio de freguesia para vila, as questões inerentes à subordinação administrativa foram controversas. Inicialmente, Vitória da Conquista, na condição de arraial, estava subordinada à cidade de Jacobina; posteriormente esteve vinculada à comarca de Caetité. Segundo Souza (2008), o caminho tortuoso da subordinação administrativa do arraial resultou na submissão do território a Minas Gerais no século XIX. Com a distância geográfica entre o arraial e a cidade de Ouro Preto, permanecer sob a administração de Minas Gerais tornou-se um impeditivo para a solução de demandas que necessitavam da presença do juiz. Por isso, o povoado solicitou o retorno da subordinação territorial à Bahia. Esse impasse quanto à subordinação resultou na indefinição do seu estágio de classificação entre freguesia e vila. Em 1891, Vitória da Conquista foi emancipada e elevada à condição de cidade, perfazendo o trajeto nos estágios arraial, vila e cidade.

A Igreja, depois constituída como Catedral, está na parte central e alta da cidade; anos mais tarde, seu entorno foi ocupado por inúmeros

casarões, solares e sobrados imponentes, onde os ilustres habitantes moravam. Em frente à Igreja sempre houve uma praça, que ao longo dos anos recebeu nomes distintos (Jardim das Borboletas, Praça da República e Praça Presidente Tancredo Neves). Atualmente, ladeada pelos prédios da prefeitura municipal e câmara de vereadores.

No entanto, o que se destaca é que dada a promessa do bandeirante em doar as terras do povoado à Igreja, mesmo com a instituição da República, a cidade, quase que em sua totalidade, permaneceu como propriedade da Igreja. E para que outros pudessem tornar-se proprietários, a Igreja, que detém o direito real perpétuo, concede a enfiteuse, por meio do pagamento do laudêmio. Apesar de no século XVIII e XIX o território ocupado representar percentual ínfimo do perímetro urbano atual, a Igreja se ampara nessa doação para o recebimento dos valores pagos pelo laudêmio.

Nas histórias narradas sobre o município de Vitória da Conquista, conta-se que a construção de uma Igreja Protestante no início do século XX, ensejou um conflito religioso local. Isto porque, segundo a Igreja Católica as terras municipais pertenciam à Nossa Senhora das Vitórias e a Igreja como proprietária das terras não poderia permitir que outra fé fosse professada ali. Embora com a República não houvesse mais a religião oficial, o estabelecimento de outras religiões foi conflituoso. A Igreja Protestante, em processo de construção, era destruída ao final de cada dia por invasores não identificados. As Igrejas se encontram nos dias atuais nos mesmos locais do início do século XX e distanciam poucos metros. O conflito foi temporariamente pacificado em virtude do apoio de alguns coronéis, que simpatizavam com a religião protestante e que queriam um ambiente pacífico no município.

Em todos os serviços registraes de transferência da terra ou do imóvel construído efetua-se o pagamento do laudêmio à referida Igreja. Os novos loteamentos que distanciam cerca de 8 km da sede da Igreja Matriz, após questionamentos na Secretaria de Finanças e na procuradoria da Igreja, sem ensejar decisão judicial, foram isentados da cobrança. Quanto às demais áreas do município, nas transações imobiliárias é necessário efetuar o pagamento do laudêmio à Igreja, assegurados na justificativa de que as terras do antigo arraial, do período colonial foram doadas em devoção à Nossa Senhora das Vitórias.

No que concerne à legislação tributária do município, está prevista a cobrança do laudêmio. As guias de recolhimento são emitidas pela Secretaria de Finanças do município e os valores repassados à Igreja

A lei municipal está em desacordo com a previsão da norma federal, pois ainda considera possível a cobrança do laudêmio em favor da Igreja. Apesar de existir outros casos semelhantes no território brasileiro, com a cobrança de laudêmio por parte da Igreja, as cobranças reiteradas não legitimam a relação jurídica que o próprio Código Civil vislumbra extinguir.

## CONCLUSÃO

O caso de Vitória da Conquista torna-se pertinente com a indistinção patrimonial da Igreja. Como organização religiosa separada do Estado, o seu patrimônio não pode ser objeto de indeterminação. Apesar de ser antiga esta falha na definição do patrimônio do Estado e da Igreja, pelo marco regulatório que instituiu a República impondo a divisão entre Igreja e Estado, encerrar-se-ia a confusão patrimonial. Reforça-se essa compreensão, em que a Constituição Federal de 1988, ratifica os papéis distintos entre Igreja e Estado, ao afirmar que o Brasil é uma república democrática, sem a existência de uma religião oficial (BRASIL, 1988).

O que se verifica é a acomodação ao longo dos anos, evitando-se indisposições entre os poderes do estado e eclesiásticos. Mesmo após o estabelecimento da República, os laços entre esses poderes não se romperam imediatamente. Observando a constituição do território brasileiro, desde o início da sua ocupação até o final do século XIX, verifica-se que não se experimentou outra forma de hierarquização do poder e formação do espaço urbano que não passasse pela chancela do poder eclesiástico.

Os proprietários de imóveis do município de Vitória da Conquista possuem os registros cartoriais em transações imobiliárias, e podem dispor da propriedade sem nenhum obstáculo, mesmo que o direito real e perpétuo de possuir ainda recaia sobre a Igreja. A Igreja considera o laudêmio como parte da sua receita. Mais de treze décadas depois do fim oficial da relação entre Igreja e Estado, algumas relações ainda se mantêm vivas e eivadas de vícios.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. **Dispõe sobre as terras devolutas do Império.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L0601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm). Acesso em: 1 mar. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 1 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 de julho de 2001. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm). Acesso em: 1 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em março de 2020.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COSTA, C. R. **O Príncipe Maximiliano de Wied-Neuwied e sua Viagem ao Brasil (1815-1817)**, 2008. Dissertação (Mestrado em História). Programa de Pós-Graduação em História Social, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

ERIKSEN, T. H.; NIELSEN, F. S. **História da antropologia**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

GOMES, L. J. M. **Belo Horizonte: a cidade descrita (documentos de uma história urbana)**. Belo Horizonte: Editora e Consultoria Gomes, 2011.

HOLANDA, S. B. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

MARTINS, C. B.. **O que é sociologia**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MARX, M. **Cidade no Brasil terra de quem?** São Paulo: EDUSP, 1991.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**, 23.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAIS, G. B. R. **Monumentos de Vitória da Conquista: patrimônio cultural e discursos de memórias**, 2009. Dissertação (Mestrado em Memória Social), Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Memória Social, Rio de Janeiro, 2009.

MORSE, R. **Cidades e cultura política nas Américas**. Belo Horizonte, MG: Editora UFMG, 2017.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PICCINATO JUNIOR, D.; SALGADO, I. A conflituosa relação entre igreja e poder público municipal no gerenciamento da terra urbana – estudo de caso: Cruz das Posses, São Paulo. *In: Revista Brasileira de Gestão Urbana*, [S.l.], v. 8, n. 2, p. 228-241, out. 2017.

SIMON, I.; VIEIRA, M. S. O rossio não rival. *Revista USP*, n. 86, p. 66-77, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i86p66-77>. Acesso em: 1 mar. 2020.

SOUZA, B. J. **Uma polis sertaneja, fora do eixo e fora do centro: imprensa e memória nas disputas políticas em Vitória da Conquista (1962-1992)**, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-graduação em História Social, Salvador, 2010.

VITÓRIA DA CONQUISTA. Lei nº 1.259/2004. Institui o Código Tributário do Município de Vitória da Conquista - Ba. **Diário Oficial do Município de Vitória da Conquista**, 23 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.pmvc.ba.gov.br/wp-content/uploads/CODIGOTRIBUTARIO.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2020.



# A CORPORATIZAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS COMO UMA FERRAMENTA DE COMBATE AO RENT-SEEKING

## *THE CORPORITIZATION OF STATE OWNED COMPANIES AS A TOOL AGAINST RENT-SEEKING*

Vinicius Klein\*

Maria Heloisa Charello\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 As empresas estatais e suas especificidades. 3 A conjuntura brasileira. 4 A intervenção estatal no domínio econômico através do rent-seeking e os prejuízos ao desenvolvimento econômico no longo prazo. 5 O emprego da corporatização na diminuição do risco de rent-seeking nas empresas estatais. 6 Considerações finais.

**RESUMO:** O presente estudo aborda a intervenção estatal no âmbito econômico por meio do rent-seeking nas companhias estatais e o uso da corporatização para coibir esse fenômeno. As empresas estatais são estruturas híbridas com elementos institucionais privados e públicos. Esse amálgama pode ser útil em alguns ambientes institucionais, operando em setores de alto risco e que afastam investidores privados. Por outro lado, as empresas estatais podem ser objeto de uso político e, portanto, gerar ineficiências. Neste contexto, a literatura apontou ganhos líquidos em alguns casos com a privatização de estatais. No Brasil, nota-se que desde o século XIX o Estado trabalhou para a criação de empresas estatais; por meio do financiamento de companhias que estavam em crise (com a criação dos primeiros campeões nacionais). O rent-seeking por sua vez, ainda que seja um fenômeno latente tanto em empresas privadas como também em estatais, se pronuncia de forma mais saliente nas estatais. Além da privatização outra forma de combate ao rent-seeking nas empresas estatais é o processo de corporatização, que pode gerar uma melhora na transparência, uma gestão mais profissional e independente (do Estado) direcionando assim, a companhia a operar de modo mais competitivo e produtivo. Concluiu-se através da revisão de literatura que o processo de corporitização é um mecanismo indispensável para coibir o rent-seeking – em especial em ambientes de crony capitalism – nas estatais brasileiras, obtendo sucesso como alternativa à privatização dessas companhias.

**Palavras-chave:** rent-seeking. empresas estatais. corporatização.

\* Doutor em Direito Civil pela UERJ Doutor em Desenvolvimento Econômico pela UFPR. Visiting Scholar na Universidade de Columbia/EUA em 2012 Procurador do Estado do Paraná Professor Adjunto no Departamento de Economia da UFPR lecionando a disciplina de Economia e Direito no curso de graduação em economia e de Economia e Estado no mestrado profissional em desenvolvimento econômico.

\*\* Graduanda em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Paraná. Membro do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito da PUCPR.

Artigo recebido em 21/06/2021 e aceito em 05/11/2021.

**Como citar:** KLEIN, Vinicius; CHARELLO, Maria Heloisa. A corporatização das empresas estatais como uma ferramenta de combate ao rent-seeking. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 41, p. 161, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

**ABSTRACT:** *The following study addresses state intervention on the economic sphere through rent-seeking in state-owned companies and the use of corporatization to curb this phenomenon. The state companies are hybrid structures with private and public institutional elements. This amalgamation can be useful in some institutional environments, operating in high-risk sectors that drive away private investors. However, state-owned companies could be subject to political use and, therefore, produce inefficiencies. In Brazil, since the 19th Century the state has worked to create state companies; by financing companies that were in crisis (with the creation of the first national champions). Rent-seeking, in turn, although a latent phenomenon in both private and state-owned companies, is more pronounced in state-owned companies. Besides privatization another form of fighting rent-seeking in state-owned companies is through the corporatization process, which can generate an improvement in transparency, a more professional and independent management (of the State) thus directing the company to operate in a more competitive and productive way. The conclusion is that the use of the process of corporatization is an indispensable mechanism to curb rent-seeking – specially in crony capitalism environments – in Brazilian state-owned companies, obtaining success as an alternative to the privatization of said companies.*

**Keywords:** *Rent-seeking. State owned enterprises. Corporation.*

## INTRODUÇÃO

A escassez da literatura em relação às empresas estatais brasileiras tem se mostrado latente no meio acadêmico, podendo se observar também que subjaz entre os estudos uma noção dicotômica das estatais, sendo as companhias retratadas como instituições totalmente privadas ou estatais - não havendo espaço para mecanismos intermediários.

Ainda, pouco se tem abordado sobre a intervenção estatal no âmbito econômico através do *rent-seeking*-sob sua forma de capitalismo de estado e que se manifesta por meio de estatais. Dessarte, mostra-se oportuno o esforço para depreender de que maneira o *rent-seeking* se insere nas companhias estatais brasileiras, além de compreender também quais os mecanismos comumente usados para diminuir o risco de *rent-seeking*, entre eles a corporatização e de que modo eles atuam.

Para tanto, o estudo utilizou-se da análise da literatura existente referente a empresas estatais sob a perspectiva de diferentes escolas econômicas, a perspectiva histórica também foi utilizada para se compreender como se chegou à disposição que as estatais possuem hoje. O item referente ao *rent-seeking* foi analisado também pela literatura da public choice e da nova economia institucional. Por fim, foi imprescindível o uso de dados em painel já trabalhados pela literatura, que permitiram a comparação da conjuntura brasileira com o restante do mundo.

O presente estudo é organizado da seguinte maneira: o primeiro item aborda as empresas estatais e suas especificidades sob a perspectiva de diferentes escolas de pensamento econômico. Depois, demonstra-se

o processo histórico de criação das estatais brasileiras. Em seguida, é apresentado o conceito de *rent-seeking*, seus impactos econômicos e como ele se manifesta nas sociedades contemporâneas; por fim, o terceiro item discorre sobre as estratégias para coibir o *rent-seeking* nas estatais, como a corporatização.

## 1 AS EMPRESAS ESTATAIS E SUAS ESPECIFICIDADES

A literatura econômica acerca das empresas estatais – denominadas internacionalmente como State Owned Enterprises (SOEs) – costuma apontar como uma das características dessas empresas a capacidade de se moldar ao ambiente institucional em que estão inseridas, por meio da combinação de diferentes níveis de propriedade (estatal e privada) e controle (também estatal e privado) adotados pelo Estado e incorporados à firma (BRUTON et al, 2015).

A Economia de Custos de Transação (ECT) estabelece que toda transação entre dois ou mais agentes econômicos possui um custo. O custo constitui-se na imposição de fazer cumprir os contratos, bem como na monitoração e adaptação de termos contratuais. Portanto, ao levar em conta os custos de transação é possível dizer que as firmas irão se desenvolver mais à medida que diminuam seus custos de transação. Ainda, através das lentes da ECT é possível analisar quais organizações atuam de modo mais eficiente conforme determinada situação.

Na esfera institucional as organizações podem combinar características derivadas de duas formas básicas de organização econômica: mercados e hierarquias (WILLIAMSON, 1975). As estatais, analisadas pela perspectiva da ECT, são organizações híbridas, pois possuem elementos tanto de estruturas de mercado como também de hierarquia<sup>1</sup>. Esse aspecto possibilita que as estatais, ao adotarem essa configuração híbrida de governança e ao serem bem administradas, obtenham melhorias provenientes dessas diferentes lógicas institucionais e operem de modo eficiente em alguns cenários.

Essa eficiência também pode ser considerada pelo “*remediableness criterion*” (WILLIAMSON, 1999): o critério de remediação reconhece que não havendo um modelo de governança mais viável do que o modelo

---

<sup>1</sup> Para uma melhor compreensão de estruturas de mercado e hierarquia ver Powell (1987) e Larson (1992).

existente<sup>2</sup>, o disponível passa a ser considerado um modelo eficiente<sup>3</sup>, ou seja, dependendo das demais opções de modelos existentes, as empresas estatais seriam um modelo ótimo de governança<sup>4</sup> e apresentariam um desempenho superior às empresas privadas.

Ainda, é reconhecido o papel crucial que as instituições<sup>5</sup> possuem no desenvolvimento econômico (ACEMOGLU e ROBINSON, 2012). Nesse contexto, as SOEs são apontadas como instituições<sup>6</sup> frequentemente usadas como instrumentos de políticas de desenvolvimento econômico (AGHION, 2009), principalmente no setor de tecnologia e inovação. A atuação dessas companhias no desenvolvimento tecnológico pode ser explicada uma vez que, a grosso modo, é o Estado que assume as partes mais arriscadas do processo de inovação tecnológica, e não a iniciativa privada<sup>7</sup>, que assume a tarefa de direcionar e difundir as inovações ao mercado e aos consumidores.

A atividade das empresas estatais, entretanto, não está livre de influências do ambiente institucional no qual elas estão inseridas. A atuação das instituições como variáveis exógenas afeta diretamente a performance das companhias: em economias subdesenvolvidas que são reconhecidas por apresentarem instituições nem um pouco sólidas - como o Brasil -, as empresas estatais estarão mais propensas a sofrer os efeitos desse ambiente nocivo e operar de modo ineficiente (SHLEIFER e VISHNY, 1998). Um exemplo dessa influência pode ser observado em situações em que o controle estatal sobre as empresas estatais se mostra ainda maior, o

---

<sup>2</sup> A comparação de formas de governança também desemboca nos custos de implementação ou investimento em novos modelos para suplantarem o existente, de acordo com o critério de remediação esses custos devem ser levados em conta para mensurar a eficiência de um modelo.

<sup>3</sup> Essa perspectiva é contrária à de North, que afirma que a eficiência da política de governança pode ser mensurada somente conforme se aproxima de um custo de transação nulo (NORTH, 1990).

<sup>4</sup> Um exemplo de cenário no qual a burocracia estatal mostra-se adequada é quando se trata de “sovereign transactions” que são transações que devem ser feitas pelo Estado porque envolve a autoridade e soberania do Estado nessas transações, como nas relações exteriores, pois os riscos adicionais envolvidos nas relações exteriores apenas podem ser reduzidos por meio de um modelo de governança hierarquizado — o qual não pode ser reproduzido parcialmente (regulação) ou totalmente (privatização) por agentes privados.

<sup>5</sup> Uma análise mais detalhada do conceito de instituição pode ser vista em North (1990), Sjöstrand (1995) e Rutherford (1994).

<sup>6</sup> Aqui usa-se uma definição de instituição apresentada por Greif, que amplia a definição habitual de instituição expressa por North e abrange também formas de organizações econômicas (GREIF, 2006).

<sup>7</sup> Para melhor compreensão de como o setor privado é “avesso” aos riscos de investimento envolvidos em pesquisas de inovação tecnológica ver Mazzucato (2013), a autora aborda como exemplo os investimentos em pesquisa na indústria farmacêutica americana.

que ocorre em ambientes com menor desenvolvimento de instituições que apoiam a iniciativa privada, com as micro instituições<sup>8</sup> podendo também afetar a performance dessas firmas.

Além do importante papel que o ambiente institucional exerce, a ineficiência das empresas estatais também pode ser vinculada à posição estratégica que grande parte das estatais possuem. A influência dessas empresas dentro do governo permite que elas estejam menos sujeitas, em comparação às empresas privadas, às diretrizes do mercado e possam sobreviver por longos períodos de tempo sem mostrar um desempenho significativo, sobrevivendo apenas de subsídios (DE ALESSI, 1974).

Ainda, para Shleifer e Vishny (1998), em razão das estatais estarem menos sujeitas ao mercado, essas empresas ficam livres para perseguir objetivos políticos - sendo alvos frequentes e mais fáceis de esquemas de corrupção, com transferências de subornos por parte das empresas para políticos e vice-versa. Aliás, esse cenário acaba se agravando em países menos desenvolvidos e com instituições incompetentes para apurar a austeridade do governo na gerência, regulação e transferências realizadas a essas companhias.

As SOEs, por exemplo, podem acabar visando um aumento nos níveis de emprego (gerando um excesso de cargos de trabalho) e servindo de “cabide de empregos” que são trocados por apoio político e eleitoral<sup>9</sup> (SHLEIFER e VISHNY, 1998). Além disso, esse ambiente corrupto diminui significativamente os reais efeitos de políticas de desenvolvimento econômico (como as citadas anteriormente na área de tecnologia); visto que uma política industrial “ativa” empreende a transferência de grandes montantes de capital em direção a determinadas empresas, e políticos com influência no controle dessas empresas podem criar mecanismos para extrair parte desses montantes por meio de subornos<sup>10</sup> (ADES, 1997).

<sup>8</sup> Sobre a importância das micro instituições na performance das companhias ver McCall (1998).

<sup>9</sup> Nesse modelo tanto políticos como empresários negociam em cima da alocação de subsídios, emprego em excesso e subornos. Em um cenário sem subornos, a influência política dos governantes é usada para aumentar os subsídios às empresas estatais, que por sua vez aplicam esses subsídios na contratação de mais funcionários. Os postos de trabalho a mais que a estatal gera têm como objetivo empregar apoiadores políticos e eleitorais desses governantes. Já com a transação de propinas de políticos para os empresários haverá um aumento na contratação de funcionários, mas em decorrência destes subornos.

<sup>10</sup> Como constata Ades (1997): “*In the presence of corruption, we find that the total effect of industrial policy on investment ranges between 84 and 56% of the direct impact. The total effect on R&D spending ranges between 82 and 50% of the direct effect. These findings suggest that it is more expensive to achieve such objectives using active industrial policies in economies where corruption is widespread than in corruption-free environments*”.

A questão da ineficiência esbarra também no problema da baixa restrição orçamentária. Nota-se que a propriedade predominantemente estatal nas firmas gera diminuição da produtividade, derivada do fato de que a propriedade estatal está atrelada à baixa restrição orçamentária (BAI e WANG, 1998). Ou seja, sob essa circunstância (de poucas restrições no orçamento), as companhias têm poucos incentivos para adotar uma postura competitiva e orientada para o mercado. Há um menor incentivo para as SOEs serem eficientes no orçamento pois elas sempre contarão com suporte e recursos do Estado em suas operações, tendo seus prejuízos pagos pelo governo.

A falta de uma postura competitiva e voltada para o mercado situa-se também na influência dessas empresas - o que permite que elas definam legislações setoriais que prejudiquem empresas concorrentes. As estatais podem pressionar os principais decisores políticos a erguer barreiras impenetráveis aos novos entrantes. Da mesma maneira, podem tentar impor regulações que aumentem os custos dos concorrentes ao ponto em que esses se tornam incapazes de operar com lucro (SAPPINGTON, 2003), gerando para as SOEs uma óbvia vantagem frente seus concorrentes, cuja origem não se encontra na performance ou produtividade da empresa - nem intenta agregar valor à produção. Essa vantagem encontra-se, todavia, na manipulação do ambiente político.

## **2 A CONJUNTURA BRASILEIRA**

Antes de depreender o papel da corporatização nas empresas estatais como alternativa à privatização, é necessário primeiro compreender como se chegou ao número de estatais que existem hoje e como o Estado, ao desempenhar seu papel de modo totalmente paternalista, ajudou na formação das estatais e colaborou para o número atual dessas companhias.

Antes mesmo da crise de 1929, o cenário econômico brasileiro já se mostrava insustentável — calcado desde 1840 na produção cafeeira. Sofria com a superprodução do café e encontrava-se debilitado devido aos frequentes conflitos e à pressão existente entre os estados. Até então, o governo atuava subsidiando algumas companhias específicas e auxiliando-as contra possíveis falências - criando assim as primeiras campeãs nacionais (MUSACCHIO e LAZZARINI, 2015).

No longo prazo, o governo acabou tornando-se proprietário de algumas dessas companhias e elas se tornaram empresas estatais devido

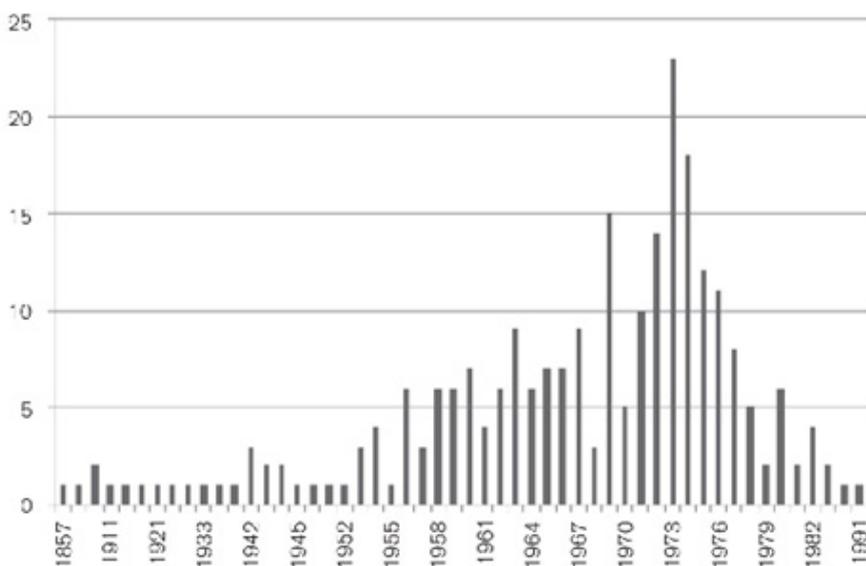
ao contínuo investimento do governo nos momentos de dificuldades financeiras. A crise financeira global dispôs um golpe decisivo na economia brasileira, fazendo ainda despontar o governo antiliberal de Getúlio Vargas, cuja intenção ficaria clara em seu discurso de 4 de maio de 1931, no qual o presidente enfatizou que a política econômica brasileira deveria buscar defender a posse e a exploração das fontes permanentes de energia e riqueza, além de promover a nacionalização de certas indústrias e a socialização progressiva de outras a partir de rigoroso controle dos serviços de utilidade pública e lenta penetração na gerência das empresas privadas, cujo desenvolvimento esteia na dependência de favores oficiais (FAORO, 2001, p. 803 e 804).

Essa fala se concretizou anos depois com a criação de empresas como a Companhia Siderúrgica Nacional (1941), Vale do Rio Doce (1942), BNDE (1952) e a Petrobras (1953). Com um desenvolvimento e reestruturação industrial e agrícola - respectivamente, voltados para o mercado interno e fundamentados no papel incentivador do Estado. Da mesma forma, algumas reformas constitucionais colaboraram para uma maior dependência das companhias privadas aos mecanismos estatais (LAZZARINI, 2011). Em 1945, ao dar prioridade às firmas e aos trabalhadores em caso de falência, o governo cooperou para o aumento da noção de risco de investimento das firmas brasileiras; a alternativa às firmas que devido a isso não conseguiram investimentos privados foi demandar empréstimos do governo.

Ainda, no governo de Juscelino Kubistchek e durante a ditadura militar, houve um aumento exponencial na criação de empresas estatais - como pode ser observado no gráfico a seguir. Kubitschek deu continuidade ao modelo de substituição de importações (que iria perdurar até os anos 1990) de Vargas e por meio do plano de Metas fundou a companhia de Furnas (1957). Já o governo militar criou cerca de 47 empresas estatais as quais colaboraram para iniciar a formação industrial brasileira, dentre essas encontra-se Correios (1969), Embraer (1969), Embrapa (1972), Telebrás (1972), Infraero (1972).

O propósito dessas companhias era, em sua maioria, o desenvolvimento industrial e a concessão de serviços públicos (como água, saneamento e telecomunicações). As companhias estatais também auferiam uma grande autonomia e lucratividade. Em 1967, o Decreto-lei nº 200 possibilitou que elas fossem geridas como empresas privadas, isto é, de modo mais autônomo, o que promoveu a expansão dessas companhias

para diversos setores da economia. Em 1979 foi criada a Secretaria de Controle de Empresas Estatais (SEST).



**Número de novas empresas estatais não financeiras por ano, 1857-1986<sup>11</sup>**

O Estado, entretanto, começou somente a ter um maior controle dessas empresas, bem como a monitorar os gastos e contratações das companhias na década de 1980 (MUSACCHIO e LAZZARINI, 2015). Nesse período ocorreu também o Segundo Choque do Petróleo que gerou a pior recessão da história do país; as estatais não ficaram imunes à crise e apresentaram, como esperado, uma diminuição no desempenho e dificuldades com o pagamento de dívidas.

Na década de 1990, com o governo de Fernando Henrique Cardoso, a participação do Estado no âmbito econômico aparentemente diminuiu por meio de privatizações e da abertura da economia para o capital externo, entretanto, ao contrário do que o senso comum observou, foi constatado que, na prática, a participação estatal aumentou. Por meio de fundos, como BNDES, e empresas estatais, o governo conseguiu se inserir ainda mais no mercado (e o capital externo acabou não representando uma parcela significativa).

Esse aumento na intervenção também ocorreu por meios não tão convencionais e indiretos com participações do governo através do

<sup>11</sup> O gráfico foi criado com base em dados da Secretaria de Controle de Empresas Estatais -SEST, e da revista de negócios Exame, 1973-7 (MUSACCHIO E LAZZARINI, 2015).

conceito de capitalismo de laços<sup>12</sup>. Mesmo sendo um governo neoliberal, o legado de FHC resultou na criação de 27 empresas estatais. Já no século XXI, em virtude também da orientação partidária, o legado do governo do partido dos trabalhadores resultou em 41 estatais. A intervenção estatal também obteve certo respaldo e justificativa a partir da crise financeira que se instalou em 2008, a qual contribuiu para o senso comum de que os mecanismos de mercado haviam falhado.

Atualmente, o número de empresas estatais existentes vem diminuindo continuamente devido aos esforços do governo em relação à desestatização da economia, com a criação de secretarias específicas para desestatização e anúncios de privatizações. Segundo o Boletim das Empresas Estatais Federais publicado pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais, existem 203 empresas estatais brasileiras, sendo 46 (com 18 companhias dependentes do Tesouro Nacional) de controle acionário direto e 157 de controle indireto. Essas empresas são legalmente organizadas como empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias e estão sujeitas ao mesmo regime legal que as corporações privadas, devendo também respeitar o interesse público que justificou sua criação.

Recentemente, foi instituído um novo regime legal de governança para as SOEs por meio da Lei das Estatais (Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016), com diretrizes relacionadas à função social dessas empresas, divulgação de relatórios sobre transações financeiras e demais políticas nos moldes da governança corporativa (MILHAUPT e PARGENDLER, 2017) - em um processo chamado corporatização<sup>13</sup>.

Esse processo mostrou-se eficaz em países como a China; o programa chinês de corporatização das SOEs, implementado na década de 1980, foi bem-sucedido na reestruturação do sistema de governança demonstrando ganhos de performance e valorização das companhias estatais, sendo uma alternativa à privatização (VAROUJ et. al, 2005). O programa de corporatização das estatais brasileiras além de ser uma iniciativa que ambiciona uma maior transparência das estatais, visa consequentemente restaurar a confiança de investidores e da população no geral - posto que o país vivenciou um declínio no valor das ações

<sup>12</sup> Como capitalismo de laços entende-se um sistema no qual a articulação e inserção em laços corporativos, entre a esfera pública (políticos) e a esfera privada (empresariado), é crucial para o andamento dos negócios; o conceito será abordado com mais detalhes no próximo capítulo.

<sup>13</sup> Para compreender mais sobre o papel da corporatização nas estatais ver Allen e Gale (1999) e Gupta (2005).

negociadas por suas estatais - no mercado de capitais brasileiro, bem como atrair novos investidores.

### 3 A INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO ATRAVÉS DO *RENT-SEEKING* E OS PREJUÍZOS AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NO LONGO PRAZO

O conceito de *rent-seeking*, embora pouco abordado nos manuais de economia, é uma importante ferramenta na análise da ação estatal no âmbito econômico. Por mais que o *rent-seeking* em si não seja considerado “oficialmente” um meio de intervenção estatal — como as intervenções diretas do Estado por meio de empresas estatais, ou indiretas por meio de agências reguladoras — pode se afirmar que a sua natureza latente está por trás das mais diversas ações estatais na economia. Ainda que significativa, a natureza do conceito, o qual envolve esquemas de corrupção, troca de favores, *logrolling* e uma vasta gama de atividades consideradas ilegais, dificulta sua compreensão. Seja por meio da análise positiva, com os custos de bem-estar, externalidades, dispositivos de importação, como também por meio da análise normativa, na tentativa de compreender os comportamentos de políticos, grupos de interesse e burocratas no mercado.

O conceito de *rent-seeking* surge como resposta a “Por que algumas ações do Estado ocorrem continuamente mesmo sendo claro que elas reduzem o bem-estar social da sociedade?”.

A abordagem pioneira sobre o *rent-seeking* foi promovida por Gordon Tullock (1967) - através da *public choice* - que tinha como objetivo entender qual o papel do estado na formação dos monopólios. Até então, com exceção da escola austríaca, a teoria econômica considerava os monopólios formações exclusivas do mercado privado e via no Estado uma forma de coibir essa falha de mercado<sup>14</sup>. O pioneirismo de Tullock encontra-se na consideração de que o estado não trabalhava na dissolução dos monopólios, e sim participava ativamente na criação e proteção desses. Ainda que os primeiros insights tenham sua origem com Tullock<sup>15</sup>, o termo

---

<sup>14</sup> Essa compreensão do Estado como um mecanismo necessário — e sem custos - para corrigir falhas de mercado ficou conhecida como teoria do interesse público; cuja efetividade foi contestada pela teoria da captura, a qual afirmava que os agentes reguladores eram “capturados” por grupos privados e orientados a agir de modo a promover os interesses privados. Mais sobre ambas as teorias pode ser observado em Posner (1974).

<sup>15</sup> O debate teórico do *rent-seeking* através da *public choice* foi contestada por não trazer aspectos da economia de custos de transação em sua análise, North (1986) é um desses críticos ao afirmar que: “They [a teoria da *public choice*] take a *rent-seeking* view of

foi designado primeiramente por Krueger<sup>16</sup> (1974) - em uma perspectiva considerada mais formal e desprovida de um detalhamento institucional, diferente da adotada pela *public choice*.

*Rent-seeking*, como bem diz sua tradução literal, consiste na busca por renda. Como renda entende-se um montante que não é criado por meio de fatores de produção nem tampouco está sujeito a esses, é um valor “extra” que está acima do retorno normal de uma atividade econômica. Não está ligado a atividades que agregam valor de produção a um determinado produto ou serviço, mas sim a uma transferência de riqueza já existente de consumidores para monopolistas, de contribuintes para políticos e etc.

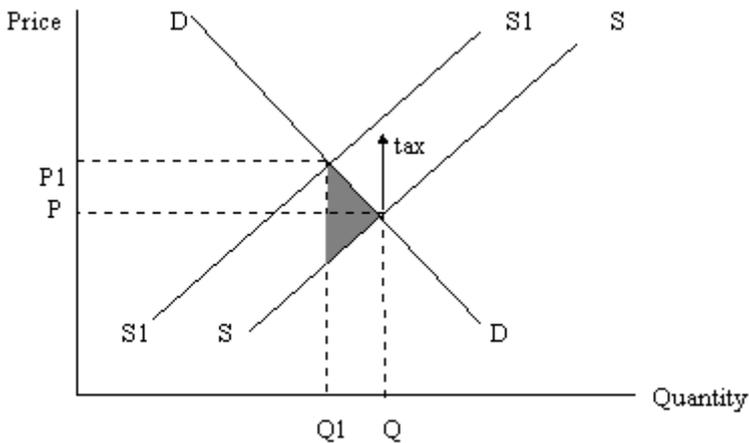
No que se refere a maneira que essa renda é criada, pode-se recorrer ao exemplo clássico de Tullock. Aqui o papel do Estado é crucial na criação de monopólios. Em uma análise microeconômica, sabe-se que, em um cenário de competição perfeita, a produção será vendida a um preço  $P$  e na quantidade  $Q$ . Com a criação de um monopólio, o produtor fica livre para aumentar o preço em  $P_1$ , e conseqüentemente a quantidade consumida cai para  $Q_1$ . Esse aumento de preço resulta em uma perda para a sociedade pois  $(Q - Q_1)$  unidades deixam de ser consumidas (TULLOCK, 1967; ALIGICA e TARKO, 2012).

Tal perda é conhecida como triângulo de Harberger (ver figura abaixo). A mesma analogia pode ser feita com políticas de tarifas de importação: uma tarifa que visa por exemplo “desenvolver a indústria nacional” vai ter um custo para sociedade, que poderia comprar determinado produto importado a um preço  $P$  - mais baixo. Com o imposto, a coletividade é obrigada a comprar do produtor nacional a um preço  $P_1$  - maior, com esse aumento de preço de  $P$  a  $P_1$ , há uma diminuição da quantidade consumida e por conseqüência uma perda de bem estar; ao mesmo tempo em que os produtores nacionais são favorecidos em detrimento dos consumidores (KRUEGER, 1974).

---

government; that is, they view government as nothing but an extortionist activity. The dilemma comes out of a traditional public choice school that continues to view government as nothing but a mechanism for redistributing income and that implicitly uses a zero transactions cost model to measure the amount of rent-seeking.”

<sup>16</sup>A abordagem adotada por Krueger deu origem também ao que mais tarde seria chamado de DUP (directly unproductive profit-seeking), conceito que pode ser melhor observado em Bhagwati (1984).



### O triângulo de Harberger

Nesse caso das tarifas de importação, nota-se também que o montante resultante da aplicação da tarifa tem como destino o governo; assim, o governo e os produtores nacionais ganham uma renda sobre os consumidores. Do mesmo modo, essa política é aplicada com a *excise tax*, tarifas que incidem em bens específicos como cigarro, álcool e outros produtos com externalidades negativas, aumentando o preço desses com o objetivo de diminuir a quantidade consumida. O retorno acima do normal lucrado em detrimento dos consumidores — e com o apoio do governo — por parte de produtores nacionais e monopolistas consiste, portanto, no que é conhecido como renda econômica<sup>17</sup>. Há, obviamente, uma gama muito maior de exemplos de retornos econômicos anormais que podem ser explorados, porém esses são os mais conhecidos.

O papel do Estado na formação do *rent-seeking* consiste, portanto, em usar de seu poder discricionário e autoridade estatal para aplicar políticas que resultam na geração de renda para determinados grupos de interesse. Essas políticas tomam as mais diversas formas, como por exemplo: i) criação de legislações que dificultam a entrada de novos entrantes em determinada atividade econômica gerando monopólios<sup>18</sup>; ii) políticas de tarifas de importação que beneficiam produtores nacionais em

<sup>17</sup>No caso das *excise taxes*, Tullock considera ainda que não há nada garantindo que a quantia transferida - dos consumidores para o governo - por meio dos impostos será um recurso usado de modo eficiente.

<sup>18</sup>Lembrando que nem toda renda econômica tem sua origem na ação estatal, monopólios e barreiras naturais à entrada podem ser vistos em vários setores da economia que não dependem da regulação governamental.

detrimento de consumidores; iii) criação de linhas de crédito por bancos públicos a setores específicos da economia (AMORE e BENNESEN, 2013); iv) isenções fiscais ou tratamento tributário diferente para determinadas empresas (FACCIO, 2006); v) implementação de políticas desenvolvimentistas que visam empresas chamadas de “campeões nacionais”, as quais recebem um tratamento excepcional em comparação às demais firmas (ADES e TELLA, 1997).

Uma vez que há a possibilidade de se obter uma renda “extra” por meio da ação governamental, determinados grupos de interesse empregarão esforços para a obtenção dessa renda — e é nisso que consiste o *rent-seeking*. Ainda, uma das condições necessárias para haver a busca por renda é que as rendas almejadas alcancem valores significativos para compensar a aplicação no *rent-seeking* (KRUEGER, 1974; TULLOCK 1967; ALIGICA e TARKO, 2012). Entretanto, observa-se que em diversos casos o investimento na busca por renda é muito baixo comparado ao alto retorno da atividade (LABAND e SOPHOCLEOUS, 2018), o que não faz sentido economicamente; assim, uma possibilidade é que os custos de investimento observados sejam apenas a “ponta do iceberg” do total investido<sup>19</sup>.

Em relação aos custos do *rent-seeking* para a sociedade, eles podem ser analisados através da perspectiva das firmas, dos consumidores, dos contribuintes e dos políticos. Para as companhias ocorre a perda de bem estar decorrente dos recursos investidos em lobby (ou *rent-seeking opportunities*) e que poderiam ser usados para aumentar a produtividade das empresas (agregando valor à produção). Em relação a quanto será investido, nota-se que em ambientes competitivos, em que ocorre a livre entrada das firmas para competir por renda, o total investido para obter renda é maior que a renda em si (TULLOCK, 1991)<sup>20</sup>. Já nos casos em que há restrições para a competição por renda o total investido é menor que a renda, conseqüentemente, um mercado não-competitivo de *rent-seeking* gera uma menor perda de bem-estar para a sociedade, mas em contrapartida não há competição e poucos grupos são privilegiados. Além disso, há também a perda de bem-estar gerada pelas restrições de potenciais entrantes no mercado (ALIGICA e TARKO, 2014).

Para os consumidores, existe a perda de bem-estar gerado pelo aumento de preços - que transfere o montante que seria dos consumidores

<sup>19</sup> Entretanto, em alguns casos o investimento em *rent-seeking* de fato acaba sendo maior que o retorno da advindos dessa atividade, como apresentado em Faccio (2010).

<sup>20</sup> Conseqüentemente, nesse cenário a perda de bem estar corresponde também aos recursos de todas as firmas que se empenharam para conseguir poder de mercado e fracassaram.

para o monopolista e gera um peso morto devido à redução na quantidade consumida na sociedade. Quanto aos contribuintes, há a perda em decorrência dos recursos que poderiam ser empregados no fornecimento de bens públicos e que são gastos para assegurar que as regulamentações, que favorecem determinados grupos, sejam cumpridas. Em relação à esfera política, nas democracias, por exemplo, os custos do *rent-seeking* para os governantes varia desde custos de perda de poder e a probabilidade de perda de poder (o que ocorre ao não ser reeleito), até a possibilidade de ser acusado e condenado em casos de corrupção (ALIGICA e TARKO, 2012).

Além disso, a literatura econômica atual aponta para a existência das *rent-seeking societies*. Há certos níveis de *rent-seeking* em uma sociedade que permite a classificação de um sistema econômico como *rent-seeking society*. De acordo com Buchanan (1980) estes níveis são: i) *rent-seeking* para obter algum privilégio, ii) *rent-seeking* para evitar alguma possível regulação no mercado, iii) *rent-seeking* para conseguir uma posição sobre o qual pode se tirar proveito dos dois primeiros níveis, como por exemplo tornar-se um funcionário de alfândega a fim de poder se beneficiar de subornos, à vista disso, “*The closer a society is getting in saturating the first two levels and moving to the third, the more justified is the use of the term of “rent seeking society” to designate it.*” (ALIGICA e TARKO, 2014). Até agora, quatro sistemas econômicos foram considerados como sociedades de *rent-seeking*: clássico mercantilismo do séc. XVI ao XVIII, *real life socialism*, *state capitalism* e *crony capitalism*<sup>21</sup>.

Dentre as *rent-seeking societies* destaca-se o *crony capitalism* (Cronismo) e o *state capitalism* (Capitalismo de Estado), que nada mais são que reflexos do fenômeno do *rent-seeking* nas sociedades contemporâneas. As diferenças entre os dois encontram-se na estrutura ideológica que legitima o *rent-seeking* (ALIGICA e TARKO, 2014), no cronismo o *rent-seeking* é legitimado pelo populismo; já no capitalismo de estado a legitimidade ocorre por meio do nacionalismo, como na China e Rússia<sup>22</sup>, por exemplo. Há também uma certa naturalidade na qual um sistema econômico migra do cronismo para o capitalismo de Estado — e vice-versa, que ambos os termos acabam por se tornar sinônimos. O capitalismo de Estado é um modelo no qual o Estado usa do mercado para fins políticos

<sup>21</sup> Vale ressaltar que as estruturas e mecanismos do *rent-seeking* operam de modo similar em economias capitalistas e socialistas - como a economia planejada soviética, portanto, constata-se que o *rent-seeking* transcende os modelos econômicos, estando presente até mesmo em sistemas econômicos considerados opostos.

<sup>22</sup> Para uma análise do fenômeno do *rent-seeking* em países com origens socialistas ver Boettke and Anderson (1997).

e funciona como principal agente econômico, enquanto o cronismo (ou ainda capitalismo de laços) constitui-se em um modelo no qual a economia é impulsionada somente por estreitas relações entre os setores público (políticos, funcionários do governo) e privado (empresariado).

Ainda, existe uma espécie de ciclo vicioso entre *rent-seeking* e intervenção estatal – o que obviamente explica porque o populismo verificasse como um dos fundamentos do cronismo. Conforme a população em geral nota a existência do *rent-seeking* na sociedade, ela tende a afirmar que o capitalismo “não está funcionando”, pois não contempla os indivíduos conforme seus méritos, e sim de acordo com suas estreitas relações com esferas influentes da sociedade. Tal afirmação leva a sociedade a clamar por uma maior intervenção do Estado, com o objetivo de mitigar essa suposta falha do capitalismo, olhando com “bons olhos” ideologias populistas. À medida que o Estado intervém cada vez mais, mais o empresariado sujeita sua lucratividade às relações com o setor público — aumentando o *rent-seeking*. O ciclo vicioso como descreve Krueger (1974), que também o aponta como motivo de desconfiança no sistema de mercado nos países em desenvolvimento:

As pessoas percebem que o mecanismo de mercado não funciona de forma compatível com os objetivos socialmente aprovados, devido ao elevado nível de competição de *rent-seeking*. Surge assim um consenso político para intervir ainda mais no mercado, o *rent-seeking* aumenta e a contínua intervenção resulta [...] portanto aumentando assim a quantidade de atividade econômica dedicada à procura de rendas. Como tal, pode desenvolver-se um “círculo vicioso” político. (KRUEGER, 1974, tradução nossa)<sup>23</sup>

O modo como o Estado conduz o empresariado a uma dependência cada vez maior do Estado e o dirige em direção ao *rent-seeking* também é apontado por Holcombe (2013), onde o cronismo é considerado subproduto do governo, pois quanto mais o governo se envolve na economia mais a lucratividade dos negócios dependem da política do governo. Até mesmo empreendedores que tentam evitar o cronismo são obrigados a se envolver nele para manter a lucratividade.

<sup>23</sup> No original: “People perceive that the market mechanism does not function in a way compatible with socially approved goals because of competitive rent seeking. A political consensus therefore emerges to intervene further in the market, rent seek-ing increases, and further intervention results [...] thereby increasing the amount of economic activity devoted to rent seeking. As such, a political “vicious circle” may develop.” (KRUEGER, 1974)

Além do Estado muitas vezes usar seu poder coercitivo, é ilógico também acreditar que em cenários em que o *rent-seeking* paga mais, os empresários irão agregar valor à produção. Conforme as companhias se desenvolvem e continuam a operar ao longo dos anos, é previsível que haja uma dificuldade de continuar inovando em algum momento. E mesmo que isso não aconteça, a partir do momento em que a empresa considerar que o retorno do investimento em *rent-seeking* é maior que o retorno que alternativas de lucro proporciona, ela irá investir em lobby ou em influência política.

Os malefícios do capitalismo de estado e do cronismo também são observados no desenvolvimento econômico no longo prazo, acarretando sérios prejuízos ao bem-estar social devido à má distribuição de recursos, distorções e ineficiências econômicas criadas pelo *rent-seeking* (MUNGER; VILLARREAL-DIAZ, 2019; FACCIO, 2010). Com esses prejuízos sendo ainda maiores em ambientes institucionais considerados corruptos. Países com maiores níveis de evasão fiscal são mais propensos a adotar intervenções estatais mais robustas no mercado, além de também serem mais sucessíveis a alternativas de captação de recursos - visto que há uma baixa captação por meio de impostos. Desse modo, o capitalismo de estado torna-se uma solução para a ausência de recursos, com o governo intervindo e captando recursos por meio de empresas estatais, por exemplo.

Companhias com conexões políticas possuem também alguns benefícios específicos que atuam em uma perda de bem-estar econômico; elas tendem a operar de modo ineficiente, sendo menos produtivas em comparação a firmas que não praticam *rent-seeking* (AMORE; BENNEDSEN, 2013; FACCIO, 2010). A facilidade de acesso a crédito, bem como a menor probabilidade de falência dessas companhias devido às suas conexões produzem um cenário de baixa restrição orçamentária que por sua vez resulta em uma menor performance. Essas companhias também desfrutam de uma menor tributação e possuem uma parcela significativamente maior de market share<sup>24</sup>. Esse comportamento agressivo no mercado associado às barreiras a novos entrantes também provoca

---

<sup>24</sup> É interessante notar que esse grande poder de market share pode vir tanto de uma posição de monopólio conquistado por meio de *rent-seeking* (através de licenças, contratos e outros métodos já citados); como também de um cenário em que as companhias já estão estabelecidas com um grande poder de monopólio e, portanto, possuem maiores incentivos a estabelecer conexões políticas, isto é, o *rent-seeking* pode ser tanto a origem do monopólio como também o resultado de um monopólio já existente.

prejuízo no desenvolvimento econômico em decorrência da ausência de inovações no mercado.

#### **4 O EMPREGO DA CORPORATIZAÇÃO NA DIMINUIÇÃO DO RISCO DE *RENT-SEEKING* NAS EMPRESAS ESTATAIS**

Tendo em vista que a existência de empresas estatais desenvolve um ambiente propício para o *rent-seeking*, considerando que elas são um dos meios com os quais o capitalismo de estado se faz presente. E também que ações mais drásticas como a privatização da totalidade de empresas estatais brasileiras estão fora de cogitação, é possível, portanto, vislumbrar o processo de corporatização como um meio de reduzir o *rent-seeking* nas estatais brasileiras.

A ascendência do movimento de governança corporativa (ou corporatização) ocorreu junto com a ascensão do movimento em prol da diminuição da intervenção estatal no mercado, e tem seus fundamentos no ceticismo em relação aos mecanismos de governo para regular o mercado e na crença de que o setor privado é mais capacitado para governar a si mesmo<sup>25</sup> (PARGENDLER, 2016). Contudo, desde a crise financeira de 2008 a governança corporativa se tornou mais aberta a respostas regulatórias do governo, perdendo um pouco desse “espírito” de ceticismo em relação ao Estado.

Por definição, como corporatização entende-se um processo que visa uma melhora na transparência, uma gestão mais profissional e independente (do Estado), e a implementação de dispositivos que aumentem os incentivos dos gestores e funcionários da companhia direcionando assim, a companhia a operar de modo mais competitivo e produtivo. Segundo a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (1999, apud PARGENDLER, 2016, p. 3) a governança corporativa é vista como:

um conjunto de relações entre a direção de uma empresa, o seu conselho de administração, os seus acionistas e outros interessados [...] a estrutura através da qual os objetivos da empresa são fixados, e os meios para atingir esses objetivos e controlar o desempenho são determinados. (PARGENDLER, 2016, p. 3, tradução nossa)<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Ainda, o ceticismo com a regulação estatal está presente também no governo. Com um recente movimento chamado “new governance”, o qual tem como objetivo incorporar mecanismos considerados de mercado na esfera pública.

<sup>26</sup> No original: a set of relationships between a company’s management, its board, its shareholders and other stakeholders [...] the structure through which the objectives of the company are set, and the means of attaining those objectives and monitoring performance

Assim, a empresa é reestruturada e acaba sendo gerida como uma empresa privada diminuindo o risco de *rent-seeking* - por adotar elementos característicos das companhias privadas, ainda que o Estado continue sendo o proprietário da empresa. Entretanto, como foi analisado nos últimos capítulos, o *rent-seeking* não é uma exclusividade de companhias estatais, estando presente também em corporações privadas, ou seja, a corporatização manifesta-se como uma solução para o problema do *rent-seeking*, porém não é uma solução totalmente eficiente.

Além disso, uma outra forma de evitar influência política nas estatais, bem como evitar os problemas sociais e de agência da empresa e complementar a corporatização é a abertura de ações na Bolsa de Valores. A corporatização não precisa ser acompanhada necessariamente da listagem na Bolsa, entretanto, foi observado que esses dois mecanismos juntos potencializam o desempenho das companhias (MUSACCHIO e LAZZARINI, 2015). Sendo, ainda, comprovado que conforme as companhias apresentam maiores índices de governança, elas apresentam também maior desempenho e produtividade.

Entre os problemas de ineficiência das estatais e suas possíveis soluções por meio da corporatização e abertura de capital estão: a) o problema do duplo resultado, o governo sendo acionista majoritário ou controlador anseia que a empresa persiga fins políticos enquanto os demais acionistas anseiam que empresa almeje o lucro - com a corporatização a empresa pode perseguir o duplo resultado, atendendo tanto o governo como os acionistas minoritários; b) no caso da baixa restrições orçamentária, a abertura de capital torna os socorros do governo prováveis, enquanto apenas a corporatização garante os socorros do governos em sua integridade; c) falta de incentivos para a empresa melhorar a performance, com a abertura de capital os preços das ações tornam-se indicadores de desempenho e exercem pressão sobre os diretores, porém apenas com a corporatização não há toda essa pressão do mercado (uma alternativa nesse caso seria a empresa emitir títulos da dívida, visto que os diretores achariam mais custoso direcionar a firma para perseguir objetivos sociais e políticos ao serem monitorados por investidores externos); d) em relação a autonomia financeira as empresas de capital aberto têm maior autonomia financeira, comparado a empresas somente corporatizadas, e investem mais em projetos lucrativos; e) por fim, empresas de capital fechado possuem maior sigilo e menor transparência, enquanto empresas de capital aberto

---

are determined (PARGENDLER, 2016).

sofrem auditorias externas por empresas independentes e possuem maior transparência.

A corporatização, no entanto, não deve ser vista como uma resposta absoluta para os problemas sociais, políticos e de agência que afligem as estatais. De fato, ela é o instrumento que há para mitigar esses problemas, porém segundo uma parcela da academia ela apresenta algumas possíveis lacunas. Entre as brechas da corporatização pode-se citar a ausência de nacionalismo na corporatização (PARGENDLER, 2019). Haja vista que o atual movimento de governança corporativa pressupõe a uniformização global da governança. A padronização da governança, portanto, e a aplicação de normas de governança similares acabam por não respeitar as peculiaridades constitucionais e o contexto histórico<sup>27</sup> de cada país.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As empresas estatais devem, portanto, ser analisadas considerando suas estruturas intermediárias. Foi demonstrada a eficácia e o uso recorrente das estatais como instrumento de políticas de desenvolvimento econômico, principalmente em setores considerados estratégicos - como tecnologia e inovação. Com as estatais sendo apontadas ainda como mecanismos eficientes segundo a Nova Economia Institucional. Ademais, devido a sua natureza, problemas presentes em companhias privadas se intensificam em companhias cujo controle pertence ao Estado; estando as estatais de fato sujeitas a maiores problemas sociais, políticos e de agência. Entre essas complicações encontra-se o *rent-seeking*, que acomete também empresas privadas. Devido à posição em que as estatais se encontram - com maior proximidade do Estado - fica claro que elas se tornam mais suscetíveis às vertentes do *rent-seeking*, ou seja, ao capitalismo de estado e ao capitalismo de laços.

Entretanto, o discurso relativo às peculiaridades que as estatais apresentam não deve tomar um rumo dicotômico no que tange aos atributos privados e estatais das companhias. Isto é, alternativas ditas como extremistas, como privatização da totalidade de companhias estatais,

---

<sup>27</sup> O direito comercial brasileiro, por exemplo, ao contrário do que se imagina, não é fruto da imposição de um sistema jurídico pelos portugueses, nem foi imposto por meio da tradição da french-civil law. O sistema legal brasileiro foi resultado de influência política; os legisladores brasileiros escolheram deliberadamente entre common e civil law e alteraram seus conteúdos para melhor caber de acordo com seus interesses. Esse tipo de peculiaridade inerente apenas ao Brasil, não é levado em consideração pelo processo de corporatização — ao proporcionar a uniformização dos padrões de governança.

demonstram-se não factíveis. Assim, a governança corporativa desponta em um momento oportuno, como um meio viável no que se refere à diminuição dos problemas apresentados pelas estatais. Sendo, portanto, um mecanismo que apresenta diversas lacunas, mas cujo uso se torna indispensável dado o momento atual.

## REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, D.; ROBINSON, J. **Why Nations Fail? The origins of power, prosperity and poverty**. New York: Crown, 2012.

AGHION, P.; HOWIT, P. **The Economics of Growth**. Cambridge: The MIT Press, 2009.

ALIGICA P.; TARKO V. State capitalism and the rent-seeking conjecture, **Stringer science and business media**, 2012.

ALIGICA P.; TARKO V. Crony Capitalism: Rent-seeking, institutions and ideology. **Kyklos**, v. 67, n. 2, p. 156-176, 2014.

ALLEN, F., GALE D. **Corporate Governance and Competition**, Working paper, University of Pennsylvania, 1999.

AMORE M.; BENNEDSEN M. The value of local political connections in a low-corruption environment. **Journal of Finance Economics**, v. 110, p. 387-402, 2013.

BAI, C.; WANG, Y. Bureaucratic control and the soft budget constraints. **Journal of Comparative Economics**, v. 26, p. 41–61, 1998.

BHAGWATI, J. et al. DUP Activities and Economic Theory. *In*: COLANDER, D. C. (ed.). **Neoclassical Political Economy**. Cambridge, Massachusetts: Ballinger, 1984.

BOWTTKE, P.; ANDERSON, G. Soviet venality: A rent-seeking model of the communist state. **Public Choice**, v. 93, p. 37–53, 1997.

BRUTON, G. D. et al. State-owned enterprises around the world as hybrid organizations. **The Academy of Management Perspectives**, v. 29, n. 1, p. 92-114, 2015.

BUCHANAN, J. **Profit seeking and rent seeking**. *In*: BUCHANAN; TOLLISON; TULLOCK, p. 3–15, 1980.

DE ALESSI, L. An economic analysis of government ownership and regulation: theory and the evidence from the electric power industry. **Public Choice**, p. 191-42, 1974.

FACCIO, M. Differences between politically connected and nonconnected firms: a cross-country analysis. **Financial Management**, p. 905-927, 2010.

GREIF, A. *Institutions and the Path to the Modern Economy*. New York: **Cambridge University Press**, 2006.

GUPTA, N. Partial privatization and firm performance. **Journal of Finance**.

HOLCOMBE, G. Crony Capitalism: By-Product of Big Government. **The Independent**. Review, v. 17, n. 4, p. 541–559, 2013.

KRUEGER, A. O. The political economy of the rent-seeking society, **American Economic Review**, v. 64, n. 3, p. 291-303, 1974.

LARSON, A. Network dyads in entrepreneurial settings: a study of the governance of exchange relationships. **Administrative Science Quarterly**, v. 37, n. 1, p. 76–104, 1992.

LAZZARINI, S. G. **Capitalismo de Laços**: os donos do Brasil e suas conexões. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2011.

MAZZUCATO, M. **The Entrepreneurial State**: Debunking Public vs Private Sector Myths. London, Delhi and New York: Anthem Press, 2013.

MCCALL, M. **High flyers**: developing the next generation of leaders. Boston: Harvard Business School Press, 1998.

MILHAUPT C.; PARGENDLER M. Governance Challenges of Listed State-Owned Enterprises Around the World: National Experiences and a Framework for Reform. **Cornell International Law Journal**, v. 50, n. 3, 2017.

MUNGER M.; VILLARREAL-DIAZ, M. The road to crony capitalism. **The Independent Review**, v. 23, n. 3, p. 331-344, 2019.

MUSACCHIO, A.; LAZZARINI, S. **Reinventando o Capitalismo de Estado**: O Leviatã nos negócios e outros países. Portfolio-Penguin, 2015.

NORTH, D. “The New Institutional Economics.” **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, no. 1, p. 142, 1986.

NORTH, D. **Institutions, institutional change, and economic performance**. New York: Norton, 1990.

PARGENDLER, M. The corporate governance obsession. **The Journal of Corporation Law**, v. 24, n. 2, 2016.

PARGENDLER, M. The grip of nationalism on corporate law. **ECGI Working paper series in law**, 2019.

POSNER, R. **Theories of economic regulation**. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 5, n. 2, 1974.

POWELL, W. W. Hybrid organizational arrangements. **California Management Review**, v. 30, n. 1, p. 67–87, 1987.

ROWLEY *et al.* **The Political Economy of Rent-Seeking**. New York: Springer science and business media, 1988.

RUTHERFORD, M. **Institutions in Economics: The Old and the New Institutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

SAPPINGTON, M.; SIDAK, J. Incentives for Anticompetitive Behavior by Public Enterprises. **Review of Industrial Organization**, v. 22, p. 183-206, 2003.

SJÖSTRAND, S. E. Towards a Theory of Institutional Change, **On Economics Institutions: Theory and Applications**, 1995.

SHLEIFER, A.; VISHNY, R. Politicians and Firms. **Quarterly Journal of Economics**, v. 109, n. 4, p. 995-1025, 1994.

SHLEIFER, A.; VISHNY, R. **The Grabbing Hand: government pathologies and their cures**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

TULLOCK, G. The Welfare costs of tariffs, monopolies and theft. **Western Economic Journal**, p. 224-230, 1967.

TULLOCK, G. **The New Palgrave The World of Economics**. Edited by John Eatwell, Murray Milgate, and Peter Newman. New York and London: W. W. Norton, p. 604–609, 1991.

VAROUJ, A. A. *et al.* Can corporatization improve the performance of state-owned enterprises even without privatization? **Journal of Corporate Finance**, v. 11, p. 791-808, 2005.

WILLIAMSON, O. **Markets and hierarchies**: Analysis and antitrust implications. New York: Free Press, 1975.

WILLIAMSON, O. Public and private bureaucracies: a transaction cost economics perspective. **The Journal of Law, Economics and Organization**, v. 15, n. 1, p. 306-342, 1999.



# O DIREITO A SER ESQUECIDO OU DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO DIGITAL BRASILEIRO

## *THE RIGHT TO BE FORGOTTEN IN BRAZILIAN DIGITAL LAW*

Nathália Eugênia Nascimento e Silva\*

Jorge Barrientos-Parra\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 O direito de acesso à informação na Sociedade Técnica. 3 O direito a ser esquecido ou o direito ao esquecimento. 3.1 O caso Google vs Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) e Mario Costeja González (Processo C-131/12 – Tribunal de Justiça da União Europeia). 3.2 Considerações em relação ao direito a ser esquecido no direito digital brasileiro – right to be forgotten - à luz do caso Google versus Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) e Mario Costeja González julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia 4 O Direito a ser esquecido ou direito ao esquecimento no Direito Digital Brasileiro por meio da aplicabilidade da decisão do TJUE no Brasil com fundamentos no Marco Civil da Internet e na Lei Geral de Proteção de Dados. 5 Conclusão.

**RESUMO:** Sendo a sociedade técnica aquela que procura em quaisquer de suas atuações, dentre todos os meios, o mais eficaz, pode-se afirmar que o acesso à informação é demasiadamente acelerado e difundido no meio ambiente digital, pois este é o meio mais eficaz para a divulgação e a propagação de informações. Nesse contexto técnico e informacional, o presente artigo objetiva analisar a possibilidade de se aplicar o direito a ser esquecido ou o direito ao esquecimento no direito digital brasileiro, a partir dos fundamentos do caso Google versus AEPD e Mario Costeja González, bem como do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), do estudo da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) e dos fundamentos constitucionais presentes no voto

\*Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) - “Júlio de Filho Mesquita” da Universidade Estadual Paulista - UNESP, em Franca/SP, na linha de pesquisa “Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania”, com pesquisa relacionada aos impactos da técnica e das tecnologias no mundo do trabalho. Pós-graduada em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá em parceria com o Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Pós-graduada e MBA em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Faculdade Legale. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Atualmente, é professora contratada do curso de Direito da UniCerrado, em Goiatuba-GO, e membra dos Grupos de Pesquisas (CNPQ) “Núcleo de Pesquisa e Observatório Jurídico: (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo” e “Tecnologia, Direito e Sociedade”.

\*\* É Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo; Doutor em Direito pela Université Catholique de Louvain e Pós- Doutorado pela University of Toronto. Leciona no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNESP, Campus de Franca e no Curso de Administração Pública da UNESP, Campus de Araraquara. Líder do Grupo de Pesquisas (Diretório CNPq) Tecnologia, Direito e Sociedade.

Artigo recebido em 22/09/2021 e aceito em 04/01/2023.

**Como citar:** SILVA, Nathália Eugênia Nascimento e; BARRIENTOS-PARRA, Jorge. O direito a ser esquecido ou direito ao esquecimento no direito digital brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 41, p. 185, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

minoritário do Ministro Edson Fachin no julgamento do Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ. Para tanto, considera-se que não há direito fundamental absoluto e que na análise casuística devem ser ponderados os núcleos essenciais a serem protegidos, de modo a promover a harmonia dos valores consagrados em nosso ordenamento. A pesquisa, notadamente bibliográfica, seguiu, quanto ao método de abordagem, a dedução, para a análise das referências de doutrinas e legislações utilizadas, e a indução para analisar os casos já julgados sobre direito ao esquecimento, seja no âmbito interno brasileiro, pelo STJ e pelo STF, ou na órbita externa pelos tribunais internacionais. Como conclusão parcial assevera-se que, apesar da possibilidade de o direito não se efetivar em um determinado contexto, a pretensão de ser esquecido ou ao esquecimento encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico, inclusive para o âmbito digital (desindexação).

**Palavras-chave:** acesso à informação. direito ao esquecimento. direito digital brasileiro. sociedade técnica.

**ABSTRACT:** *Since the technical Society is the one that seeks, among all of its actions, the most effective means, it can be said that access to information is too fast and widespread in the digital environment, as this is the most effective means for the dissemination and propagation of information. In this technical and informational context, this article aims to analyze the possibility of applying the right to be forgotten in Brazilian digital law, based on the foundations of the Google vs AEPD and Mario Costeja González case, as well as the Civil Marco Internet (Bill n. 12.965/2014), of the study of General Data Protection Law (Bill n. 13.709/2018) and the constitutional grounds present in the minority vote of Justice Edson Fachin in the judgment of Extraordinary Appeal 1.010.606/RJ. Therefore, it is considered that there is no absolute fundamental right and that in the case-by-case analysis the essential cores to be protected should be considered, in order to promote the harmony of the values enshrined in our order. The research, totally bibliographical, followed, as to the method of approach, the deduction, for the analysis of the references of literature and legislations used, and the induction to analyze the cases already judged on the right to be forgotten, whether in the Brazilian domestic context, by the STJ and the STF, or in the external orbit by the international courts. As a partial conclusion, it is asserted that, despite the possibility of the right not being effective in a given context, the claim to be forgotten is supported by our legal system, including for the digital sphere (deindexation)..*

**Keywords:** *access to information. right to be forgotten. Brazilian digital law. technical society.*

## INTRODUÇÃO

Em ordenamentos principiológicos, como o nosso, existe uma miríade de direitos a serem cumpridos e que, em uma situação ou outra, conflitam entre si, sendo todos igualmente aplicáveis e válidos. Robert Alexy (2008) há muito nos ensina sobre a maleabilidade dos princípios e seus sopesamentos.

Ao se escrever sobre o Direito a ser esquecido ou direito ao esquecimento no âmbito digital brasileiro, adentra-se, mais uma vez, esse âmbito de conflitos entre princípios, direitos e garantias, todos consagrados na ordem interna. De um lado, a liberdade de informação e de outro os direitos da personalidade da pessoa a quem a informação se refere.

Não há dúvidas de que a informação, a publicidade e a transparência, no Estado Democrático de Direito, são legítimos interesses a serem consolidados. Também, as pessoas atingidas por essas informações publicizadas são legítimas ao requererem a privacidade daquilo que

lhes prejudica e expõe, em nome de outras garantias, como o direito à privacidade, intimidade e dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, o presente artigo pretende analisar a viabilidade de se reconhecer o direito a ser esquecido ou direito ao esquecimento no direito digital brasileiro à luz: dos argumentos aduzidos no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no caso *Google versus AEPD* (Agência Espanhola de Proteção de Dados) e Mario Costeja González; dos fundamentos constitucionais presentes no voto minoritário do Ministro Fachin no julgamento do Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ; e dos dispositivos do Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira.

Para tanto, primeiro será apresentada uma breve explanação sobre o direito ao acesso à informação na sociedade técnica em que se vive, sociedade que busca, em qualquer circunstância, o atingimento do meio mais eficaz, que no contexto informacional, pode ser encontrado na disponibilização de conteúdos pela internet. Depois, analisar-se-á como tem sido conceituado o direito a ser esquecido ou direito ao esquecimento e suas várias vertentes, bem como mencionar-se-ão os principais casos, tidos como paradigmáticos deste direito, não só no ordenamento jurídico brasileiro, mas também na órbita internacional. Por fim, analisar-se-á a possibilidade de se reconhecer o direito a ser esquecido no âmbito do direito digital brasileiro. Tudo isso em respeito à unidade e à harmonia constitucional, em concordar, na prática, todos os seus comandos.

Quanto à metodologia, o método de procedimento utilizado foi o bibliográfico. Já os métodos de abordagem foram tanto o dedutivo quanto o indutivo. O dedutivo foi usado para as análises de leis, dos artigos científicos, teses e livros; e o indutivo para os casos já julgados (precedentes) sobre o assunto, notadamente o julgamento do TJUE, do qual se pretende extrair os fundamentos, também consagrados em nosso ordenamento, para o possível reconhecimento do direito a ser esquecido ou direito ao esquecimento no direito digital brasileiro.

## **1 O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO NA SOCIEDADE TÉCNICA**

A técnica é um fenômeno global da nossa civilização e não somente um meio da indústria simbolizada pela mecanização. Assim, o fenômeno técnico pode resumir-se como a preocupação da imensa maioria dos homens de nosso tempo de procurar em todas as coisas o método

absolutamente mais eficaz (ELLUL, 1968). Isso porque a técnica já não é mais um conjunto de artefatos ou de máquinas. Deixou de ser instrumental para transformar-se em meio. Um meio artificial que se substitui ao meio natural. Não é mais um conjunto de meios passível de ser ocasionalmente utilizado pelo ser humano, mas transformou-se no nosso meio de vida (ELLUL, 2004). Dessa forma, a técnica, como meio artificial, passou a envolver, limitar e condicionar o homem. Este ainda pensa que se serve dela, entretanto é o inverso: “L’homme qui aujourd’hui se sert de la technique est de ce fait même celui qui la sert” (ELLUL, 2004, p. 334).

Está-se de tal maneira condicionado pela tecnociência que se adotam imediatamente todas as suas inovações sem ao menos se perguntar sobre a eventual nocividade delas. Em outras palavras, o indivíduo e a sociedade se submetem à técnica em todos os âmbitos, correndo aceleradamente atrás de resultados que devem ser cada vez mais eficazes, espetaculares e rentáveis.

Importa advertir a humanidade sobre os impactos negativos da técnica sobre o homem, a sociedade e a biosfera. Barrientos-Parra (2011) há tempos nos alerta sobre as violações ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como sobre as violações à privacidade e à intimidade.

No contexto técnico-informacional, cita-se a internet como o principal e mais eficaz meio de divulgação de informação das massas, pois permite acesso e disponibilização de modo universal, como clara manifestação do fenômeno técnico, que não tem fronteiras físicas, nem ideológicas e está presente tanto no capitalismo como no socialismo.

O século XXI caracteriza-se pelo que se define como “sociedade da informação”, em que as tecnologias da comunicação fornecem a base material para a integração global e favorecem o intercâmbio cada vez mais veloz de informações verdadeiras ou falsas entre indivíduos, corporações e instituições. (FIORILLO; FERREIRA, 2020, p. 206).

Com a internet sobreveio uma maior facilidade para o arquivamento da memória. As chances de esquecimentos e perdas foram reduzidas. O tempo não é para a internet um fator limitativo, como acontece conosco, humanos. Ao contrário, a tendência é que haja eternização e a memória digital seja inatingível. Para Martins, “o surgimento da Internet no cenário social gerou a difusão e a massificação das memórias, gerando a construção de uma ‘memória coletiva’” (MARTINS, 2020, p. 116). Nesse

sentido, Camargo e Chevtchuk elucidam que “[o]s dados e informações pessoais se tornaram commodities, a internet se transformou no lugar onde, com baixo investimento, é possível atingir um grande número de pessoas em localidades diversas” (CAMARGO; CHEVTCHUK, 2015, não paginado). Ainda, em concordância com o entendimento de Carlos Henrique, defende-se que:

nossos dados pessoais e informações dispostas na rede de computadores é considerada a moeda de maior valor no mundo digital, o que, infelizmente, leva a cenários onde perderemos o controle sobre nossas informações, seja por conta de vazamentos de dados, seja por conta de situações onde, sem saber, demos aval para usos ilícitos daquelas. (MEDEIROS, 2018, p. 62-63).

É nesse ambiente digital que a informação e o conhecimento são os maiores bens da sociedade. Na verdade, “informação é poder, instrumento de controle e moeda de troca no século XXI” (MARTINI; BERGSTEIN, 2019, p. 167). Fala-se, inclusive, em democracia informacional, em que a maior quantidade de pessoas tem acesso às informações, apesar de ainda existirem muitos excluídos desse meio por falta de ferramentas de comunicação.

Não se discute que o direito à informação encontra guarida constitucional nos artigos 5º, incisos XIV e XXXIII e 220, §1º e pode ser compreendido como:

[...] o direito de informar, que é uma faceta das liberdades de expressão e de imprensa; o direito de se informar, também conhecido como direito de acesso à informação, que envolve a faculdade de buscar informações por todos os meios lícitos; e o direito de ser informado, que é o direito da coletividade de receber informações do Estado e dos meios de comunicação sobre temas de interesse público. (SARMENTO, 2016, p. 195).

Assim, reconhece-se no direito à informação um gênero que contempla o direito de informar, ser informado e o de ter acesso à informação (MACHADO, 2018, p. 273). Inclusive, destaca-se em nosso ordenamento a Lei n. 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação.

No entanto, como todos os demais direitos fundamentais, o direito de acesso à informação não é absoluto. Ao contrário, admite-se relativização. Inclusive, a própria Lei n. 12.527/2011 “limita a sua aplicação, pois o seu artigo 31, que dispõe sobre o tratamento de informações pessoais, determina

o respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, além das liberdades e garantias individuais” (FERRIANI, 2016, p. 121).

Assim, ainda que nesse contexto de velocidade e de eficiência em que se encontra o âmbito digital, combustível e propulsor dilacerante da divulgação de informações, pretende-se analisar a viabilidade de se aplicar o direito a ser esquecido (*right to be forgotten*) no direito digital brasileiro, como direito fundamental no atual sistema técnico, que nos manipula, condiciona e escraviza. Isso porque, as ferramentas de busca e acesso on-line permitem que qualquer deslize pertença para sempre à memória coletiva virtual, fazendo, por exemplo, com que atos de imaturidades custem os empregos do futuro e que os crimes sejam permanentes (MACHADO, 2018, p. 249).

Não se pretende violar o direito coletivo à informação ou o direito à memória ou ainda permitir que cada um decida o que será publicizado a seu respeito, mas, ao contrário, almeja-se, a partir de um embate de princípios, sopesar, após análise casuística e interpretativa, aquele que deverá ser protegido, inclusive, o direito a ser esquecido ou o direito ao esquecimento, de modo que não haja um sacrifício já pré-estabelecido em prol do direito de acesso à informação, assegurando-se a possibilidade de discutir o uso dado, ou melhor, a finalidade presente na utilização de fatos pretéritos desabonadores, ainda que verídicos. Admite-se, portanto, a possibilidade de o direito ao esquecimento, como direito fundamental, confrontar-se com o direito à informação, outro direito fundamental, e também impor limitações quanto ao tratamento, modos de divulgação e fins destas informações. Para tanto, mister o estudo do direito a ser esquecido ou do direito ao esquecimento.

## **2 O DIREITO A SER ESQUECIDO OU O DIREITO AO ESQUECIMENTO**

O Direito ao esquecimento não está completamente delimitado e conceituado. Ele pode receber a denominação de direito de ser deixado em paz (*the right to be let alone*), de direito a ser esquecido (*right to be forgotten*), de direito de apagamento, de direito à desindexação, dentre outros.

Quando se pensa em direito ao esquecimento tende-se a associá-lo aos direitos da personalidade, notadamente vida privada, intimidade, honra e imagem. Por isso, a dificuldade de se reconhecê-lo como direito autônomo. Também se pensa no direito ao esquecimento ao se pleitear a eliminação ou

a correção dos dados. No entanto, para isso nossa Constituição já traz um remédio constitucional: o Habeas Data. Há, ainda, o direito à desindexação, que é o pedido de remoção de resultados nos sites de busca, utilizado e concedido, principalmente, quando as informações buscadas não forem mais relevantes e causarem prejuízos a determinadas pessoas.

Pode se conceituar o direito ao esquecimento como “à esperança do jurisdicionado que objetiva limitar certas passagens de sua vida ao passado e seguir na construção da sua história sem máculas indelévels dos erros cometidos por si ou por terceiros” (MARTINI, BERGSTEIN; 2019, p. 165), que lhe dizem respeito. No mesmo sentido, e considerando o contexto atual de propagação de informações, para Carlos Henrique Garcia de Medeiros, o direito ao esquecimento deve ser visto como “salvaguarda dos direitos da personalidade e garantidor de que fatos de nossa vida pretérita não sejam para sempre lembrados e expostos em vitrines midiáticas, informáticas e informacionais” (MEDEIROS, 2018, p. 59). Assim, verifica-se que o direito ao esquecimento pode se dar em relação a fatos ou a dados, bem como em virtude de divulgação nas mídias tradicionais ou virtuais.

Importante considerar que não há se falar em proteção do direito ao esquecimento quando se tratar de informações inverídicas ou ilícitamente obtidas/utilizadas, pois nesses casos já há responsabilizações consagradas. O direito ao esquecimento tutela, portanto, informações verdadeiras e licitamente obtidas, porque:

[...] o que se invoca com o direito ao esquecimento é a proteção jurídica para impedir a divulgação de fatos ou dados verdadeiros licitamente obtidos, amparando-se na alegação, em essência, de que, pelo decurso do tempo, as informações de outrora não guardariam relevância jurídica, ao passo que sua ocultação (ou ocultação dos elementos pessoais dos envolvidos) melhor serviria aos propósitos constitucionais, sobretudo à proteção dos direitos da personalidade. (BRASIL, 2021a, p. 24).

Isso se deve ao fato de que, apesar de serem informações verdadeiras e lícitas, a propagação delas não é mais relevante, seja pelo decurso de tempo ou pela superação da situação, de modo a possibilitar a continuação da existência pessoal sem violação da imagem, da honra e da privacidade. Quando se clama pelo direito ao esquecimento se quer evitar que a informação desatualizada e descontextualizada venha a ser alastrada em momento distante do seu real

acontecimento, motivando segregações, exclusões, tristezas, angústias e outros sentimentos dignos de não serem causados.

Assim, concorda-se com a definição de Costa, de que

[o] direito ao esquecimento seria o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, sendo conferido à pessoa revelar-se tal qual ela é atualmente, em sua realidade existencial, de modo que nem todos os rastros que deixamos em nossa vida devem nos seguir implacavelmente em cada momento da existência. (COSTA, 2013, p. 197).

O nascimento do direito ao esquecimento remonta de origens da seara criminal, como pode ser percebido nos casos *Melvin versus Reid*, na Califórnia; e *Lebach*, na Alemanha. No primeiro caso, uma prostituta acusada de homicídio, mas que foi posteriormente absolvida, teve sua história narrada em um filme, descrevendo a acusação do crime. Seu atual marido, por entender que isso violava sua privacidade, notadamente no contexto de superação da vida de prostituição, tendo, inclusive, constituído família, acionou a justiça para impedir a divulgação do filme e permitir a felicidade dos envolvidos com o esquecimento do período pretérito.

No segundo, em 1969, em *Lebach*, vila situada na Alemanha, quatro soldados foram assassinados. Após investigações processuais, dois autores foram condenados à prisão perpétua e um outro partícipe foi condenado a pena de reclusão. Quando este último estava prestes a sair da prisão, produziu-se um documentário contando os detalhes do incidente, inclusive os nomes dos condenados. O partícipe, que já tinha cumprido relevante parte da pena, ajuizou ação pleiteando a não exibição do documentário, pois isso o impediria de ressocializar. O partícipe teve ganho de causa no Tribunal Constitucional, que não permitiu aos veículos midiáticos deterem, por tempo ilimitado, o direito a exposição da vida privada dos criminosos.

Na maioria dos precedentes, pleiteia-se a não mais relevância dos fatos, devido a passagem do tempo e a necessidade de ressocialização e de reinserção, de modo a proteger o nome e à imagem do indivíduo perante a coletividade. Tal situação se dá devido

[...] a possibilidade de esquecer, mas também – e nisso a necessidade de reconhecimento e proteção em face do estado e de terceiros no plano social ampliado – poder ser “esquecido” e não sofrer permanentemente e de modo indeterminado as repercussões negativas associadas a

fatos (aqui em sentido amplo) do passado é algo essencial não apenas para uma vida saudável pessoal – do ponto de vista físico e psíquico – mas para uma integração social do indivíduo. (SARLET, 2018, p. 497).

Doutrinariamente, no Brasil, reconhece-se, pelo menos, três posições ou correntes quanto ao direito ao esquecimento. Pela primeira, não há se falar em direito ao esquecimento em nome do direito de acesso à informação, comunicação, memória e história, invocando-se como fundamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.185 em que se autorizou biografias independentemente do consentimento do biografado. Pela segunda, reconhece-se o direito ao esquecimento como corolário da dignidade da pessoa humana, bem como da intimidade, privacidade e da proibição de penas perpétuas, invocando-se o caso da Chacina da Candelária julgado pelo STJ no Recurso Especial 1334.097/RJ. Por último, tem-se a intermediação entre as duas manifestações anteriores em que se reconhece a inexistência de prevalência de um direito sobre o outro, defendendo-se a tese de ponderação<sup>1</sup>. (MACHADO, 2018, p. 266-267).

Apesar do decidido pelo STF, em 2021, no RE 1.010.606, ponderamos que a metamorfose faz parte da vida, sendo permitida e, inclusive, recomendada, de modo que o presente pode não ser continuação do passado, e impedir o direito ao esquecimento é desconsiderar mudanças e comprometer o futuro. Por isso, no âmbito criminal, por exemplo, o direito ao esquecimento se apoia no processo de reabilitação, que assegura ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação, bem como garante a não menção, salvo requisição do juiz criminal, da condenação na folha de antecedentes do reabilitado (art. 93 do Código Penal - CP - c/c art. 748 do Código de Processo Penal - CPP)<sup>2</sup>. No âmbito cível e constitucional, o direito ao esquecimento, apesar de

<sup>1</sup> Sobre a ponderação de direitos em conflito, além do enunciado 274 da 4ª Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça federal (CJF), segundo o qual, “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da clausula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”, e de inúmeros julgados, destaca-se agora a positivação com a disposição no art. 489, §2º, do Código de Processo Civil 2015, segundo o qual: “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

<sup>2</sup> Art. 93 do CP: A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. Art. 748 do CP. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

não reconhecido expressamente (o que não significa proibição – art. 5º, §2º da CRFB/88), pode ser extraído a partir de outros direitos, como o da intimidade, privacidade, honra, imagem, bem como do fundamento da dignidade da pessoa humana.

Por fim, assegura-se que, apesar do surgimento do direito ao esquecimento estar relacionado a seara criminal, nos últimos anos, com os avanços tecnológicos e a vasta utilização da internet como meio informacional, o direito ao esquecimento se expande também para se efetivar a retirada de informações dos mecanismos padrões de buscas, razão pela qual estudar-se-á o caso que trouxe notoriedade ao direito à desindexação.

## **2.1 O caso Google versus Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) e Mario Costeja González (Processo C-131/12 – Tribunal de Justiça da União Europeia)**

O caso espanhol, agora analisado, discutiu o direito a ser esquecido ou o direito ao esquecimento no âmbito digital dos provedores de internet, o que vem sendo denominado de direito à desindexação. Isso, inclusive, justifica a importância do caso para o presente artigo, já que é o *leading case* consagrador da modificação da roupagem criminal que era dada ao direito ao esquecimento para a roupagem digital (pretensão de não fornecimento de seus dados pessoais aos usuários do site). Por tais razões, nosso artigo traz uma análise detida do julgamento. Outro ponto que fez o caso ser muito notável e conhecido é a presença da maior empresa da era das informações, a Google.

Para melhor entender o caso, é importante trazer alguns conceitos para discussão. O editor da informação é quem publicou o conteúdo, no caso foi o site “La Vanguardia”. O buscador é o Google, responsável por localizar, indexar, ordenar e apresentar os resultados aos usuários, conforme o critério de pesquisa. O usuário é aquele que procura e tem acesso à informação por meio do site de pesquisa. Por fim, tem-se o atingido, como sendo aquela pessoa a quem a informação se refere e que pretende vê-la excluída, no caso é o Sr. Mario Costeja.

Como breve síntese, pode-se dizer que o caso trata de reclamação ajuizada, no ano de 2010, por Mario Costeja González, advogado, em face da AEPD (Agência Espanhola de Proteção de Dados), para que informações do ano de 1998 sobre um arresto para recuperação de dívidas relacionadas à seguridade social não mais aparecessem nas páginas de busca do Google

ao ser digitado seu nome, sob o fundamento de que o processo já estava resolvido e aquelas informações eram impertinentes.

Mario Costeja González, em razão de dívidas com a seguridade social, teve seu apartamento levado a hasta pública. No entanto, conseguiu adimplir a dívida sem que houvesse a venda judicial, fato que o fez acionar o periódico em que constava seu nome associado a anúncios de leilões públicos. Ressalta-se que a informação é do ano de 1998 e a dívida foi quitada em 2009.

As informações estavam postadas no site do jornal “La Vanguardia”, por determinação do Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais, de forma a publicizar a hasta pública e alcançar o maior número de licitantes interessados na aquisição. Em 2014, a decisão europeia considerou que a informação presente no site “La Vanguardia” é lícita e legítima, ainda que já tenha decorrido um largo lapso temporal. No entanto, apesar disso, o site de busca, Google, deveria retirar e interditar esses dados, já que o conhecimento é capaz de lesão direito fundamental, notadamente a dignidade do envolvido.

Ao fazer reflexões sobre o caso, Guilherme Martins conclui que:

pode-se afirmar que se trata de hipótese envolvendo o direito à desindexação, que em breves linhas representa a possibilidade de se pleitear a retirada de certos resultados (conteúdos ou páginas) relativos a uma pessoa específica de determinada pesquisa, em razão de o conteúdo apresentado ser prejudicial ao seu convívio em sociedade, expor fato ou característica que não mais se coaduna com a identidade construída pelo sujeito ou apresentar informação equivocada ou inequívoca. A desindexação não atinge a publicação em si, pois não importa em remoção de conteúdo ou de página da web, mas sim na eliminação de referências a partir de pesquisas feitas com base em determinadas palavras-chave. (MARTINS, 2020, p. 119).

Portanto, a peculiaridade desse caso está “justamente no fato de que quem seria responsabilizado pela acessibilidade facilitada das informações em decorrência da função de busca não era o jornal espanhol como autor da informação, e sim o Google como intermediário de dados”. (SINGER; BECK, 2018, p. 23).

Em sua decisão, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE):

[...] declarou que a atividade dos mecanismos de busca na internet consiste em encontrar informações publicadas ou disponibilizadas on-line por terceiros, indexando-

as automaticamente, armazenando-as temporariamente e disponibilizando-as aos usuários de acordo com uma determinada ordem de preferência. Essa atividade é denominada “processamento de dados” e, quando tratar de informações pessoais, pode afetar significativamente os direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados, pois qualquer internauta pode obter, por meio de mera consulta por nome, uma visão estruturada de diversos aspectos da vida privada de alguém. Permite-se, portanto, estabelecer um perfil mais ou menos detalhado dessa pessoa, cujos fatos a ela relacionados, sem o mecanismo de busca, não poderiam ter sido interligados ou seriam conectados com grande dificuldade. A internet e os mecanismos de pesquisa tornam as informações contidas nas listas de resultados onipresentes. À luz da potencial gravidade, essa interferência não pode justificar-se apenas pelo interesse econômico que o operador tem nesse processamento. Deve ser procurado um equilíbrio justo entre o interesse legítimo dos internautas na informação e os direitos fundamentais da pessoa, ao abrigo dos artigos 7.º<sup>3</sup> e 8.º<sup>4</sup> da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Nessa linha, o Tribunal considerou que a Diretiva 95/46 deve ser interpretada no sentido de que a atividade descrita no artigo 2º, alínea b), qualifica-se como “tratamento de dados pessoais” e de que o operador do motor de busca deve ser considerado como “responsável” pelo referido tratamento. Dessa forma, cumpridos os requisitos legais, o operador de mecanismos de busca é obrigado a remover os links para páginas web e demais informações, publicadas por terceiros e contendo dados pessoais relativos a uma pessoa, resultante da pesquisa ligada ao seu nome. É possível que os dados sejam removidos mesmo nas hipóteses em que a publicação em si seja lícita e precisa, pois, com o decurso do tempo, as informações podem tornar-se inadequadas, irrelevantes ou excessivas em relação aos fins para os quais foram processadas e, portanto, incompatíveis com a Diretiva. (BRASIL, 2018a, não paginado).

Assim, legitimou-se a informação constante do site “La Vanguardia”, mas determinou-se a supressão dessa mesma informação dos sites de busca, fornecedores de conteúdos inseridos em rede de terceiros. Os fundamentos decisórios consistiram no caráter sensível dos dados, na decorrência de 16 anos entre o acontecimento e as novas reproduções e na inexistência de interesse público ao acesso à informação. Ainda, não se

tratava de alguém com vida pública, fato que poderia ter redirecionado a fundamentação do julgamento.

Ainda, reconheceu-se, no âmbito da União Europeia, que “a atividade de um motor de busca que consiste em encontrar informações publicadas ou inseridas na internet por terceiros, indexá-las automaticamente, armazená-las temporariamente e, por último, pô-las à disposição dos internautas por determinada ordem de preferência deve ser qualificada de tratamento de dados pessoais” (EUROPA, 2014, p. 8) e que o operador desse site de busca também é considerado responsável pelo tratamento desses dados. A decisão também concluiu que,

para respeitar os direitos previstos nestas disposições, o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa as ligações a outras páginas *web*, publicadas por terceiros e que contêm informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas *web*, isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita. (EUROPA, 2014, p. 13).

Obrigou-se, portanto, aos motores de busca, a supressão da lista de resultados de pesquisas de páginas da *web* que apresentem informações sobre o caso. Ainda sobre a decisão, pode-se extrair que as informações apresentadas na *web* podem influenciar na imagem construída por terceiros que a acessam, pois constrói-se ou pressupõe-se um determinado perfil a partir dos dados ali colhidos, “o que torna os provedores de buscas capazes de formar ou ao menos influenciar na imagem que se tem sobre o objeto de suas buscas, principalmente, quando o assunto são pessoas” (MACHADO, 2018, p. 278).

Todos os parâmetros decisórios do caso analisado estavam fundamentados na Diretiva 95/46, porque, à época, 2014, não tinha sido aprovado o Regulamento Europeu sobre Proteção de Dados, reconhecido em 2016, com vigência a partir de 2018.

O artigo 17 desta novel regulamentação é tido como o corolário do direito ao esquecimento. Sobre o supramencionado artigo, Beck e Singer nos ensinam que,

[ã] luz do novo art. 17 do RGPD, o direito ao esquecimento contém agora três expressões normativas no direito europeu referente à proteção de dados. O art. 17 do RGPD contém, em primeiro lugar, o já conhecido direito à remoção de

dados pessoais em relação a operadoras primárias de páginas (direito à supressão de dados). Em segundo lugar, o art. 17 do RGPD inclui o direito – mencionado pela primeira vez na sentença Google – ao isolamento de dados em relação a intermediários (portanto, primordialmente operadoras de máquinas de busca). Embora isso não esteja expressamente normatizado no art. 17, decorre do fato de que os princípios da sentença Google também são vinculantes para a interpretação do Regulamento Geral de Proteção de Dados. Por conseguinte, as operadoras de máquinas de busca são, assim como as operadoras da página da internet lincada, “responsáveis” nos termos do art. 17 do RGPD. (SINGER; BECK, 2018, p. 28).

Nos moldes previstos, está assegurado ao indivíduo exigir, do responsável pelo tratamento, o apagamento ou a desindexação. Por responsável, entende-se tanto o site de publicação do conteúdo como os sites de buscas, em que podem ser citados como exemplos Google, Yahoo, Bing, AOL.

Em resumo, o decidido pelo Tribunal de Justiça Europeu considerou que o provedor de aplicação de buscas deve ser considerado responsável pelos dados pessoais, bem como obrigado a suprimir da lista de resultados, apresentada a partir de uma pesquisa do nome de uma pessoa, conexões a outras páginas da *web* geridas por terceiros que contenham informações, ainda que lícitas, sobre essa pessoa. Assim, reconheceu-se o direito ao esquecimento naquela situação em detrimento do interesse econômico do buscador, não de modo absoluto, porque havendo fundamentos, o direito ao esquecimento poderá não prevalecer sobre o direito de acesso à informação.

## **2.2 Considerações em relação ao direito a ser esquecido no direito digital brasileiro – *right to be forgotten* - à luz do caso Google versus Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) e Mario Costeja González julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia**

Foi a partir desse caso que nos propusemos a pensar a questão problema que deu origem a presente escrita, a saber, é possível, no direito digital brasileiro, que os provedores de busca fiquem impedidos de indexar informações prejudiciais ou que desejam ser esquecidas por determinadas pessoas, mas que estejam reveladas, lícitamente, em sites de terceiros?

Percebe-se que a volatilidade social repercute no mundo jurídico, que agora busca novas e outras respostas capazes de atender as necessidades crescentes humanas. Antecipa-se que o fundamento utilizado para a decisão do TJUE de prevalência dos direitos e liberdades da pessoa cujos dados são tratados em detrimento do agente responsável pelo tratamento ou de terceiros que acessem a esses dados encontra respaldo na atual legislação brasileira de proteção dos dados, a saber, no art. 7º, inciso IX, da LGPD<sup>3</sup>, que resguarda o preavalecimento dos direitos e liberdades fundamentais do titular que necessita da proteção dos dados pessoais (MARTINI; BERGSTEIN, 2019, p. 171-172).

Antes de melhor responder ao questionado acima, é importante apresentar duas importantes decisões do STJ envolvendo o direito a ser esquecido ou o direito ao esquecimento no âmbito digital e também o julgamento do STF sobre o direito a ser esquecido ou o direito ao esquecimento no Brasil e a assertividade do voto minoritário do Ministro Edson Fachin no RE 1.010.606/RJ.

O primeiro caso a ser mencionado, conhecido como Xuxa Meneghel (BRASIL, 2012), decidiu que os provedores de pesquisa não são obrigados a retirar como resultados de buscas os links com conteúdo ilegais, pois estes não são os responsáveis pelos conteúdos disponibilizados, já que simplesmente demonstram aos usuários aquilo que está nas redes, sendo do prejudicado o dever de procurar diretamente o site disponibilizador do conteúdo, sob pena de se incorrer em censura.

O segundo em que, felizmente, o entendimento supramencionado não foi adotado, trata-se do ano de 2018 no REsp. 1.660.168/RJ (BRASIL, 2018c), em que o STJ determinou a cessação do vínculo criado nos bancos de dados dos provedores de busca com determinados resultados que não se relacionam com o interesse público de acesso à informação. Explica-se. Ao buscar o nome de uma pessoa no provedor de buscas o resultado mais relevante e que em primeiro lugar aparecia era o de que participou de uma fraude em concurso público. No entanto, essa pessoa é hoje promotora de justiça e a acusação de fraude em concurso da magistratura ocorreu há mais de dez anos e o processo foi arquivado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Portanto, observa-se que o resultado da busca não reflete o

---

<sup>3</sup> Art. 7º, inciso IX, da LGPD. O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiros, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais” (BRASIL, 2012, grifo nosso).

real desdobramento (consequências) do fato e os novos acontecimentos (cargo de promotoria) atualmente vinculados ao seu nome.

O STJ, nesse caso, atuou, excepcionalmente, para quebrar a vinculação ao site de busca, decidindo que o acesso à informação não será restrito, de modo a não retirar o resultado, mas para que aquela informação de fraude apareça será necessário procurar pelo nome da pessoa em conjunto com palavras específicas que se referem à fraude. Desse modo, caso seja digitado apenas o nome da pessoa, a informação de fraude não aparecerá. Nesse sentido, a Corte, mais uma vez, reiterou a vedação de responsabilização direta dos buscadores, em nome da impossibilidade de censura, sendo dever do ofendido procurar o site que disponibilizou a informação. Tratou-se de caso, excepcional, em que preponderou o direito à proteção dos dados, à intimidade e ao esquecimento, tendo em vista a inexistência de interesse público à informação, em se determinou a reordenação dos resultados.

De toda forma, entende-se que o REsp 1.660.168/RJ representa um caso paradigmático para o direito ao esquecimento no âmbito digital brasileiro, pois relativiza a posição tradicional<sup>4</sup> e majoritária do STJ em que se afasta qualquer responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados apresentados e reconhece-se que qualquer prejuízo deve ser demandado contra o site divulgador (provedor) do conteúdo, pois deu-se prevalência ao direito à intimidade, ao esquecimento e a proteção de dados pessoais, impedindo que um fato desabonador seja considerado o mais relevante ao se pesquisar pelo nome da pessoa.

Em continuação, mas não no âmbito digital, no Brasil, recentemente, o STF adotou a seguinte tese de repercussão geral ao julgar o RE 1.010.606/RJ:

É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados

---

<sup>4</sup> Apresenta-se como exemplo da posição tradicional o REsp 1316921/RJ em que se decidiu que: “6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. [...] (STJ. 3ª Turma. REsp 1316921/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 26/06/2012).

em meios de comunicação social – analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível. (BRASIL, 2021b).

O caso trata de uma ação indenizatória, com pedidos de danos materiais e morais, ajuizada por Nelson Curi e outros, em face da rede de televisão Globo, pela exposição não autorizada da imagem da irmã dos requerentes, em programa exibido em rede nacional. Eles desejavam o direito ao esquecimento do assassinato de Aida Curi, aduzindo que a revisitação desses fatos, depois de passados mais de 50 anos do acontecimento, causou-lhes dor. Por isso, requereram o reconhecimento do direito ao esquecimento, como consagração da dignidade da pessoa humana. Por sua vez, a rede televisiva pleiteia o reconhecimento do seu direito de expressão e de informação de fatos públicos que marcaram a sociedade brasileira.

Esclarece-se que, no caso julgado pelo STF, diferentemente do caso espanhol e dos dois casos acima tratados e julgados pelo STJ, não se discutiu a responsabilidade no âmbito digital dos provedores de internet, acerca da desindexação. Tratou-se apenas da não exibição, em rede nacional, de fato acontecido há mais de 50 anos de sua reprodução, alegando o direito de não se rememorar fatos tristes e que lhes causavam dor.

Diferentemente do posicionamento majoritário fixado pelo STF no RE 1.010.606/RJ, o parecer da Procuradoria-Geral propôs a seguinte tese: “o direito ao esquecimento, por ser desdobramento do direito à privacidade, deve ser ponderado, no caso concreto, com a proteção do direito à informação e liberdade de expressão”. (Parecer da Procuradoria-Geral da República, Raquel Elias Ferreira Dodge, em 25/09/2018, no Recurso Extraordinário 1010606/RJ).

No mesmo sentido, destaca-se e compactua-se com o explanado pelo Ministro Fachin (BRASIL, 2021a), em seu voto vencido e minoritário, segundo o qual o direito ao esquecimento não pode ser reduzido aos direitos à privacidade, à honra, à imagem ou à proteção de dados. Ao contrário, ele é multifacetário e pode ser encontrado no conjunto de todas as liberdades fundamentais, notadamente no direito à autodeterminação, inclusive, informacional. O ilustre ministro afirmou que:

ainda que não o nomeie expressamente, a Constituição da República, em seu texto, alberga os pilares do direito ao

esquecimento, porquanto celebra a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), o direito à privacidade (art. 5º, X, CRFB/88) e o direito à autodeterminação informativa. (BRASIL, 2021a, p. 5 – voto do Min. Edson Fachin).

Entende-se, assim, que o referido Ministro, apesar de não ter reconhecido o direito ao esquecimento no caso concreto, reconheceu sua existência no ordenamento constitucional brasileiro, vez que compatível com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CRFB/88), o direito à privacidade, à honra e à imagem (art. 5º, inciso X, CRFB/88) e o direito à autodeterminação (art. 5º, XII, CRFB/88). Ainda, fez referência ao enunciado da IV Jornada de Direito Civil do CJF<sup>5</sup>, segundo o qual “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento” (Enunciado 531 de 2014).

Ressalta-se que a tese por ele proposta (reconhecimento do direito ao esquecimento, com precedência à liberdade de expressão e ao direito à informação) foi vencida e a maioria dos membros do STF optou por não reconhecer a existência do direito ao esquecimento no país. Ainda assim, a partir do voto do Ministro Fachin, pode-se fazer uma analogia ao caso julgado recentemente na Corte infraconstitucional alemã – Bundesgerichtshof (BGH), em que se reconheceu a existência do direito ao esquecimento, mas deixou de aplicar-lhe no caso concreto.

O caso é referente a um ex-diretor de uma reconhecida instituição de caridade da Alemanha que pediu seu afastamento do cargo, alegando problemas de saúde, em um momento em que a entidade apresentou grave crise financeira (2012). Tal situação foi noticiada em vários jornais, por isso, em 2015, esse ex-diretor pleiteou, em juízo, a eliminação, com base no art. 17 do Regulamento Geral de Proteção de Dados, dessas notícias envolvendo seu nome nos sites de busca. Seu pedido não foi procedente, pois naquela situação a liberdade de expressão e de informação se sobrepuseram em face da autodeterminação informacional. A corte, ao decidir sobre esse pedido, enfatizou a existência do direito a ser esquecido, apesar de tê-lo negado no caso concreto, ao entrar em colisão com outros direitos fundamentais. Portanto, nesse caso, não se reconheceu o direito de remoção do link dos resultados do site de busca na internet, mas afirmou-se a fundamentalidade do direito ao esquecimento, excepcionando-o naquele caso, por não ter caráter absoluto.

---

<sup>5</sup> Pode-se acrescentar, ainda, o enunciado 576 da VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória”.

Da mesma forma, no Brasil, apesar da decisão do STF no RE 1.010.606/RJ, entende-se que não há óbice ao reconhecimento do direito ao esquecimento no âmbito digital. Isso porque, a análise casuística julgada (rede televisiva) é diferente da realidade presente para os buscadores de conteúdo, cuja amplitude de contatos e interações é maior, diante da realidade técnica e informacional vivenciada. Também, porque o próprio Supremo Tribunal Federal não está vinculado aos seus julgamentos, podendo alterar a jurisprudência, para impedir a fossilização da constituição. Por fim, porque a aceleração digital requer cuidados, prevenções e precauções para permitir a manifestação da vida humana em sua plenitude, o que inclui um novo futuro, sem remorsos e lembranças constantes e a todos de seu passado.

Diante do exposto, passemos a análise dos fundamentos presentes em nosso ordenamento jurídico que permitem a aplicabilidade do direito a ser esquecido ou do direito ao esquecimento no âmbito digital, nos moldes como decidido pelo TJUE.

### **3 O DIREITO A SER ESQUECIDO OU O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO DIGITAL BRASILEIRO POR MEIO DA APLICABILIDADE DA DECISÃO DO TJUE NO BRASIL COM FUNDAMENTOS NO MARCO CIVIL DA INTERNET E NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS**

Não somente pelos fundamentos constitucionais apresentados pelo Ministro Fachin, o direito ao esquecimento também pode ser fundamentado em normativas infraconstitucionais. Sendo assim, no âmbito infraconstitucional também podem ser encontradas proteções ao que se denomina de direito ao esquecimento. Primeiro,

em caráter aqui muito sumário, há que colacionar os artigos 135 do Código Penal, 748 do Código Processual Penal e 202 da Lei de Execuções Penais, que, em linhas gerais, vedam que os antecedentes criminais de alguém sejam levados a público e possam ser utilizados apenas para uma nova investigação e/ou processo criminal. (SARLET, 2018, p. 499).

Em segundo lugar, no Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), no capítulo dos direitos e garantias dos usuários, há o estabelecimento, dentre outros, da possibilidade de o usuário solicitar a exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros. Sendo assim, para Guilherme Magalhães,

o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), em seu art. 7º, inciso X (BRASIL, 2014), previu “uma modalidade de direito ao esquecimento, decorrente da pós-eficácia das obrigações, assegurando ao titular dos dados pessoais o direito de solicitar sua exclusão definitiva, ao término da relação entre as partes” (MARTINS, 2020, p. 118). Quanto à responsabilização civil dos provedores, a Lei n. 12.965/2014, a partir do disposto no artigo 19<sup>6</sup>, prevê a possibilidade apenas após ordem judicial específica.

Ainda, influenciado pela normativas europeias, o Brasil criou a Lei n. 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), que trouxe como fundamentos para a necessidade de proteção dos dados o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião; a inviolabilidade da intimidade, honra e imagem; os direitos humanos; o livre desenvolvimento da personalidade; a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais, dentre outros.

Em seu artigo 18, por exemplo, encontra-se explicitamente a autodeterminação dos dados, com a possibilidade de o titular dos dados confirmar seu tratamento, seja pela permissão de acesso, bloqueio, correção, atualização ou exclusão.

Além disso, entre outras disposições para cumprir esse desiderato, a lei supramencionada dispõe que o titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição (BRASIL, 2018b), a eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular<sup>7</sup>, salvo quatro hipóteses de conservação, a saber: cumprimento de obrigação legal, estudo por órgão de pesquisa (garantida a anonimização dos dados), transferência a terceiro (respeitados os requisitos da lei) e uso exclusivo do controlador (vedado seu acesso por terceiro).

<sup>6</sup>Nos termos do artigo 19 do Marco Civil da Internet: Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

<sup>7</sup>Com exceção das hipóteses estabelecidas no art. 16, que assim estabelece: “Art. 16. Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades: I - cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; II – estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; III - transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou IV - uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados” (BRASIL, 2018b, não paginado).

De um lado, pode-se argumentar que o que aparece em *web* de terceiros não é tratamento de dados por parte do site de busca, já que se trata de dados coletados e controlados por terceiros, em que o site de buscas atua como simples intermediador. Além do mais, essa limitação seria uma censura prévia. No entanto, não é esse o entendimento da Comissão Europeia (cuja aplicação é totalmente factível em nosso país), que entendeu ser o site de busca também responsável pelo tratamento de dados, ainda que por intermediação. Afinal, são dados colocados à disposição dos utilizadores e há retorno econômico nessa intermediação.

Qualquer outra posição a ser adotada é esvaziadora de direitos fundamentais, no tocante à proteção de dados das pessoas, pois são esses sites que propagam o maior alcance e acessibilidade da informação, isto é, são os potencializadores e os multiplicadores dos dados, em meio a sociedade da informação. Isso porque,

[...] não é apenas o conteúdo da própria informação, mas justamente sua disseminação por uma máquina de busca que poderia violar os direitos da personalidade da pessoa afetada. A particularidade de uma máquina de busca se caracterizaria justamente por dar a um número ilimitado de pessoas um panorama estruturado da vida privada do objeto da busca e lhes possibilitar, assim, obter um perfil detalhado de sua pessoa. (SINGER; BECK, 2018, p. 23).

Assim, entende-se que “a ideia de um direito ao esquecimento surgiu para fazer frente aos novos perigos que apareceram na era da internet para os direitos da personalidade dos usuários – a saber, à acessibilidade permanente de informações pessoais depois de terem sido disseminadas na internet” (SINGER; BECK, 2018, p. 41). Por isso, cresce a defesa em face do direito à autodeterminação informativa, pertencendo ao indivíduo titular do dado ou fato o controle de suas informações pessoais, pois a propagação do conteúdo é massiva<sup>8</sup>. Ressalta-se que a proteção de dados

<sup>8</sup> Importa o esclarecimento de que um possível efeito reverso, ao se pleitear a ocultação de dados, é o chamado Efeito *Streisand*, em que a tentativa de remover ou eliminar o conteúdo aumenta ainda mais sua divulgação. A judicialização de determinadas questões pode ocasionar exatamente esse efeito de multiplicação, facilitado pela internet. Cita-se, exemplificativamente, o caso Ainda Curi que ganhou uma repercussão extraordinária, provavelmente, muito maior do que a simples transmissão pelo programa Linha Direta. No entanto, é importante ressaltar que a discussão jurídica, inclusive, para o aprimoramento de direitos apresenta a ambivalência de também apresentar repercussões negativas. Reconhece-se que é a partir de casos paradigmas e de ampla notoriedade que outras pessoas terão seus direitos observados. Ademais, há a importância dos paradigmas e precedentes. Assim, um caso se destaca para que outros sejam protegidos. Espera-se que quanto aos demais não tamanha dimensão. No entanto, preocupa-nos o Efeito *Streisand*,

é um direito também consagrado na Declaração Universal dos Direitos Homem, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Concorda-se, assim, com o posicionamento de Fritz (2020), que afirma que,

[s]e é certo que a ordem jurídica legitima a atividade de busca (e o respectivo modelo de negócio que lhe formaliza) exercida pelos buscadores, atividade esta indispensável ao próprio funcionamento da internet e de grande utilidade social, também o é que ordenamento exige que essa atividade seja feita respeitando a vida privada e à autodeterminação informativa dos titulares dos dados processados [...]. A exigência de que a pessoa afetada acione, em regra, não o provedor de busca, mas o provedor de conteúdo, responsável pela inserção da notícia na web, não se coaduna com a responsabilidade dos buscadores pelo tratamento de dados pessoais e seu papel central de disseminador de informações e influenciador da formação de opinião no meio social, além de reduzir consideravelmente a proteção que as pessoas precisam ter na era digital. (FRITZ, 2020, não paginado).

Por isso, ao questionar-se se o indivíduo teria ou não o poder de requisitar a remoção de seus dados pessoais postados nas plataformas digitais ou redes sociais, sejam esses dados postados na forma de imagem, texto, áudio ou vídeo, defende-se que sim, o indivíduo teria o poder de fazer a requisição de remoção, por todos os argumentos acima expostos e também pela similariedade já apontada entre os fundamentos do TJUE na decisão do caso Costeja e as previsões normativas brasileira, notadamente previstas na LGPD.

Ademais, com o universalismo técnico e informacional, será preciso que internacionalmente os países se alinhem quanto ao reconhecimento do direito ao esquecimento, tendo em vista a potencialidade expansionista e imediata de acesso às informações, independentemente da localidade, língua e outras possíveis barreiras, pois “não se resolve a questão de maneira satisfatória se os dados forem eliminados de um país e não de outro” (FERRIANI, 2016, p. 210).

No mesmo sentido de Martins, defende-se que o

---

sendo necessário o aprofundamento da discussão em outra oportunidade. No mesmo sentido, ressalta Luciana de Paula Assis Ferriani: “não existe uma solução perfeita: o titular que precisar utilizar a via judicial para conseguir suprimir ou suspender uma informação a seu respeito pode ter justamente o efeito oposto, uma repercussão social ou uma comoção geral”. (FERRIANI, 2016, p. 220).

argumento da impossibilidade de se aplicar o direito ao esquecimento à Internet, em virtude de supostas barreiras técnicas, enfraquece a cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana, levando à conclusão de que o espaço virtual estaria imune a quaisquer limites. Apartar a mídia televisiva de outros meios de comunicação significa dar à informação tratamento fragmentado, desconsiderando que, afora as técnicas específicas de cada mídia, deve haver uma disciplina unitária, independentemente do veículo, não se justificando a exclusão do direito de arrependimento na Internet. (MARTINS, 2020, p. 126).

Por fim, concordantes com Ingo Sarlet (2018), ressalta-se que:

é possível afirmar que embora as dificuldades quanto à sua efetividade em termos práticos, o direito ao esquecimento pode e mesmo deve ser reconhecido, também no caso brasileiro, como um direito fundamental implícito e vinculado à proteção da dignidade humana e dos direitos de personalidade. Direito ao esquecimento que, para a internet, deve contemplar tanto um direito ao apagamento de dados quanto à desindexação no caso dos mecanismos de busca. (SARLET, 2018, p. 526).

A partir de todos esses apontamentos, discorda-se veementemente do entendimento brasileiro em conceder hierarquia apriorística ao direito à informação e à liberdade de expressão em face da proteção de dados. Não se pode presumir a prioridade sem a análise do caso concreto. Apesar de o decidido na ADPF 130, com prevalência do bloco das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional em face do bloco de conteúdo dos bens da personalidade: direito à imagem, honra, intimidade e vida privada, não há total prevalência e sim uma preferência, que a depender das balizas concretas podem ser revertidas. Não se admitem direitos fundamentais absolutos, todos são sujeitos a restrições e a limites. Ademais, o ordenamento é mutável para se evitar a fossilização, sendo assim, é totalmente possível modificações de entendimentos.

Há, em verdade, a necessidade de regular a autodeterminação dos usuários quanto aos dados que são colocados em rede. A memória incansável da internet pode ceder espaço ao direito dos indivíduos de escolherem a quais dados ela terá acesso para divulgação (autodeterminação informativa e direito de controle dos dados pessoais e seus acessos por terceiros). Afinal, a divulgação de fato e imagem alheia exigem autorização. Portanto,

defende-se que liberdade de expressão pode ser restringida se ela resultar em exposição/divulgação de fatos/dados de um indivíduo, que lhe causem prejuízos, abalando a honra, a imagem e a moral, quando não mais há interesse público na disseminação.

Defende-se a possibilidade de a autoridade nacional de proteção de dados brasileira, bem como os juízes e os desembargadores, determinarem a eliminação dos resultados, a serem encontrados pelos internautas, em outros sites da *web*, quando se procura o nome de uma pessoa em locais de pesquisa, mesmo sem a informação ter sido excluída daqueles sites. Ou seja, é possível exigir do operador de busca a supressão dos encontros presentes em outras páginas, ao se indicar o nome da pessoa. Ressalta-se que pouco importa se a informação é lícita e verdadeira, ou se será ou não apagada da página em que consta na *web*, porque, nos moldes da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE),

a inclusão na lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, de uma página *web* e das informações sobre essa pessoa nela contidas facilita sensivelmente a acessibilidade dessas informações a qualquer internauta que efetue uma pesquisa sobre a pessoa em causa e pode ter um papel decisivo na difusão das referidas informações, tal inclusão é suscetível de constituir uma ingerência mais importante no direito fundamental ao respeito pela vida privada da pessoa em causa do que a publicação pelo editor dessa página *web*. (EUROPA, 2014, p. 16).

No entanto, não é em toda e qualquer situação que esse direito deve ser assegurado; exige-se a comprovação do prejuízo ou a ofensa aos direitos de proteção dos seus dados, em nome do direito à vida privada, englobante do direito a ser esquecido. Os interesses da exclusão devem ser superiores à liberdade de informação. Também pode ser exemplo a impertinência da conservação passado determinado espaço de tempo, exceto em casos de objetivos científicos, culturais, históricos e estatísticos. Tal situação ocorre porque o decurso temporal pode fazer com que determinada informação, legítima e lícita, perca a necessidade e a relevância com o tempo decorrido.

A análise casuística deve ser feita para responder a seguinte situação: nos moldes do caso narrado, o requerente tem direito a obter à desassociação de seu nome da lista de resultados obtida em uma pesquisa? Trata-se do direito de exigir que seu nome deixe de estar à disposição do grande público. Nessa situação, não só a vantagem econômica do site

de buscas deve ser levada em consideração, mas também a vida pública do requerente. Caso seja uma pessoa notável e haja interesse histórico, cultural, estático ou científico, a ingerência em direitos fundamentais pode ser justificada. Caso contrário, deve-se adotar a autodeterminação no direcionamento dos dados.

Por fim, pode-se, ainda, questionar se mesmo com a tese de Repercussão Geral, fixada pelo STF no RE 1.010.606/RJ, é defensável o direito ao esquecimento ou direito a ser esquecido no direito digital brasileiro? Como questionado e analisado anteriormente, em que se buscou responder ao questionamento proposto (se seria possível, no direito digital brasileiro, que os provedores de busca fiquem impedidos de indexar informações prejudiciais ou que desejam ser esquecidas por determinadas pessoas, mas que estejam reveladas, lícitamente, em sites de terceiros), defende-se que sim, pois o caso tratado pelo STF não está relacionado com uma questão de direito digital *stricto sensu*, mas sim de um caso de liberdade de expressão e liberdade de informação correlata a um canal de TV, de veicular o caso supramencionado no programa televisivo denominado “Linha Direta”.

Ainda que estivesse relacionado, é oportuno considerar, conforme muito bem salientado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, relator do Recurso Especial 1.334.097<sup>9</sup>, a existência de excessos no exercício da liberdade de expressão e de informação, ofensivos a honra, imagem, privacidade e intimidade da pessoa, não deixaram de ser punidos com a fixação da tese de repercussão geral pelo STF. Ainda, para o Ministro o direito ao esquecimento se relaciona, não apenas com a memória, mas também com a esperança de se atingir a completa regenerabilidade para, a partir de um novo presente, construir o vínculo com o futuro.

Por fim, ressalta-se que o Direito não está restrito a lei. Existem outras órbitas em nosso ordenamento das quais são possíveis extrair direitos. Assim, ainda que inexistentes (não é o nosso caso) fundamentos legais para a aplicabilidade do direito ao esquecimento, isso não impede o reconhecimento interpretativo, ou melhor, a tutela pelo ordenamento jurídico, a partir de conceitos, valores e princípios. Inclusive, nosso

---

<sup>9</sup> Recomenda-se a leitura da notícia “Direito ao esquecimento: ministro do STJ vota para manter condenação da Globo”, publicado no site Jota. Cf. RIBAS, Mariana. Direito ao esquecimento: ministro do STJ vota para manter condenação da Globo. Jota, São Paulo, 03 ago. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/direito-ao-esquecimento-stj-tese-stf-liberdade-de-expressao-03082021>. Acesso em: 30 ago. 2021.

ordenamento é recheado de normas de caráter programático, as quais exigem a participação da jurisprudência para a sua efetivação.

## CONCLUSÃO

Na era digital da sociedade técnica, imersa na publicização e na disseminação veloz de informações, a privacidade, intimidade, honra, imagem e outros direitos da personalidade, bem como a autodeterminação informacional, para serem efetivamente protegidas, necessitam do reconhecimento do direito ao esquecimento, em sentido amplo, isto é, aquele que abrange além do direito a eliminação de dados/fatos (chamado de direito ao apagamento), o direito à desindexação (desvinculação do resultado de pesquisa nos sites de busca).

Nosso ordenamento convive com direitos que conflitam entre si, mas não são opostos. Como nenhum direito é absoluto, é totalmente possível o reconhecimento do direito ao esquecimento como um limite à liberdade de informação, pois não se pode ter a predeterminação de que a liberdade de expressão e de informação é primária e prevalecente. Não há resultado proclamado sem a análise casuística. Tanto o direito a ser esquecido quanto às liberdades são garantias que sempre deverão ser sopesadas e nunca já delimitadas.

Para tanto, enquanto não há o reconhecimento do direito a ser esquecido como um dos bens que integra o patrimônio individual da personalidade humana, defende-se a sua aplicação como um direito fundamental, como corolário da dignidade da pessoa humana (cláusula geral de tutela da pessoa humana) e do direito à autodeterminação, em todas as suas vertentes, conforme previsão no Marco Civil da Internet e na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Assim, no caso concreto, após as considerações sobre o nível de afetação dos direitos fundamentais a serem sopesados, é possível o prevalecimento do direito ao esquecimento, quando, dentre outras circunstâncias, interessar a ressocialização, o transcurso do tempo, a proteção à personalidade individual e a desimportância pública da informação, bem como o direito à autodeterminação informacional para reinvenção e recomeço da vida.

Tal fundamentação, mesmo depois da decisão do STF em sede de Repercussão Geral, é válida, pois entende-se que naquele caso não foi analisado o direito ao esquecimento no âmbito digital, nos moldes como

trabalhado no presente artigo, de modo a se reconhecer que, de tempos em tempos, os avanços técnicos desafiam outras e novas proposições para o direito, por isso o ordenamento jurídico brasileiro contempla, tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana, a existência de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Portanto, com base, principalmente, no julgado do TJUE, nos ditames constitucionais, nos argumentos deduzidos no voto minoritário do Ministro Edson Fachin, no Marco Civil da Internet e na Lei Geral de Proteção de Dados, defende-se o reconhecimento do direito a ser esquecido ou direito ao esquecimento no âmbito digital brasileiro, de modo que motores de buscas insertos e decorrentes da sociedade técnica e informacional devem zelar pela proteção dos dados e não infringir o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem e, ainda, o direito à esperança de reconstruções e recomeços para um futuro não vinculado ao passado.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARRIENTOS-PARRA, J. A Violação dos Direitos Fundamentais na Sociedade Técnica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, vol. 48, n. 189, p. 55-67, jan./mar. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496921/RIL189.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1940]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 26 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1941]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 26 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 17 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2018b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm#art65](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm#art65). Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Boletim de Jurisprudência Internacional: Direito ao Esquecimento.** 5 ed. [S. l.], dezembro de 2018 [2018a]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/BJI5DIREITOAUESQUECIMENTO.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1316921/RJ.** Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Maria da Graça Xuxa Meneghel. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 26 de junho de 2012 [2012]. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/02/STJ-REsp-1316921.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ.** Recorrente: Yahoo! do Brasil Internet Ltda. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: DPN. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 08 de maio de 2018 [2018c]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923405/recurso-especial-resp-1660168-rj-2014-0291777-1/inteiro-teor-595923409>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ.** Recorrente: Nelson Curi e outro(a/s). Recorrido: Globo Comunicação e participações S/A. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 de fevereiro de 2021 [2021a]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 14 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **STF conclui que direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal.** Publicada em: 11 de fevereiro de 2021 [2021b]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460414&ori=1>. Acesso em: 19 de jul. de 2021.

CAMARGO, C. A. A.; CHEVTCHUK, L. Reflexões sobre o direito ao esquecimento na internet. **Migalhas**, [s. l.], 12 jun. 2015. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/direito-digital/221750/reflexoes-sobre-o-direito-ao-esquecimento-na-internet>. Acesso em: 14 fev. 2021.

COSTA, A. B. N. Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital. In: SCHREIBER, A. (coord.). **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013.

JUDICIÁRIO pode determinar que provedor de buscas da internet não exiba determinados resultados desabonadores que apareceriam normalmente quando se pesquisa o nome de uma pessoa? **Dizer Direito**, [S. l.], 15 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/09/judiciario-pode-determinar-que-provedor.html>. Acesso em: 21 dez. 2022.

ELLUL, J. **A Técnica e o Desafio do Século**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

ELLUL, J. **Le Système technicien**. Paris: Le cherche midi, 2004.

EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça Europeu. **Processo C-131/12**. 13 maio 2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5429c0e0ec4af407681ecfaa82e59b9aa>. Acesso em: 20 maio 2021.

FERRIANI, L. P. A. **O direito ao esquecimento como direito da personalidade**. 2016. 245 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

FIORILLO, C. A. P.; FERREIRA, R. M. Os fatos notórios em face das lides vinculadas ao meio ambiente digital na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais Online**, [s. l.], v. 310, p. 205-236, dez. 2020.

FRITZ, K. N. Direito ao esquecimento não é absoluto, diz Bundesgerichtshof. **Migalhas**, [s. l.], 11 nov. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/german-report/336206/direito-ao-esquecimento-nao-e-absoluto--diz-bundesgerichtshof>. Acesso em: 15 de fev. 2021.

MACHADO, J. E. M. O direito ao esquecimento e os direitos da personalidade. In: GUERRA, A. D. M. **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do direito civil codificado no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, p. 245-284, 2018. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Publicacoes/ObrasJuridica/55393?pagina=1>. Acesso 21 dez. 2022.

MARTINI, S. R.; BERGSTEIN, L. Aproximações entre o direito ao esquecimento e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Revista Científica Disruptiva**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 160-176, 2019.

MARTINS, G. M. Direito ao Esquecimento na Era da Memória e da Tecnologia. **Revista dos Tribunais**, [s. l.], v. 1019, p. 109-153, set. 2020.

MEDEIROS, C. H. G. O Direito ao esquecimento na atual era digital. In: CAMARGO, C. A.; SANTOS, C. (coord.). **Direito digital: novas teses jurídicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 41- 63, 2018.

RIBAS, M. Direito ao esquecimento: ministro do STJ vota para manter condenação da Globo. **Jota**, São Paulo, 3 ago. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/direito-ao-esquecimento-stj-tese-stf-liberdade-de-expressao-03082021>. Acesso em: 30 ago. 2021.

SARLET, I. W. Proteção da personalidade no ambiente digital: uma análise à luz do caso do assim chamado direito ao esquecimento no Brasil. **Revista Espaço Jurídico - Journal of Law (EJLL)**, Joaçaba, v. 19, n. 2, p. 491-530, maio/ago. 2018.

SARMENTO, D. Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira, parecer consultivo. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [s. l.], v. 7, p. 190-232, jan./mar. 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/76/70>. Acesso em: 6 fev. 2021.

SINGER, R.; BECK, B. O “direito ao esquecimento” na internet: significado, efeitos e avaliação da “sentença Google” do Tribunal Europeu de 13 de maio de 2014. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, a. 12, n. 39, p. 19-46, jul./dez. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

**LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA  
CIDADANIA**



# DESENVOLVIMENTO LOCAL COMO LIBERDADE E FOCO NOS ATORES: FERRAMENTA DE ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MUNICÍPIOS BRASILEIROS

## *LOCAL DEVELOPMENT AS FREEDOM AND FOCUS ON ACTORS: A PUBLIC POLICY ANALYSIS TOOL FOR BRAZILIAN MUNICIPALITIES*

Regina Claudia Laisner\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 O significado do desenvolvimento como liberdade e as liberdades instrumentais como referência da análise de políticas públicas. 3 A referência das liberdades instrumentais integrada aos atores como foco. 4 Considerações finais.

**RESUMO:** Este artigo se insere na perspectiva da qualidade das políticas sociais no Brasil, vinculada a visões alternativas de desenvolvimento, tendo como referência o conceito de desenvolvimento como liberdade, nos termos de Amartya Sen (2000), de modo a contribuir com a apresentação de uma proposta de análise de políticas públicas. A ferramenta apresentada busca ser capaz de observar as potencialidades de políticas públicas que expandam as capacidades da população na prática de determinadas liberdades instrumentais, articuladas ao uso dos eixos indicados pelo modelo de Subirats et al (2008): os diversos atores envolvidos, seus recursos e o marco institucional no qual atuam. Seu objetivo é apresentar um modelo que permita estudar empiricamente diversas políticas públicas em curso, assim como sirva de suporte teórico para pensar a formulação, implementação ou avaliação de novas políticas, com destaque para o caso das realidades locais dos municípios brasileiros.

**Palavras-chave:** desenvolvimento como liberdade; atores; análise de políticas públicas; municípios.

**ABSTRACT:** *This article is affiliated with the perspective of the quality of social policies in Brazil, which relates to alternative visions of development, having as a reference the concept of development as freedom, in the terms of Amartya Sen (2000), in order to contribute with the presentation of a proposal of public policy analysis. The presented tool seeks to be able to observe the potential of public policies that expand the population's ability to exercise certain instrumental freedoms, articulated to the use of the axes indicated by the model of Subirats et al (2008): the various parts involved, their resources and the institutional framework in which to tolerate. The objective is to*

\* Professora no curso de Relações Internacionais, no Programa de Pós-Graduação em Direito, na linha Direito, Sociedade e Políticas Públicas e co-coordenadora do Núcleo de Estudos de Políticas Públicas “Elza de Andrade Oliveira” (NEPPs) na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. E-mail: regina.laisner@unesp.br.

Artigo recebido em 04/04/2023 e aceito em 04/04/2023.

**Como citar:** LAISNER, Regina Claudia. Desenvolvimento local como liberdade e foco nos atores: ferramenta de análise de políticas públicas para municípios brasileiros. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 41, p. 217, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

*present a model that allows the empirical study of several public policies in progress, as well as serving as a theoretical support to think about the formulation, implementation or evaluation of new policies, with emphasis on the case of the local realities of Brazilian municipalities.*

**Keywords:** *development as freedom. parts. public policy analysis. municipalities.*

## INTRODUÇÃO

A grave questão social brasileira gerou grande debate sobre os rumos das políticas públicas no país, que desde a segunda metade dos anos 1990, vem demonstrando a necessidade de superar uma pobreza que não somente se deixa notar pela insuficiência ou ausência de renda, mas que se faz presente, como afirma Lena Lavinias, quando não se tem acesso às condições mínimas de vida, o que destitui a pessoa de “[...] princípios elementares constitutivos da cidadania, do direito a uma alimentação saudável e suficiente, do direito a vestir-se e a morar apropriadamente, do direito a ter oportunidades e poder escolhê-las ” (LAVINAS, 1996, p. 466).

O debate desde então só se ampliou e ganhou novos contornos considerando que mesmo que, em geral, nas últimas décadas, a estruturação e a formalização de políticas públicas na área social no Brasil tenha avançado, há um nítido descompasso entre a necessidade e a oferta destas políticas para podermos falar do alcance dos patamares mínimos de cidadania no país. Descompasso que se reflete em questões de ordem quantitativa, em relação à abrangência da cobertura das políticas sociais, mas, sobretudo, em questões de caráter qualitativo, vinculadas à sua capacidade de efetivação dos direitos sociais.

No que corresponde à questão da qualidade das políticas públicas para o enfrentamento das questões sociais, um tema que ganha cada vez mais relevância é o tema do desenvolvimento. O desenvolvimento, pensado a partir de uma perspectiva emancipatória, na qual os indivíduos possam superar a situação de pobreza, muito além da mera perspectiva de renda, para usufruir de seus direitos, expandindo-os como cidadãos, qualifica a análise dos rumos e limites das políticas sociais.

É justamente na perspectiva da qualidade das políticas sociais no Brasil, vinculada a visões alternativas de desenvolvimento, que este texto se insere, tendo como referência o conceito de desenvolvimento como liberdade, nos termos de Amartya Sen (2000), de modo a contribuir com a apresentação de uma proposta de análise de políticas públicas.

A análise de políticas públicas tem como objetivo central gerar e sistematizar informações necessárias para a produção de políticas públicas

com maior capacidade de resolução dos problemas públicos. Este sentido propositivo do termo está embasado na literatura internacional que prevê a atribuição prática deste de tipo de análise. (SECCHI, 2017).

Nesta perspectiva, a ferramenta apresentada busca ser capaz de observar as potencialidades de políticas públicas que expandam as capacidades da população na prática de determinadas liberdades instrumentais – liberdades estas consideradas meios fundamentais para a promoção do desenvolvimento como liberdade, assim como contribuir para a sua implementação. Nela, como seu complemento, propõe-se o uso dos eixos indicados pelo modelo de Subirats et al (2008): os diversos atores envolvidos, seus recursos e o marco institucional no qual atuam - três elementos chave, presentes em todas as políticas públicas, ao longo de toda a sua trajetória. Este modelo, baseado nas experiências políticas e administrativas de alguns países de referência na Europa, com destaque para a Suíça, França e Espanha, se apresenta como um esquema analítico que permite estudar empiricamente diversas políticas públicas em curso, assim como serve de suporte teórico para pensar a formulação, implementação ou avaliação de novas políticas.

Tal proposta perfaz iniciativa de extrema importância para se pensar a realidade nacional, mas também cabe espaço à consideração de questões locais. Não se pode deixar de salientar que refletir acerca das políticas públicas, em qualquer dimensão, ainda que de escopo ou âmbito de aplicação mais gerais, deve ser um exercício que leva em consideração o reconhecimento das realidades locais. E no que tange ao debate do desenvolvimento local, as discussões sobre as suas potencialidades e, ao mesmo tempo, suas dificuldades, estão presentes há muito tempo nos círculos acadêmicos de produção do conhecimento e no âmbito das iniciativas governamentais de políticas públicas, acerca dos municípios brasileiros que, longe de configurarem o desenvolvimento desejável e acessível a todos os seus moradores, ou pelo menos para a sua grande maioria, se constituem em realidades que precisam urgentemente ser transformadas.

Com vistas a apresentar uma contribuição neste sentido, este artigo, combina, portanto, a referência do desenvolvimento local como liberdade e suas respectivas liberdades instrumentais, apresentada e definida a seguir, com o modelo proposto por Subirats et al (2008), que será apresentado e descrito, na sequência, com o propósito de propor uma ferramenta de análise de políticas públicas para municípios brasileiros.

# 1 O SIGNIFICADO DO DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE E AS LIBERDADES INSTRUMENTAIS COMO REFERÊNCIA DA ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Há que se considerar que há uma recorrente confusão entre crescimento econômico e desenvolvimento, quando o debate se dedica a esta questão. O crescimento econômico é geralmente tratado como o produto proveniente da interação dos fatores de produção, sendo que o resultado derivado desta combinação mensura o conjunto de riquezas produzidas e que serão usufruídas pela população de uma dada localidade. Ou seja, compreende a expansão do produto real de um dado lugar, em determinado período de tempo. Já o conceito de desenvolvimento considera o crescimento uma de suas condições indispensáveis, mas não suficientes.

A contribuição de Amartya Sen (2000), expande a compreensão que se tem sobre desenvolvimento. Para o autor, para além do acesso a bens materiais, o desenvolvimento deve considerar a manutenção e expansão de direitos civis, políticos e sociais básicos, incluindo capacidades elementares como, por exemplo, ter “[...] condição de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez evitável e a morte prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão” (SEN, 2000, p. 52).

Com tal concepção, percebe-se o quanto se amplia o conceito de desenvolvimento, interferindo não somente nas condições presentes da população e nas necessidades mais prementes, como em hierarquias superiores de desejos ou necessidades no futuro. Ela contempla, então, não somente as benesses do crescimento econômico como as expande para além da consideração de um simples dado quantitativo, incorporando a noção de “desenvolvimento como liberdade”, “[...] um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam” (SEN, 2000, p. 17).

Em seu livro “Desenvolvimento como Liberdade”, Sen nos coloca como uma de suas ideias centrais, a complementaridade existente entre as condições sociais e a “condição de agente individual”, o que significa dizer que é preciso verificar o alcance da liberdade individual em um determinado contexto. Decorre daí sua noção de desenvolvimento que: “[...] consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente”. (SEN, 2000, p. 10)

Assim, de acordo com o autor, desenvolver qualquer localidade, em qualquer extensão, significa expandir as capacidades das pessoas para

que elas levem o tipo de vida que valorizam (SEN, 2000). Isso é possível se a liberdade for o fim primordial e o meio principal, para que com o tempo, o indivíduo seja capaz de assumir a condição de agente na política, na sociedade, na cultura e na economia.

Pensando na liberdade como meio e não somente como fim o autor considera que cinco tipos de liberdades instrumentais são necessárias para o alcance desta liberdade mais global: (1) liberdades políticas, consideradas como os direitos políticos em forma de liberdade de expressão e eleições livres; (2) facilidades econômicas, referidas às oportunidades que os indivíduos têm para utilizar recursos, econômicos com propósitos de consumo, produção ou troca; (3) oportunidades sociais, nas áreas da educação, saúde, etc., que influenciam a liberdade de o indivíduo ter uma vida melhor e assumir a condição de agente; (4) garantias de transparência, concebidas na sua relação com a necessidade de confiança para a vida em coletividade, como por exemplo, a diminuição da corrupção em uma sociedade; (5) segurança protetora, que proporciona uma rede de segurança social à população de liberdades substanciais, como não permitir que um indivíduo atinja a miséria (SEN, 2000).

Sen, ao abordar o desenvolvimento a partir destas liberdades, o relaciona fortemente com a democracia. Para ele, a ausência de democracia prejudica as possibilidades de condução da própria vida, uma vez que a população tem negadas as oportunidades de participar das decisões públicas que interferem em sua própria vida. “Com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem efetivamente moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros” (SEN, 2000, p. 26). Não devem ser considerados como “beneficiários passivos” dos programas para o desenvolvimento. “Existe, de fato, uma sólida base racional para reconhecermos o papel positivo da condição de agente livre e sustentável – e até mesmo o papel positivo da impaciência construtiva.” (SEN, 2000, p. 26).

A partir da compreensão desta relação é que entendemos o significado da primeira liberdade proposta, vinculada às liberdades políticas, os direitos civis e políticos que se articulam diretamente às democracias, na medida em que os cidadãos nesse sistema de governo podem determinar quem deve governar, fundamentalmente, através do voto e da fiscalização e controle das autoridades eleitas.

Também diretamente vinculada ao debate da democracia, desde um ponto de vista político, encontra-se a quarta liberdade proposta por Sen, relativa às garantias de transparência que, a propósito, guarda fortes

relações com o controle da representação e sua confiabilidade. Nas palavras de Sen este tema refere-se “[à] liberdade de lidar uns com os outros sob garantia de dessegredo e clareza. Quando essa confiança é violada, as vidas de numerosas pessoas – tanto as envolvidas diretamente, como terceiros – podem ser afetadas negativamente” (SEN, 2000, p. 221) – e isso certamente refere-se não somente, mas prioritariamente aos representantes eleitos. Assim, compreende-se, nos termos do autor, a necessidade de ampliar os instrumentos de *accountability*, na linha de tantos autores que fazem a defesa de ferramentas capazes de garantir a prestação de contas por parte das lideranças representativas, nas várias esferas federativas, sempre atreladas à consequente responsabilização pelo sistema democrático (SOARES, 2014).

As garantias de transparência, ainda segundo Sen, têm um claro papel instrumental como inibidoras da corrupção, da irresponsabilidade financeira e de transações ilícitas. Dessa maneira, seu acompanhamento possibilita, em nível municipal, assegurar não só a rigidez fiscal dos órgãos públicos, como o combate aos crimes contra as finanças públicas, e, também, a perpetuação de um tecido social estável, necessário para manter as estruturas responsáveis por irradiar garantias básicas no plano social do município, gerando confiança por parte da população em suas instituições.

Consideradas as afirmações extremamente valiosas de Sen acerca da democracia e suas contribuições para o desenvolvimento a partir das liberdades políticas e das garantias de transparência, cumpre pontuar que a sua definição deste sistema político se restringe a uma interpretação representativa, tradicionalmente atrelada ao modelo sufragista como mecanismo fundamental de participação política.

No que subjaz um modelo vinculado à lógica da cidadania, os atuais contornos da democracia e suas efetivas possibilidades tem exigido uma perspectiva que se alinha cada vez mais fortemente ao mecanismo da participação não circunscrita aos dispositivos disponíveis de representação e oposição previstos pelo autor e tantos outros autores liberais. Para além do seu modelo tradicional, quando nos referimos à relevância da participação estamos recuperando a proposição que sustenta, como adequadamente aponta Lüchman (2015), os *déficits* da representação em cumprir o requisito democrático da inclusão política, demonstrando a pluralização de espaços e atores que reclamam a sua inserção diante da sociedade e das instituições políticas tradicionais. Nestes termos, consideramos a participação fundamental para pensar as políticas públicas enquanto mecanismos de

efetivação das liberdades de modo a garantir que as agendas incluam aquilo que é prioridade social, além de facilitar e garantir a discussão desses temas. Portanto, a participação da população, em todos os níveis da federação, é considerada, dentro do escopo deste trabalho, condição *sine qua non* para que isso ocorra e, conseqüentemente, o desenvolvimento local torne-se mais plausível. Trata-se de “[...] reconhecer que mecanismos de participação podem tornar-se complementares nos processos decisórios, uma vez que podem alterar, qualitativamente, a alocação dos recursos e atuar como mecanismos de aperfeiçoamento democrático, como ponto e não contraponto da representação”. (LAISNER, 2009, p. 33)

Ao relacionar desenvolvimento com democracia, o autor constata que não somente as liberdades políticas são relevantes: há uma série de outras liberdades que lhe são correlacionadas. Deste modo, no que se refere às facilidades econômicas, o segundo tipo de liberdade instrumental indicada por Sen, o autor conclui que a sua inexistência conduz à privação de outras liberdades e na situação de pobreza extrema “[...] pode tornar a pessoa uma presa indefesa na violação de outros tipos de liberdade” (SEN, 200, p. 23), afastando-a de liberdade social ou mesmo política. Facilidades estas que se referem desde às oportunidades individuais de consumo, produção e troca, à participação na aquisição daquilo que é gerado em termos de riqueza econômica coletiva, seja na forma de renda ou de benefícios sociais, ou ainda pela disponibilidade de financiamento e o acesso a ele. Não foge ao autor, do ponto de vista da riqueza econômica coletiva e sua respectiva distribuição, o problema da concentração de renda nas sociedades atuais ao afirmar que, “[...] na relação entre renda e a riqueza nacional, de um lado, e, de outro, os intitulentos econômicos dos indivíduos (ou famílias), as considerações distributivas são importantes em adição às agregativas” (SEN, 2000, p. 55-56). Assim que, afirma veementemente: “O modo como as rendas adicionais geradas são distribuídas claramente fará diferença” (SEN, 2000, p. 55-56).

Da mesma forma, articuladas às facilidades econômicas encontram-se as oportunidades sociais, nas diversas áreas, com destaque para a área de saúde e educação. Estas oportunidades influenciam a liberdade do indivíduo ter uma vida melhor, assumindo seus próprios rumos. São elas as responsáveis por eliminar os maiores gargalos sociais, garantindo os serviços essenciais ao desenvolvimento substantivo dos indivíduos. “Além disso, muitas pessoas têm pouco acesso a serviços de saúde, saneamento básico ou água tratada, e passam a vida lutando contra a

morbidez desnecessária com frequência sucumbindo à morte prematura”. (SEN, 2000, p. 29).

E aqui cumpre salientar, tal como comenta Pansieri (2020), Sen considera relevante o investimento público, a partir de um Estado provedor de políticas públicas, que não necessariamente seja rico, mas comprometido com as questões em pauta.

Em contrapartida à pobreza de Kerala, Sen lembra o caso do Reino Unido que atualmente possui altos índices de educação básica e um sistema de saúde pública que se tornou modelo. Em ambos os casos, o aparente êxito foi construído pelo financiamento público a partir de programas sociais especialmente pensados para atacar tais problemas. Contudo, tais investimentos não ocorreram de modo uniforme ao longo do século XX: no limiar do século, os britânicos, a despeito de serem uma das principais economias do planeta, apresentavam uma expectativa de vida ao nascer consideravelmente inferior a países com renda menor. O custeio dos programas sociais foi substancialmente maior durante os períodos das duas guerras mundiais, períodos em que a expansão do Produto Interno Bruto foi inexpressiva. (PANSIERI, 2020, p. 229)

O mesmo comentador nos recorda de como Sen dá o exemplo do analfabetismo para demonstrar a importância das oportunidades sociais no provimento da qualidade de vida das pessoas, em que a falta de acesso à escolarização cria uma dupla impossibilidade: econômica, que limita o processo de qualificação para o trabalho, além de tornar-se obstáculo à participação política, inviabilizando a busca por informação (PANSIERI, 2020).

Por último, das liberdades propostas por Sen, a segurança protetora interliga-se à rede de segurança social que deve ser construída de maneira a mitigar as consequências nocivas da ausência de bens materiais e outras formas de proteção. Esta segurança inclui tanto uma perspectiva de assistência social de longo prazo, por meio de políticas públicas contínuas combinadas, como previdência social, auxílio desemprego, assistência aos mais pobres, idosos, deficientes físicos e mentais, entre outras, a medidas de emergência, que possam proteger as pessoas mais vulneráveis nas crises inesperadas como situações de calamidade pública, crises de fome, graves situações ambientais e demais estados de exceção como a atual pandemia.

Estas liberdades instrumentais, tomadas de forma inter-relacional, como meio e fim para a liberdade, em um sentido mais amplo, podem e devem ser pensadas como referências para a análise e construção de

políticas públicas para que de fato o desenvolvimento possa se estabelecer, como afirma o próprio autor. Ao constituir-se enquanto tais, no nível local, podemos ter as garantias de que tais liberdades estão sendo consideradas, tornadas lei e efetivamente contribuindo para o desenvolvimento substantivo.

## **2 A REFERÊNCIA DAS LIBERDADES INSTRUMENTAIS INTEGRADA AOS ATORES COMO FOCO**

As liberdades instrumentais como garantias do desenvolvimento local constituem categorias potentes de análise das políticas públicas. Porém, isoladamente, não permitiriam uma análise ainda mais potente, desde uma perspectiva de políticas públicas compreendida de forma menos vertical do “Estado em ação”. Tal perspectiva remete a um debate que, certamente, envolve o Estado e sua ação, mas em uma rede complexa, de interconexões com a sociedade e seus vários atores. Assim, de forma complementar às liberdades instrumentais como referência para a análise de políticas dos municípios brasileiros, propõe-se, neste trabalho, tomar em consideração o modelo de Subirats et al (2008).

La idea es que el punto de partida de todo análisis empírico es la actividad cotidiana de las administraciones públicas y el estudio de los servicios que generan, lo cual permite situar a los actores públicos en un tiempo y un espacio determinados y analizar la acción pública en ese contexto. De hecho, buscamos identificar los espacios de contacto entre el Estado (o de manera más amplia los actores públicos) y la sociedad civil. (SUBIRATS et al, 2008, p. 11)

De maneira a transcender os marcos tradicionais de análise de políticas públicas, os autores entendem que

[...] que este tipo de análisis permite ir allá de una perspectiva utilitarista según la cual el Estado, sus instituciones y sus políticas públicas están en mutación permanente, y pueden analizarse solamente caso a caso, en función de sus finalidades de cada momento. Al reconstruir un discurso analítico en el que se busca al ‘Estado en concreto’, el análisis de políticas públicas pretende identificar ciertos fenómenos que se manifiestan de manera recurrente en las interacciones entre actores públicos e privados. (SUBIRATS et al, 2008, p. 11)

O modelo de Subirats et al (2008), propõe analisar as políticas públicas a partir de três elementos chave, fundamentais em todas as

políticas públicas, a qualquer momento: atores, seus recursos e o marco institucional no qual atuam. Para os autores, focar nos atores, públicos e privados, dentro de um setor específico, a partir dos recursos que utilizam, assim como as instituições que regulamentam suas ações, permite uma compreensão mais ampla das condutas individuais e coletivas e seus resultados, tanto no nível da própria sociedade civil, como no nível político-administrativo. (SUBIRATS et al, 2008).

O primeiro elemento chave, referido aos atores, se diferenciam, inicialmente, de acordo com Subirats et al (2008) entre *atores públicos* e *não públicos*. Os atores públicos, ou seja, atores políticos administrativos, são estruturados por regras de direito e processos administrativos que regem suas competências, mas não exclusivamente, pois existem regras institucionais mais informais que são implicadas na elaboração e execução de uma política pública e que precisam ser consideradas. Por isso faz-se necessário analisar o complexo acordo político-administrativo que se dá por detrás da construção e execução de uma política.

Os atores não públicos participam também da construção e estruturação do espaço da política pública, sem que tenham controle direto sobre ele. Os autores consideram que os atores implicados em uma política pública são os que pertencem às esferas que denominam de socioeconômica e sociocultural. Estas esferas, profundamente dinâmicas e com fronteiras muito tênues compõem o espaço da política. Não se trata de um espaço neutro, pois fortemente vinculado à própria lógica do Estado de Direito em questão, com suas leis, regras e convenções. Seus atores, de acordo com Subirats et al (2008) podem se dividir entre: grupos-objetivo, beneficiários finais e grupos terceiros.

Os grupos-objetivo são compostos por pessoas e organizações que agrupam pessoas cuja atuação se considera causa direta do objetivo da política, considerando um problema público. No caso de uma política ambiental, por exemplo, os grupos objetivo são os poluidores ou contaminadores do meio ambiente, como indústrias, agricultores, etc. Os beneficiários finais compreendem as pessoas ou organizações a quem o problema coletivo afeta diretamente. Por último, os grupos terceiros incluem o conjunto de pessoas ou organizações não diretamente vinculados aos efeitos da política, mas que podem ser afetados por ela, positiva ou negativamente, de forma mais ou menos permanente.

O “jogo” que se estabelece entre os atores e seus resultados, em constante processo de negociação e adaptação, depende não somente

dos seus interesses, mas também dos recursos que conseguem mobilizar para defender suas posições e colocá-las em prática ou não. E antes de prosseguir com o segundo elemento chave de análise que são os recursos, cabe ressaltar que nem sempre, para os autores, os atores públicos necessariamente defendem interesses de mesmo caráter e vice-versa.

Tradicionalmente considera-se como principais recursos dos atores as bases legais e recursos econômicos. Mas, pesquisas mais recentes, têm apontado um conjunto muito maior de recursos tais como informações, formas de organização, infraestrutura pública, tempo, etc. Deste modo, considera-se que os vários recursos, em suas várias combinações, podem influenciar os diferentes atores e sua capacidade de intervenção nas políticas públicas. Ademais, o peso de cada recurso depende também do contexto, do caso de cada política, entre outros fatores. Por isso, a análise destes vários recursos faz-se fundamental, em uma perspectiva balizada no tempo e no espaço.

Conforme afirmam Subirats et al (2008), baseados em uma síntese da literatura, em total acordo com este debate, há que se propor, para a análise empírica mais completa *dez recursos* que os atores públicos e privados produzem e mobilizam durante os processos de formulação e execução de políticas públicas. São eles: 1) o direito ou “recursos jurídicos”, como fonte de legitimação da ação pública; 2) questão pessoal ou “recursos humanos”, que se dá em função das capacidades de recrutamento e de formação que possuem os diversos atores; 3) o dinheiro ou “recursos econômicos”, impossível de ser retirado de qualquer composição de políticas públicas, não somente de caráter distributivo, redistributivo, mas de qualquer ordem, na perspectiva de sua concretização; 4) a questão da informação ou “recursos cognitivos” que, em geral, são escassos e divididos de forma bastante desigual, ao mesmo tempo que indispensáveis para a compreensão do problema público, sua possível solução e monitoramento; 5) o tema da organização ou “recursos relacionais” ou “interativos”, construídos a partir da qualidade dos atores envolvidos, da sua organização e da rede de interações que se estabelece; 6) o aspecto do consenso ou “recursos de confiança” que se relaciona com o que os atores dispõem ou podem dispor de acordo com cada circunstância: ausência ou não de conflitos, assim como níveis deste aspecto; 7) o tempo ou “recursos cronológicos” como uma espécie de “pressuposto temporal” que pode ser favorável ou não de acordo com o contexto; 8) as infraestruturas ou “recursos patrimoniais” que engloba bens de caráter diverso que os atores possam ter acesso, tais

como prédios históricos, administrativos, culturais, uma estrada, um rio, etc., que podem ser muito úteis em termos de logística, administração de um serviço e de comunicação; 9) o apoio político ou “recursos de maioria” que se referem à construção de maiorias, em vários contextos, necessárias ou recomendáveis para a construção de uma bases de sustentação na provação e encaminhamento de políticas em democracia, e, por fim, 10) o mecanismo da força ou o “recurso violência”, elemento bastante complexo se desvinculado de uma maioria nas democracias, mas primordial no que concerne às políticas, como coação legítima para a sua sustentação.

Além dos recursos disponíveis aos atores há que se considerar como terceiro elemento chave da análise os obstáculos e oportunidades advindas das regras institucionais vigentes.

O modelo de Subirats et al (2008), apresenta uma proposta de como operacionalizar a análise empírica de um contexto específico, ou de um conjunto de políticas a ele referido a partir destas regras. Para isso os autores buscam fazer uma síntese da literatura que vai do institucionalismo ao neoinstitucionalismo, de modo a refletir como se dão as mudanças no nível institucional e como elas impactam os atores envolvidos na construção e implementação das políticas públicas. Nela chegam à seguinte equação: uma combinação de duas perspectivas sendo a primeira embasada na ideia de hierarquia de normas e instituições (inspirada nas ciências jurídicas e administrativas), e a segunda relacionada aos diversos tipos de regras que os atores negociam entre si, muitas vezes de forma voluntária para administrar suas interações (inspirada na nova economia institucional).

Assim, para os autores, as regras institucionais se definem como as regras que um conjunto de atores desenvolve e aplica em torno do universo das políticas públicas – “regras de uso”, como salientam, que têm a ver com a prática destes atores no que se relaciona a esta questão.

E, a seguir, três categorias são apresentadas para a classificação das regras institucionais: 1) as regras que fixam o acesso aos vários recursos já apresentados tais como leis, decretos e acordos administrativos, ordens de implementação e diretrizes administrativas, nos vários níveis institucionais, quais sejam, nacional, estadual e municipal, no caso brasileiro; 2) as regras que fixam as competências e a natureza das interações concretas entre os atores públicos e privados, que por reunir diversos tipos de atores, advindos de diferentes instituições, envolve *dimensões internas*: a) a quantidade e tipo de atores (mono ou plural); b) o grau de coordenação horizontal (integrado *versus* fragmentado); c)

o grau de coordenação vertical (integrado *versus* atomizado); d) o grau de centralização dos atores-chave (centralizado *versus* burocrático) e e) o grau de politização (politizado *versus* burocratizado), assim como *dimensões externas*: a) o contexto em que se inserem as demais políticas públicas (homogeneidade *versus* heterogeneidade); b) o grau de abertura do acordo político-administrativo (abertos *versus* fechados); e, por fim, 3) as regras que fixam as condutas individuais que se vinculam às inter-relações e coalizões potenciais entre os atores, tendo como referência central os grupos-objetivos analisando: a) das relações bilaterais entre a administração e os grupos-objetivo à inclusão de outras partes envolvidas; b) as relações de poder no interior dos grupo-objetivo em termos de competência e autovigilância (mecanismos de autocontrole) e c) relações conflitivas entre os grupo-objetivo e os beneficiários finais, do conflito arbitrado pelo Estado às soluções contratuais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto da gestão pública pós-redemocratização, as propostas e estímulos desenvolvidos em nível federal buscaram o envolvimento dos diferentes entes federativos em relação aos meios de organizar e gerir o desenvolvimento no país. Desta forma, buscou-se o empoderamento dos gestores públicos de esferas estaduais e municipais para a consolidação de um processo de comprometimento e responsabilização conjunto para a pactuação da gestão deste processo.

No que diz respeito aos municípios este contexto, desde então, tem demandado ações mais fundamentadas com bases e justificativas mais sólidas para a proposição e realização das ações, programas e políticas voltadas para o desenvolvimento. A partir desta percepção da realidade, faz-se necessário que os municípios participem de forma mais atuante da gestão do desenvolvimento, construindo e aplicando novas ferramentas e métodos de análises, capazes de lidar com a complexidade das realidades locais.

O modelo de análise de políticas públicas para municípios brasileiros, proposto neste trabalho, baseado no desenvolvimento como liberdade, e de forma operacional tomando-se em consideração as suas respectivas liberdades instrumentais, combinado com o foco de análise nos atores, seus recursos e marco institucional donde operam, busca apresentar-se como uma ferramenta nesta direção.

Seu ponto de partida, como visto, articula-se a uma definição de desenvolvimento que, para além da perspectiva tradicional de crescimento se vincula à capacidade de seus agentes de desfrutarem a vida que desejam. O que está em jogo nesta definição é a possibilidade dos indivíduos terem as condições sociais necessárias para o florescimento de seu potencial enquanto tais. E, nesta direção, as liberdades instrumentais apresentadas por ele perfazem um rol de meios fundamentais para que este objetivo seja alcançado. Assim que as políticas públicas em curso ou a serem executadas devem necessariamente levá-las em consideração de modo a que, de fato, o desenvolvimento local torne-se possível.

Mas não se trata de um processo passivo dos indivíduos em relação ao Estado promotor de políticas públicas. Por isso, a condição de agente é o elo que conecta a liberdade individual às demandas sociais para Sen que prevê a possibilidade destes agentes de alocar novos temas na agenda do Estado, diminuindo as restrições do desenvolvimento, permitindo-lhes liberdade de escolha e tomando posse integral desta condição.

Buscando aprofundar as próprias proposições de Sen, na direção de um modelo operacional complementar ao das liberdades como referência, e mais diretamente focado nas políticas públicas como um conjunto de decisões e ações resultantes das relações estruturadas entre os diferentes atores, é que agregamos o modelo de Subirats et al (2008). Este modelo que incorpora atores, seus recursos e seu marco institucional para a análise das políticas públicas, tal como anteriormente descrito, além de constituir-se bastante apropriado para uma análise mais ampla, dinâmica e concreta das políticas públicas municipais, focada na atividade cotidiana da administração pública do município, relaciona-se muito proficuamente com a leitura do desenvolvimento de Sen e suas liberdades, na perspectiva das demandas dos vários atores envolvidos nas políticas públicas. Ademais, coaduna diretamente com a defesa da lógica participativa, como complemento da representação, no sentido da ampliação do espaço para estas demandas e suas respectivas disputas, afinando-se não somente às contribuições de Sen, trazidas para este trabalho, mas também em relação aos seus elementos adicionais, apresentados no corpo do trabalho.

Em síntese, este artigo, retomando o debate posto no seu início, teve como propósito apresentar uma ferramenta de análise de políticas públicas que possa contribuir com o debate acerca da qualidade das políticas públicas no Brasil, em particular, na esfera local, com vistas ao seu desenvolvimento. Uma ferramenta que seja efetivamente potente do ponto

de vista da resolução das mazelas sociais das várias realidades locais, capaz de fazê-lo dando espaço e voz aos seus diferentes atores participantes do processo político de modo a efetivar seus direitos de cidadania. E seu êxito, contribui para a própria democracia, tal como salienta Dowbor (2016), uma vez que a gestão pública, reforçada pela lógica do poder local, cria um planejamento descentralizado, com equilíbrios mais democráticos frente às oligarquias centrais e transnacionais, colocando-se como relevante ferramenta de democracia. Ferramenta que, de acordo com o mesmo autor ganha ainda mais força com a participação da comunidade, tal como buscamos demonstrar.

A participação da comunidade implica uma transformação da cultura administrativa, e um processo sistemático e trabalhoso. Em outros termos, a capacidade de descentralização se desenvolve progressivamente, e as exigências devem corresponder à capacidade real de execução. A inutilidade dos planos complexos elaborados por empresas de consultoria, que as administrações utilizam para buscar recursos, mas não para ordenar as suas atividades, é, nesse sentido, característica. O poder local, como sistema organizado de consensos da sociedade civil num espaço limitado implica, portanto, alterações na organização da informação, reforço da capacidade administrativa, e um amplo trabalho de formação tanto na comunidade como na própria máquina administrativa. (DOWBOR, 2016, p. 91)

## REFERÊNCIAS

DOWBOR, L. **O que é poder local**. Imperatriz, MA: Ética, 2016.

LAISNER, R. A participação em questão: ponto ou contraponto da representação na teoria democrática? **Estudos de Sociologia**, Araraquara, v.14, n.26, p.17-35, 2009.

LAVINAS, L. **As mulheres no universo da pobreza: o caso brasileiro**. Revista Estudos Feministas, Santa Catarina, v.4, n.2, 1996.

LÜCHMANN, L. H. H. Inclusão, accountability e representação nas instituições de controle social: dimensões da deliberação democrática. *In*: GURZA LAVALLE, A.; DE VITA, A.; ARAUJO, C. (Org.) **O papel**

**da teoria política contemporânea: justiça, constituição, democracia e representação.** 1. ed. São Paulo: Alameda, v. 1, p. 359-394, 2015.

PANSIERI, F. Condição de agente, desenvolvimento social e liberdade em Amartya Sen. *In*: FACHIN, Z.; SBIZERA, J. A. R.; ALFAYA, N. M. V. S. **Direitos humanos e construção da democracia: contribuições teóricas.** Londrina, PR: Troth, 2020.

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

SECCHI, L. **Análise de Políticas Públicas: diagnósticos de problemas, recomendação de soluções.** São Paulo: Cengage Learning, 2016

SUBIRATS, J.; KNOEPFEL, P.; LARRUE, C.; VARONNE, F. **Análisis y gestión de políticas públicas.** Barcelona: Ariel, 2008.

# A PROVA PRIMA FACIE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A MODIFICAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

## THE PRIMA FACIE EVIDENCE IN THE BRAZILIAN CIVIL PROCESS AND THE MODIFICATION OF THE BURDEN OF PROOF

Gilberto Fachetti Silvestre\*

Bruna Figueira Marchiori\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A utilização de máximas de experiência e presunções no processo. 3 A prova prima facie e o direito probatório. 4 Prova prima facie e a modificação do onus probandi. 5 Conclusão.

**RESUMO:** Trata-se de pesquisa em que analisou as situações em que as provas prima facie são utilizadas no processo e de que forma elas interferem na distribuição do onus probandi entre as partes. O objeto da pesquisa apresenta controvérsias na literatura jurídica, o que o faz merecedor de uma análise mais detalhada, bem como a relevância que o tema possui nas estratégias processuais que as partes adotam em juízo. Para atingir o fim proposto, a pesquisa adotou sobretudo uma abordagem qualitativa, a partir da revisão de documentos. Em segundo plano, valeu-se da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça para identificar em quais situações fáticas as provas prima facie têm sido utilizadas pelo tribunal. Os dados obtidos através da pesquisa indicam que as provas diabólicas são campo fértil de utilização das provas prima facie. Além disso, apontam que, malgrado seja possível a inversão do ônus da prova pela utilização de prova prima facie, ela nem sempre ocorrerá, pois para que se dê essa inversão devem ser identificados determinados requisitos específicos no caso concreto.

**Palavras-chave:** prova prima facie; onus probandi; presunções; máximas da experiência.

**ABSTRACT:** *The objective of the present work was to identify in which situations the prima facie evidences are used in the process and how they act in the distribution of the onus probandi between the parties. The reason for choosing the research object refers to the presence of controversies on*

\*Professor do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pós-Doutor em Educação/Currículo Jurídico pelo Centro de Educação da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Coordenador do Grupo de Pesquisa “Desafios do Processo”; Advogado. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/7148335865348409>. Orcid iD: <http://orcid.org/0000-0003-3604-7348>.

\*\*Bacharel em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Bolsista de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq); Bolsista de Iniciação à Docência do PAAPE I (UFES); Advogada.

Artigo recebido em 17/03/2021 e aceito em 04/05/2022.

**Como citar:** SILVESTRE, Gilberto Fachetti; MARCHIORI, Bruna Figueira. A prova prima facie no processo civil brasileiro e a modificação do ônus da prova. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 41, p. 233, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

*the subject in the legal literature, which makes it worthy of a more detailed analysis, as well as the relevance that the theme has in the procedural strategies that the parties adopt in court. To achieve the proposed goal, the research adopted mainly a qualitative approach, based on document review. In the background, it used the analysis of judgments of the Superior Court of Justice to identify in which factual situations the Court has used the prima facie evidence. The data obtained through the research indicate that devil's proofs are fertile ground for the use of prima facie evidence. In addition, they point out that, despite the possibility of reversing the burden of proof through the use of prima facie evidence, it will not always occur; because for this inversion to occur, certain specific requirements must be identified in the specific case.*

**Keywords:** *prima facie evidence; onus probandi; presumptions; maxims of experience.*

## INTRODUÇÃO

Apesar das máximas da experiência poderem ser utilizadas no processo durante toda a fase de cognição judicial, é na fase de instrução que se encontram suas mais importantes aplicações. A partir dessas máximas podem ser obtidas as provas *prima facie*, que correspondem a um fenômeno de atribuição de credibilidade à determinada afirmação fática a partir de um juízo de verossimilhança da ordem natural das coisas.

Essa pesquisa propôs uma investigação sobre como as provas *prima facie* têm sido utilizadas no processo civil brasileiro, sobretudo na instrução probatória, e de que forma a utilização delas pode alterar a distribuição do ônus da prova entre as partes litigantes.

A escolha do objeto de pesquisa está associada à importância da matéria. O tema da utilização de provas *prima facie* no processo - sobretudo no que tange aos seus efeitos no *onus probandi* - mostra-se controverso na literatura jurídica brasileira.

Observam-se duas posições teóricas sobre a matéria: há os que afirmam que a utilização de provas *prima facie* implicam na inversão do ônus, transferindo para a outra parte o ônus de provar, que não se justifica a convicção obtida pelo magistrado, e os que afirmam que a prova *prima facie* não se refere diretamente à valoração da prova, não dizendo respeito ao *onus probandi*.

A conciliação da discussão interessa por sua relevância prática, operacional, na medida em que a identificação de como esse ônus se distribui orienta a atuação das partes em juízo.

Para atingir o fim proposto, a pesquisa adotou uma abordagem predominantemente qualitativa, por meio de revisão bibliográfica com o objetivo de aprofundar os conceitos e teorias da civilística e da processualística no que concerne especificamente a tal matéria.

Também foi realizada uma análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de identificar em quais situações fáticas as provas *prima facie* têm sido utilizadas pela instância especial.

Assim, a pesquisa objetiva oferecer recursos práticos à comunidade jurídica para a operabilidade da matéria, principalmente em sede judicial.

## 1 A PROVA *PRIMA FACIE* E O DIREITO PROBATÓRIO

A prova *prima facie* se refere a um fenômeno de atribuição de credibilidade à determinada afirmação a partir de um juízo de verossimilhança da ordem natural das coisas. Em outras palavras, trata-se do resultado de uma presunção realizada pelo juiz e desenvolvida a partir dos princípios práticos da vida e da experiência.

Sua principal característica é a tipicidade do acontecimento afirmado, ou seja, a sua reiteração e habitualidade, de tal forma que a probabilidade de a afirmação ser tida como verdadeira atinge níveis muito elevados (ROBLES, 2014, p. 131).

A prova *prima facie* (também chamada de prova por verossimilhança ou prova de primeira aparência) funciona da seguinte forma: diante da reiteração de determinados acontecimentos (ou experiências) na vida cotidiana, o juiz convence-se da ocorrência de determinado fato a partir da simples prova de ocorrência de determinado evento típico, sendo desnecessária para parte a realização de prova das particularidades específicas do caso concreto.

Para a presente pesquisa, a prova *prima facie* é compreendida como sinônimo de prova obtida a partir de um processo de presunção judicial. Há na literatura jurídica quem diga que os dois institutos deveriam ser diferenciados (ROBLES, 2014). Isso porque, enquanto a prova obtida por presunção deve ser baseada em indícios (fatos secundários), a prova *prima facie* seria fundamentada diretamente na máxima da experiência, não se valendo de nenhum elemento concreto.

Já outra parcela, a exemplo de Eduardo Cambi (2006) e Egas Moniz de Aragão (1981), entende não haver razões suficientes para diferenciá-los.

Eduardo Cambi (2006, p. 386) afirma que sendo a presunção obtida através de um indício e a prova *prima facie* obtida através de uma presunção, os dois institutos não devem ser analisados separadamente, na medida em que se tratam de um mesmo fenômeno observado a partir de perspectivas diferentes.

A prova *prima facie* se originou na tradição legislativa de *Common Law* (HERLITZ, 1994, p. 393). Todavia, foi introduzida e desenvolvida por Max Friedrich Gustav von Rümelin no Direito alemão. Ele propôs utilizar o conceito de prova *prima facie* nos casos que envolviam responsabilidade civil extracontratual, a fim de presumir o nexos causal e a culpa nas hipóteses em que a realização de prova destes elementos se mostrasse difícil.

Atualmente, é possível perceber que a utilização de provas *prima facie* assume importância diante de circunstâncias em que a produção da prova do fato se mostra difícil ou quando, a partir de uma prova direta, o juiz não consegue determinar a existência de um fato controvertido no processo (ROBLES, 2014, p. 129). Esse juízo inferencial é utilizado sobretudo diante de provas indiretas, a fim de permitir que o órgão julgante consiga obter a convicção necessária para decidir acerca de fatos ocorridos a partir de fatos indiciários a eles relacionados.

A provas consideradas como impossíveis ou muito difíceis de serem realizadas (*probatio diabolica* ou “provas diabólicas”) são um campo fértil de utilização das presunções e, portanto, das provas *prima facie*.

Para exemplificar como a prova *prima facie* pode ser utilizada neste cenário, observe a ementa da Apelação Cível nº. 0008406-11.2016.8.08.0047, julgada pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PRÁTICA DE JUROS EXORBITANTES. PROVA INDICIÁRIA. AGIOTAGEM CARACTERIZADA. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. REDUÇÃO DOS JUROS AOS PARÂMETROS LEGAIS. PRECEDENTES DO STJ. QUITAÇÃO PARCIAL DO DÉBITO. DECOTE DO VALOR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. [...] 2. Mérito. Como sabido, a agiotagem é a prática de mútuo entre pessoas físicas, com cobrança de taxas de juros extorsivas, sendo vedada pelo artigo 1º, do Decreto nº 22.626/33 e pelo disposto no artigo 591, do Código Civil. 3. A prova da atividade de agiotagem é algo difícil, motivo pelo qual a jurisprudência vem admitindo, em algumas hipóteses, a prova indiciária ou indireta, ante os elaborados mecanismos usualmente utilizados para escondê-la. [...] 6. Assim, caracterizada a prática de agiotagem, deve ser afastado a cobrança dos juros exorbitantes, remanescendo, contudo, o mútuo celebrado entre as partes, em observância ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, razão pela qual deve ser reconhecida a procedência parcial do pedido autoral, para condenar os requeridos ao pagamento

do valor emprestado, descontando-se os valores já pagos e comprovados nos autos. 8. Recurso conhecido e provido em parte. (TJES, Apelação Cível nº. 0008406-11.2016.8.08.0047, Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, Segunda Câmara Cível, j. em 14/05/2019).

Como demonstra a ementa, diante da dificuldade da realização da prova direta da agiotagem, em decorrência da utilização dos mais engenhosos mecanismos para ocultar a sua caracterização, mostra-se possível valer-se de provas indiciárias e indiretas a partir das quais presume-se a ocorrência de agiotagem.

Em situações como a do julgado, diante da verossimilhança dos fatos narrados, entende-se presumido o fato até a realização de prova em contrário, de forma que a pretensão do litigante não seja indeferida pela ausência de provas.

Conforme Emanuele Tuccari (2011, p. 1013), a utilização de provas *prima facie* também possui especial relevância na prova do prejuízo não patrimonial em ações que requerem indenizações por dano moral. Isso porque a produção de prova em juízo pelo autor do abalo psicológico nesse tipo de ação se mostra uma tarefa excessivamente difícil de ser realizada. Assim, para evitar a necessidade de uma prova diabólica, é possível presumir a ocorrência de um dano moral a partir da prova indireta da lesão de um direito da personalidade, entendendo o dano moral como *in re ipsa*. Nesse sentido, observe trecho do voto-vista no Agravo Interno no Recurso Especial nº. 1.444.464/SP:

[...] para a pretensão reparatória pelo uso indevido de marca registrada não se faz necessária a comprovação, ainda durante a fase de conhecimento do processo, dos prejuízos materiais e imateriais suportados pela vítima do ato ilícito. Trata-se, efetivamente, de danos cuja existência pode ser aferida '*in re ipsa*', seja no que se refere àqueles de natureza estritamente patrimonial - em que a solução, no particular, é ditada pela lei de regência (L. 9.279/1996), segundo interpretação que se extrai dos arts. 208 e 210 -, mas também em relação aos danos extrapatrimoniais, sobretudo ante a natureza intangível desse tipo de consequência obrigacional, em que as circunstâncias peculiares tornam excessivamente difícil a produção de prova da extensão dos prejuízos, mas a sua caracterização, todavia, pode ser aferida por meio de presunção que se extrai da certeza da ocorrência do ato ilícito, pautada pelas máximas de experiência do magistrado

jugador. (STJ, AgInt no REsp. nº. 1.444.464/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 28/11/2017).

Para fins de identificação de mais hipóteses em que a prova *prima facie* tem sido adotada nos Tribunais, foi realizada uma pesquisa de julgados no Superior Tribunal de Justiça valendo-se dos argumentos lógicos (“prova *prima facie*” ou “prova indiciária”) e filtrando apenas julgados da Primeira, Segunda, Terceira e Quarta Turmas.

Dessa 1ª etapa da pesquisa foram encontrados 52 acórdãos, que foram novamente filtrados a fim de selecionar apenas julgados em que a prova *prima facie*/indiciária tenha sido entendida como robusta e convincente pelo juízo, de forma a influir na decisão proferida. Também, foram excluídos os acórdãos que tratavam de improbidade administrativa, pelas peculiaridades envolvendo esse tipo de ação.

Na segunda etapa, foram obtidos 12 acórdãos que se encaixavam aos filtros estabelecidos. Os acórdãos e as temáticas que eles abordavam podem ser sistematizados da seguinte maneira:

<i>Acórdãos selecionados</i>	<i>Temática abordada</i>
<ul style="list-style-type: none"><li>• REsp. nº. 1.651.067/RS, Rel. Min. Lázaro Guimarães, j. em 03/08/2018;</li><li>• REsp. nº. 1.632.750/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. em 24/10/2017;</li><li>• AgRg nos EDcl no REsp. nº. 1.160.080/MG, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. em 08/03/2016;</li><li>• AgRg no AREsp. nº. 499.722/DF, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 06/02/2015;</li><li>• REsp. nº. 1.137.425/DF, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 16/08/2011;</li><li>• AgRg no Ag. nº. 459.353/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, j. em 26/06/2003;</li><li>• REsp. nº. 341.495/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. em 03/12/2001; e</li><li>• REsp. nº. 165.373/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, j. em 22/06/1999.</li></ul>	Investigação de paternidade.
<ul style="list-style-type: none"><li>• REsp. nº. 1.721.146/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 06/11/2018.</li></ul>	Confusão patrimonial.

<ul style="list-style-type: none"> <li>• REsp. nº. 1.698.696/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 02/08/2018.</li> </ul>	Sucessão empresarial.
<ul style="list-style-type: none"> <li>• REsp. nº. 845.228/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 23/10/2007; e</li> <li>• REsp. nº. 337.225/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 25/03/2003.</li> </ul>	Dano moral.

A análise dos dados revela a utilização da prova *prima facie* na apuração dos fatos e consequente formulação da convicção do juiz, sempre relacionada, ainda que indiretamente, às máximas de experiência. Quer dizer, a pesquisa de julgados revelou que, no juízo probatório, as máximas de experiência participam como fonte da prova *prima facie* e na valoração/raciocínio do juiz do suporte fático levado pelas partes ao processo. Essa conclusão encontra amparo na literatura jurídica.

De acordo com Gennaro Roberto Pistolese (1935, p. 70 e ss.), as regras de experiência são prova “*prima facie* (“*Beweis des ersten auschein*”), também chamada de prova de primeira aparência”). A prova *prima facie* é uma consequência da valoração que o juiz faz daquilo que geralmente acontece. A regularidade de certos acontecimentos conhecidos pela experiência, permite formular conclusões quanto aos fatos que se pretende provar. Isso nada mais é que o conceito de presunção e de *id quod prelungue accidit*.

A prova *prima facie* é aquela que deriva da experiência da vida (DUFOUR; OUELLET, 2017). Como tal, não deverá ser diferenciada da prova por presunção judicial ou de experiência. Da mesma forma que se faz a relação entre máximas de experiência e presunção, aquelas são as fontes destas, ou melhor, são as premissas maiores na qual se subsumem os indícios e de cuja conclusão resulta uma presunção.

A falta ou insuficiência das provas constitui um problema para o processo, uma vez que: 1) o juiz não terá - ou o terá com baixa consistência - o material probatório sobre o qual possa formular com segurança sua convicção; e 2) tenham ou não as partes provado suas afirmações, o juiz deve decidir, em decorrência do princípio da inafastabilidade.

A solução dada por Moacyr Amaral Santos (1999, p. 371) para esse problema toma por referência o princípio *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*: “Dada a imperiosa necessidade da prova, quando esta não se faz fica o juiz sem meios para decidir com quem ou de que lado está a verdade. É perfeita, assim, a máxima - *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*. Não provados os fatos alegados, por quem tenha o dever

de prová-los, não decorre o direito que deles se originaria se provados, e, como consequência, permanece o estado anterior à demanda. O juiz, não achando elementos para reconhecer a verdade, não pode ir além do estado de fato preexistente à ação, e decidirá de forma a assim ficar, ou repelindo a ação, ou rejeitando a exceção”. Disso decorrerá: 1) *Actore non probante reus absolvitur*: se o autor não faz sua prova, decai da ação e o réu é absolvido; ou, então, na hipótese contrária; e 2) *Reus in excipiendo fit actor*: como na exceção o réu tem os mesmos ônus do autor, não fornecendo prova da exceção, será condenado (SANTOS, 1999, p. 371).

As máximas de experiência, neste contexto, podem oferecer soluções - atendendo a um certo grau de probabilidade e verossimilhança - que permitem a entrega da tutela jurisdicional de maneira razoável.

## 2 A UTILIZAÇÃO DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA E DAS PRESUNÇÕES NO PROCESSO CIVIL

Passados o modelo de Estado Liberal e a ideia de “juiz boca da lei”, torna-se fato que o magistrado pode ser influenciado por seu conhecimento privado durante o processo decisório (SILVESTRE, 2011, p. 20 e ss.) (SILVESTRE, 2017, p. 762). Esses conhecimentos privados trazidos ao processo pelo juiz são divididos em dois subgrupos: saber privado; e saber cultural.

O saber privado representa o conhecimento especializado obtido pela curiosidade e as pesquisas pessoais realizadas pelo julgador, enquanto o saber cultural se refere ao conhecimento genérico e pré-processual disponível a todo homem médio e obtido através de suas experiências vivenciais (SILVESTRE, 2009a, p. 77).

É dentro da categoria de saber cultural que se encontram as máximas de experiência ou regras de experiência ou, ainda, regras da vida (*Lebensregel*). Segundo Friedrich Stein (1990, p. 22), as máximas de experiência são juízos hipotéticos gerais que indicam consequências esperadas ao se observarem determinados pressupostos.

Eduardo Labandeira (1989, p. 252) exemplifica o funcionamento desses juízos:

Si decimos que una persona es esquizofrénica, no estamos afirmando un hecho percibido por los sentidos, sino que los signos, síntomas y demás caracteres percibidos directa o indirectamente en esa persona los hemos subsumido en una regla

general de experiencia que nos permitía conocer de antemano la naturaleza y sintomatología general de la esquizofrenia.

As máximas da experiência podem ser de dois tipos diferentes: comuns e técnicas.

As regras comuns são formadas a partir do senso comum e são fruto do acervo cultural de uma sociedade. Elas derivam da observação daquilo que geralmente acontece (*id quod plerumque accidit*) (TONINI, 2002, p. 55).

As máximas técnicas - apesar de serem também regras gerais - derivam de conhecimentos específicos do sujeito em relação a determinada área técnica. Mesmo tendo caráter científico, também são passíveis de serem acessadas pelo homem médio (*bonus pater familiae*).

Apesar das máximas da experiência terem aplicabilidade durante todo o processo de cognição judicial (BARBOSA MOREIRA, 1980, p. 14), possuindo funções probatórias, hermenêuticas e integrativas (SILVESTRE, 2009a), é na fase de instrução que se encontra sua mais importante aplicação.

E, como já deve ter sido possível notar, são justamente as máximas da experiência que dão origem as provas *prima facie*, na medida em que o juiz se baseia unicamente nestas regras da experiência para formular o raciocínio presuntivo que caracteriza a prova de primeira aparência.

O Código de Processo Civil apresenta previsão expressa no art. 375 acerca da utilização das máximas de experiência, ao prescrever que: “o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

A formulação normativa do art. 375 do Código de Processo Civil de 2015 suprime a disposição do art. 335 do Código de Processo de 1973 (regras análogas) de que as máximas da experiência seriam aplicadas apenas diante da ausência de normas jurídicas particulares, sugerindo que sua utilização, na sistemática do Código de 2015, deixa de ser apenas subsidiária, o que eleva ainda mais o grau de importância conferido às máximas de experiência no ordenamento jurídico brasileiro para o exame das provas.

No âmbito do processo, as máximas da experiência permitem ao juiz inferir a ocorrência de certos fatos a partir de outros que já restaram provados. Assim, os fatos concretamente ocorridos e provados - chamados de indícios - subsumem-se a partir de um processo silogístico a determinada

premissa geral fática (máxima da experiência), sugerindo a ocorrência de determinado fato desconhecido (ROSEMBERG, 1955, p. 21).

Para exemplificar, observe o seguinte trecho da ementa do Recurso Especial nº. 1.678.437/RJ:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PARTILHA DE PATRIMÔNIO. JUNTADA DE DOCUMENTO EM GRAU RECURSAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADO O CONTRADITÓRIO, COMO NA HIPÓTESE. REQUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. POSSIBILIDADE. INDISCUTIBILIDADE SOBRE A EXISTÊNCIA E MODO DE OCORRÊNCIA DOS FATOS, INCLUSIVE SOB A PERSPECTIVA DAS PARTES. CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. PRESENÇA CUMULATIVA DOS REQUISITOS DE CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTINUIDADE, DURABILIDADE E INTENÇÃO DE ESTABELECEER FAMÍLIA A PARTIR DE DETERMINADO LAPSO TEMPORAL. DATA GRAVADA NAS ALIANÇAS. INSUFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE DA CONVIVÊNCIA E DE PROVA DA SIMBOLOGIA DAS ALIANÇAS. DATA DE NASCIMENTO DO FILHO. INSUFICIÊNCIA. PROVA SUFICIENTE DE COABITAÇÃO EM MOMENTO ANTERIOR, INCLUSIVE AO TEMPO DA DESCOBERTA DA GRAVIDEZ, COM EXAME ENDEREÇADO À RESIDÊNCIA DO CASAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. DESSEMELHANÇA FÁTICA. [...] 7- Os elementos de prova colhidos nos graus de jurisdição, interpretados à luz das máximas de experiência e da observação do modo pelo qual os fatos normalmente se desenvolvem, somada a existência de coabitação entre as partes desde Fevereiro de 2003, mantida ao tempo da descoberta da gravidez, ocorrida em 24/10/2003, do primeiro filho do casal, permitem estabelecer essa data como o momento temporal em que a união estável havida entre as partes ficou plenamente configurada [...].(STJ, REsp. nº. 1.678.437/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 21/08/2018).

O processo mental silogístico que relaciona o indício à máxima da experiência denomina-se presunção. Para Giuseppe Chiovenda (1928,

p. 853), a presunção pode ser definida como uma convicção fundamentada na ordem natural das coisas.

Existem duas modalidades de presunções: legais (relativas e absolutas) e judiciais.

Presunção legal é “aquela estabelecida expressamente em lei, sendo tarefa do legislador a indicação de correspondência entre o fato indiciário e o fato presumido” (NEVES, 2019, p. 716).

Para a presente pesquisa interessam as presunções judiciais, também chamadas de presunções simples, comuns, de fato ou *præsumptio hominis* (DEL VECCHI, 2020, p. 77-100).

As presunções judiciais representam o raciocínio abduutivo realizado pelo juiz acerca da ocorrência de um fato pela comprovação de outro, independentemente da existência de previsão legal nesse sentido (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 159). Não se tratam de meios de prova, na medida em que em nada acrescentam ao mundo material, trazendo ao processo “novidades” apenas no plano intelectual (*in mente iudicis*) (BARBOSA MOREIRA, 1977, p. 57).

A respeito do conhecimento privado que o juiz traz consigo para o processo, pode-se proceder à seguinte sistematização (SILVESTRE, 2020):

<i>Communes opiniones (id quod plerumque accidit): fatos notórios, præsumptiones hominis e máximas de experiência Lebensregel</i>		
<i>Conhecimentos humanos</i>	<i>Correspondência</i>	<i>Regras (communes</i>
<i>experienciais</i>		<i>opiniones)</i>
empírico	corresponde à...	comuns
científico	corresponde à...	técnicas
filosófico	corresponde à...	axiológica

A utilização dos raciocínios presuntivos no processo foi criticada por Michele Taruffo (2002, p. 208), que chegou a chamar as máximas de experiência de generalizações grosseiras e inconsistentes. Para ele, a literatura jurídica não é clara em determinar quais são os requisitos que a inferência presuntiva deve possuir para que o fato *probandum* possa ser considerado verificado a partir da análise de um indício (TARUFFO, 1974, p. 84).

Pelo menos no que se refere à preocupação em garantir objetividade e idoneidade às máximas de experiência e das presunções judiciais delas obtidas, a opinião de Michele Taruffo merece ser acolhida, a fim de se evitar que essas importantes ferramentas na tomada de decisões possam se transformar em instrumentos de discricionariedade.

Eduardo Cambi (2006, p. 380) afirma que, no Brasil, com base em disposições do Código Civil italiano e do Código Civil francês, tem-se definido três critérios balizadores da utilização de presunções judiciais que conferem rigor e credibilidade à aplicação do raciocínio presuntivo no processo. Ele aponta como critérios: 1) o grau de persuasão e probabilidade de acerto da inferência presuntiva; 2) o grau de precisão das consequências que podem ser obtidas a partir do fato conhecido; e 3) a existência de inferências presuntivas distintas que apontem para uma mesma conclusão.

Ainda nesse sentido, Leonard Ziesemer Schmitz (2018, p. 257) diz que para que ocorra o devido controle hermenêutico das decisões baseadas em máximas da experiência, é imprescindível que haja uma adequada fundamentação das decisões judiciais, devendo o juiz não somente demonstrar a valoração da prova sobre o fato, mas também esmiuçar quais circunstâncias autorizam a presunção do fato *probandum* a partir de determinado fato indiciário no caso concreto.

Essa obrigatoriedade de fundamentação garante que as partes obtenham condições de compreender o raciocínio abduutivo utilizado pelo julgador, tendo uma participação mais efetiva no contraditório a partir da realização de contraprova ou da demonstração de que o raciocínio do qual se valeu o juiz não é cabível diante das peculiaridades fáticas do caso (SCHMITZ, 2018, p. 264).

Desta forma, garante-se que as máximas atuem como verdadeiros instrumentos de equidade, aptos a realizar a justiça do caso concreto (SILVESTRE, 2009b, p. 91-93), não tendo sua utilização deturpada para fundamentar ou mascarar um julgamento ativista do julgador, que extrapola os limites da jurisdição.

### **3 A PROVA *PRIMA FACIE* E A MODIFICAÇÃO DO *ONUS PROBANDI***

A utilização da prova *prima facie* na produção probatória requer examinar de que forma o raciocínio inferencial atua no *onus probandi*. Para as partes, a relevância dessa análise decorre do fato de que a identificação de como o ônus se distribui norteará a sua atuação e suas estratégias em juízo.

Apesar da importância para fins de operabilidade quanto a compreender como a distribuição do ônus ocorre nessas situações, esse tema se mostra controvertido na literatura jurídica. Assim, preliminarmente,

deve-se destacar como premissa o funcionamento das regras de distribuição do ônus da prova no Direito Processual Civil brasileiro.

O ônus da prova deve ser compreendido tanto como regra de procedimento como regra de julgamento. Apenas se observado a partir desses dois aspectos é que se torna possível compreender como atua em relação aos sujeitos do processo.

Enquanto regra de procedimento, o ônus da prova se direciona aos litigantes. Tratam-se de disposições que orientam a produção probatória e que estabelecem qual das partes suportará o risco da prova frustrada (BUZAID, 1962, p. 130).

Como regra de julgamento, o ônus da prova interessa ao julgador. Ela deriva da impossibilidade do *non liquet*, ou seja, da proibição de que a causa deixe de ser julgada pela ausência de provas. Ao juízo, em regra, não interessa as normas em torno da distribuição do ônus. Todavia, estando diante de circunstância em que o conjunto probatório se mostre insuficiente na formação de seu convencimento, o juiz deverá se valer das normas relacionadas à distribuição do ônus de forma a proferir decisão desfavorável à parte que não apresentou elementos de prova suficientes para determinado fato controvertido. Tratam-se, portanto, de regras que só devem ser aplicadas de forma subsidiária (SILVESTRE; BORGES; BENEVIDES, 2020, p. 150 e ss.).

As regras de distribuição do ônus na prova no Direito Processual Civil brasileiro se encontram prescritas no art. 373 do Código de Processo Civil. A legislação processual segue a máxima *onus probandi est qui dixit* (*caput* do art. 373). Assim, o ônus de provar incumbe ao autor quanto aos fatos constitutivos do direito e ao réu incumbe a prova de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Para além da regra geral de distribuição, o § 1º do art. 373 prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova pelo juiz caso se verifiquem determinadas peculiaridades no caso concreto. O § 3º do art. 373 prevê, ainda, a possibilidade de negócio processual entre as partes de forma a convencionar como o ônus seria distribuído.

No caso da distribuição pelo juiz de forma diversa à estabelecida pelo legislador, o Código preceitua como requisitos a excessiva dificuldade ou a impossibilidade da parte de cumprir o encargo probatório, ou a maior facilidade da obtenção da prova do fato contrário. Ademais, o § 2º do art. 373 estabelece que a distribuição diferenciada do ônus não pode gerar

situação em que a desincumbência do encargo seja excessivamente difícil ou impossível.

O Código apenas prevê como requisito para a inversão do ônus da prova a hipossuficiência probatória de uma das partes para que o ônus possa ser invertido. É importante perceber que, apesar de não expresso na formulação normativa, também deve se verificar o requisito da verossimilhança das alegações realizadas por uma das partes para autorizar a modificação do *onus probandi* (SILVESTRE; BORGES; BENEVIDES, 2020, p. 150 e ss.).

As provas *prima facie* no processo têm a finalidade de facilitar a produção probatória. Por vezes, as peculiaridades do direito material, existentes no caso e somadas à dificuldade na produção da prova, autorizam um julgamento baseado em verossimilhança, situação na qual o juiz se vale das máximas da experiência para formar a sua convicção e proferir um julgamento de mérito, reduzindo as exigências de prova (MARINONI, 2005, p. 191) (SILVESTRE, 2020).

Outras vezes, os indícios presentes no caso - embora não sejam suficientes para formação da convicção do magistrado - demonstram a credibilidade de uma prova *prima facie* que favorece uma das partes. Nesse caso, pode ocorrer a inversão do ônus da prova se a outra parte demonstrar maiores condições de realizar a prova contrária (SILVESTRE; BORGES; BENEVIDES, 2020, p. 149). Isso se dá nas situações em que o fato presumido se encontra dentre aqueles cujo ônus recai pela parte favorecida pela inferência.

Explicando melhor: caso o raciocínio presuntivo permita que se presuma fato que favorece determinada parte que possuía o ônus de realizar a prova desse fato, a parte adversa passa a ter a incumbência de provar que a presunção realizada pelo julgador não é cabível diante das peculiaridades do caso em questão, ou que o fato presumido é impertinente no contexto probatório (SCHMITZ, 2018, p. 194).

No entanto, nem sempre a presunção, nesse contexto, opera de forma a inverter o ônus. Existem hipóteses em que o processo presuntivo constata a existência de fato que é prejudicial justamente à parte que já possuía a incumbência de realizar a sua prova.

Salvatore Patti (1985), por exemplo, afirma, que podendo a parte desfavorecida pela inferência contraprovar a credibilidade de uma prova *prima facie* a partir do simples apontamento de elementos que demonstrem ser inadequado o emprego de determinada máxima da experiência diante do caso concreto, não haveria que se falar em inversão do ônus da prova.

Para ele, se fosse caso de inversão do ônus, a parte desfavorecida pela prova *prima facie* seria obrigada a convencer o juiz de uma hipótese contrária àquela na qual se fundamenta a prova obtida pela presunção.

Tal argumento não parece ser suficiente para desqualificar a tese de inversão do *onus probandi* diante de provas *prima facie*. Independentemente da forma como a parte desfavorecida realiza contraprova da prova *prima facie*, é evidente que pode ocorrer um fluxo de carga probatória a partir do juízo presuntivo, fato suficiente para demonstrar a possibilidade de inversão do ônus.

Veja que a afirmação de que o ônus é invertido nessas circunstâncias não significa liberar totalmente a parte favorecida pela presunção da necessidade de produzir provas. Conforme Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 1145), à parte ainda cabe trazer aos autos elementos que permitam ao juiz a formação de um determinado grau de convicção para formar juízo favorável à sua versão e, a partir disso, realizar a inversão do ônus. Isso não quer dizer que é apenas a partir dos indícios trazidos pela parte que será futuramente favorecida que o juiz realiza raciocínios presuntivos; o julgador pode realizá-los oficiosamente e a partir de todos os elementos presentes nos autos.

Nas situações em que a *prova prima facie* importa na inversão do *onus probandi*, a distribuição do ônus não deve ser encarada como uma regra de julgamento pelo magistrado. O motivo para isso é evidente: enquanto regra de julgamento, a análise de distribuição do ônus é relevante para o juiz apenas no momento de proferir uma sentença. Caso o magistrado identifique a possibilidade de inversão do ônus por uma prova indiciária, é importante que ele profira decisão determinando a inversão do ônus o quanto antes no processo, de forma a permitir que as partes possam participar ativamente no contraditório, por exemplo, produzindo provas contrárias e assim não se deparem com decisões-surpresa (CAMBI, 2006, p. 385).

Tal constatação se alinha à disposição do § 1º do art. 373 do Código de Processo Civil, de que o juiz deve proferir decisão de inversão do ônus de forma que se garanta à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Essa decisão deve ser proferida preferencialmente durante o saneamento do processo, na medida em que se trata da fase preparatória para a decisão do mérito. Outra razão para se sustentar que a fase de saneamento corresponde o momento ideal para inversão se relaciona ao fato de que a presunção tem a potencialidade de alterar o *thema probandum*, que é fixado justamente no saneamento (SCHMITZ, 2018, p. 254). Ocorre

que, com a presunção, basta que se realize a prova do fato-base para se provar o fato presumido.

Compreender que a regra de inversão do ônus pudesse ser utilizada pelo juiz como regra de julgamento e apenas suscitada por ele em sede de sentença, faria com que a participação das partes no conteúdo das presunções fosse prejudicada e que o controle dos juízos de fato realizados pelo magistrado apenas pudesse ser realizado *a posteriori*, por meio de recursos (SCHMITZ, 2018).

É relevante refletir também sobre o uso de provas *prima facie* diante de provas objetivamente difíceis, ou seja, situações em que as duas partes demonstram possuir dificuldade na realização da instrução probatória. Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 1144) traz como exemplos dessa modalidade de prova as situações que demandam prova de lucros cessantes, desvalorização de bens danificados, determinação de culpa concorrente ou de culpa exclusiva da vítima.

Nessas hipóteses, como a dificuldade probatória recai sobre as duas partes, não faz sentido a determinação de inversão do ônus, tendo em vista que se assim se fizesse, a prova que era diabólica para uma das partes passa também a ser diabólica para a outra (DIDIER JR., 2017, p. 139). Por isso, não sendo possível nem a formação da convicção do juiz com base em verossimilhança, tornando-o apto a proferir um julgamento de mérito, nem a inversão do ônus da prova, uma estratégia diferente deve ser adotada pelo magistrado.

Assim, para a determinação de que parte deverá arcar com a dúvida, sucumbindo no processo, deve-se averiguar qual das partes assumiu o risco de inesclarecibilidade dos fatos (MARINONI, 2005, p. 194).

Fredie Didier Jr. (2017, p. 139) esclarece como esse procedimento deve ocorrer quando o fato insuscetível de prova é constitutivo do direito do autor, o qual pode ser assim sistematizado:

<i>Situação</i>	<i>Consequência</i>
Risco de inviabilidade probatória (“inesclarecibilidade”) assumido pelo autor.	Na sentença, o juiz aplica a regra do ônus da prova e decide pela improcedência.
Risco de inviabilidade probatória (“inesclarecibilidade”) assumido pelo réu.	Entre a fase de instrução e a de julgamento, o juiz deve inverter o ônus da prova, intimando o réu a se manifestar para, então, decidir pela procedência.

Portanto, se o risco de inviabilidade da produção da prova tiver sido assumido pelo autor, o juízo deverá decidir em sentença pela improcedência

da demanda. Todavia, se este risco tiver sido assumido pelo réu, o ônus da prova deverá ser invertido e ao réu deverá ser oportunizada a possibilidade de manifestação para, a partir de então, ser prolatada a decisão.

## CONCLUSÃO

A pergunta “*a utilização de provas prima facie no processo inverte o ônus da prova?*” não pode ser sanada com apenas uma única resposta positiva ou negativa. Esta pesquisa identificou três respostas diferentes para essa questão, as quais podem ser sistematizadas da seguinte maneira:

Sendo possível a formação da convicção do juiz pelas provas *prima facie* identificadas no processo, de forma a capacitá-lo a proferir um julgamento de mérito, ele pode realizar um julgamento baseado na verossimilhança, não sendo necessária a inversão do ônus;

Caso a prova *prima facie* presente no processo não permita que a convicção do juiz se forme de maneira a permitir proferir um julgamento de mérito, mas demonstre a credibilidade da argumentação de uma das partes (que se encontra em um cenário de hipossuficiência probatória em relação à outra parte), é possível ocorrer a inversão do ônus, desde que o fato presumido se encontre entre aqueles cujo ônus recai pela parte favorecida pela inferência;

Tratando-se de situação em que a dificuldade probatória recai sobre as duas partes, deve-se analisar que parte assumiu o risco da inesclarecibilidade da situação de direito material. Nesse caso, o ônus só seria invertido na hipótese em que o réu fosse identificado como o responsável pela dúvida.

Em se tratando da situação em que o ônus da prova é invertido pela dificuldade na produção probatória e facilidade da parte *ex adversa* em produzir contraprova, foi possível identificar mais um motivo para que o saneamento processual seja realizado de forma correta e adequada.

Ocorre que não raro se visualiza na prática forense uma verdadeira banalização dessa fase procedimental, pela qual juízes continuam a não dispender a atenção e tempo necessários para a realização de um saneamento nos moldes do que prevê o Código de Processo Civil.

Na utilização de provas *prima facie*, não realizar um saneamento adequado e não promover a inversão do ônus da prova durante essa fase procedimental pode gerar a limitação do contraditório substancial, não permitindo que as partes desde logo colaborem na formação do conteúdo das presunções realizadas pelo juízo de forma a garantir justiça no caso concreto.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, E. M. **Exegese do Código de Processo Civil**. Vol IV. Tomo I. Rio de Janeiro: AIDE, 1981.

BARBOSA MOREIRA, J. C. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. **Revista Forense**, v. 261, p. 13-19, 1980.

BARBOSA MOREIRA, J. C. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.

BUZAID, A. Do ônus da prova. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 57, p. 113-140, 1962.

CAMBI, E. A prova civil. Admissibilidade e relevância. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006.

CHIOVENDA, G. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Nicola Jovene EC, 1928.

DEI VECCHI, D. **Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio**. Lima: Zela, 2020.

DIDIER JR., F. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo código de processo civil brasileiro. **Revista Direito Mackenzie**, v. 11, n. 2, p. 129-155, 2017.

DUFOUR, G.; OUELLET, R. Le fardeau de preuve : constat prima facie d'un décalage entre théorie et pratique, et de la nécessité d'une théorie de la preuve à l'OMC. **Revue internationale de droit économique**, v. 31, n. 1, p. 47-78, 2017.

HERLITZ, G. N. The meaning of the term *prima facie*. **Louisiana Law Review**, v. 55, n.2, p. 391-408, 1994.

LABANDEIRA, E. Las máximas de experiencia en los procesos canónicos. **Revista Ius Canonicum**, n. 57, p. 245-273, 1989.

MARINONI, L. G. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 3, n. 5, p. 188-201, 2005.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. Prova e convicção. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015.

NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivum, 2019.

PATTI, S. Libero convincimento e valutazione delle prove. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 40, n. 3, p. 481-519, 1985.

PISTOLESE, G. R. **La prova civile per presunzioni e le cosiddette massime di esperienza**. Padova: CEDAM, 1935.

ROBLES, C. C. La presunción de hecho como figura jurídica en el derecho procesal civil alemán. **Revista de Estudios de la Justicia**, n. 20, p. 115-170, 2014.

ROSEMBERG, L. **Tratado de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ejea, 1955.

SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 2, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, M. A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4 (arts. 332 a 475). Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SCHMITZ, L. Z. **Raciocínio probatório por inferências: critérios para o uso e controle das presunções judiciais**. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

SILVESTRE, G. F. **As máximas de experiência no processo civil**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Vitória, 2009a.

SILVESTRE, G. F. Máximas de experiência e verdade processual: a construção da decisão justa para o caso concreto. **Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.

SILVESTRE, G. F. **As máximas de experiência no processo civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVESTRE, G. F. O papel da *communis opinio* e da *præsumptio hominis* na prova civil e penal: valoração *lato sensu* das circunstâncias fáticas e jurídicas *id quod plerumque accidit*. In: ROCHA, C. J.; MADUREIRA, C.; GONÇALVES, T. F. (Orgs.). **Direito, processo e justiça em debate**. v. 2. Curitiba: CRV, p. 167-190, 2020.

SILVESTRE, G. F. *A præsumptio hominis* do art. 375 do novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº. 13.105/2015). **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, n. 5, p. 753-776, 2017.

SILVESTRE, G. F.; BORGES, C. B.; BENEVIDES, N. S. The application of the dynamic theory of the burden of proof in civil matter after the validity of the code of civil procedure of 2015: an analysis of decisions. **Revista Jurídica**, v. 1, n. 58, p. 137-158, 2020.

STEIN, F. **El conocimiento privado del juez**. 2. ed. Tradução de Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

TARUFFO, M. Certezza e probabilità nelle presunzioni. **Il foro italiano**, v. 97, p. 83/84-111/112, 1974.

TARUFFO, M. **La prueba de los hechos**. Tradução de Jordi Ferri. Madrid: Trotta, 2002.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Grupo Forense, 2015.

TONINI, P. A prova no processo penal italiano. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

TUCCARI, E. La prova del pregiudizio non patrimoniale attraverso le presunzioni. **La nuova giurisprudenza civile commentata**, n. 10, p. 1012-1022, 2011.

# REMIÇÃO POR ESTUDO PARA A (RE)INSERÇÃO SOCIAL: O DIREITO À EDUCAÇÃO SUPERIOR AO APENADO NO REGIME FECHADO

## *REMISSION BY STUDY FOR SOCIAL (RE)INSERTION: THE RIGHT FOR COLLEGE EDUCATION TO THE CHAIRMAN IN THE CLOSED SCHEME*

Valmôr Scott Júnior\*

Vanessa Borges Carbonari\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Institutos em prol da (re)inserção social. 2.1 Da assistência. 2.1.1 Da assistência educacional. 2.2 Da remição. 3 Remição educacional no Brasil. 3.1 O instituto e seus desdobramentos. 4 A educação como fator de (re)inserção social. 5 A educação superior ao apenado no regime fechado: uma discussão a partir da jurisprudência do TJ/RS. 5.1 Recorte temporal 2012-2020: realidade prisional. 5.2 Remição por estudo: a divergência entre julgados. 6 Conclusão.

**RESUMO:** A educação, além de ser um direito social constitucionalmente garantido no Brasil, também afeta a realidade carcerária do país através do instituto da remição por estudo. Este tem por função diminuir a pena recebida pelo agente em razão de horas de estudo no cárcere. Nesse contexto, o presente estudo busca compreender, através de julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJ/RS, como o sistema judicial brasileiro utiliza a ferramenta de (re)inserção social da remição por estudo no que se refere a apenados de regime fechado que tenham a intenção de acessar a Educação Superior. Neste estudo foi realizada uma pesquisa bibliográfica-documental de caráter qualitativo, com doutrinas em matéria penal e processual penal, como fonte principal de referencial teórico, somado à pesquisa jurisprudencial sobre o tema no site oficial do TJ/RS. Assim, discorreu-se sobre o instituto da remição por estudo, correlacionando-o com o viés ressocializador da educação. Finalmente, apresentou-se o perfil do encarcerado no estado do Rio Grande do Sul e discutiu-se, a partir dessa realidade, julgados do TJ/RS que tratam da possibilidade de remição por estudo em estabelecimento de Educação Superior para o encarcerado no regime fechado. Dessa forma, concluiu-se haver uma instabilidade por parte do Judiciário em aplicar com segurança o instituto da remição por estudo, especialmente, no que diz respeito ao apenado de regime fechado que busca a Educação Superior.

**Palavras-chave:** educação superior; regime fechado; remição; ressocialização.

**ABSTRACT:** *Education, in addition to being a constitutionally guaranteed social right in Brazil, also affects the country's prison reality through the remission institute by study. This has the function of*

\* Professor de Direito na Universidade Federal de Pelotas - UFPel. Pesquisador e Professor no Mestrado em Direito - PPGD/UFPel, na LP2 - Direito e vulnerabilidade. Coordenador do Grupo de Estudo Direito, Educação e Vulnerabilidade - GEDEV, junto à UFPel. Atua na área do Direito, Educação e minorias.

\*\* Acadêmica da faculdade de Direito - UFPel, membro do Grupo de Estudo Direito, Educação e Vulnerabilidade - GEDEV, junto à UFPel.

Artigo recebido em 09/03/2021 e aceito em 21/02/2022.

**Como citar:** SCOTT JÚNIOR, Valmôr; CARBONARI, Vanessa Borges. Remição por estudo para a (re)inserção social: o direito à educação superior ao apenado no regime fechado. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 41, p. 253, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

*decreasing the penalty received by the agent due to hours of study in prison. In this context, the present study seeks to understand, through judgments of Rio Grande do Sul Court of Justice - TJ/RS, how the Brazilian judicial system uses the tool of social (re)insertion of the remission by study regarding to closed regime prisoners that intend to access Higher Education. In this study, it was made a qualitative bibliographic-documental research, with criminal and criminal procedural matters doctrines, as the main source of theoretical reference, added to the jurisprudential research on the topic on the TJ/RS official website. Thus, we discussed the institute of remission by study, correlating it with the resocializing bias of education. Finally, the Rio Grande do Sul's prisoner profile is presented and, based on this reality, TJ/RS sentences who deal with the possibility of remission by study in a Higher Education establishment for the closed regime prisoner were discussed. Thus, it was concluded that there is an instability on the part of the Judiciary to safely apply the remission institute by study, especially regarding to the closed regime convicts that seeks Higher Education.*

**Keywords:** college education; closed regime; remission; resocialization.

## INTRODUÇÃO

O cárcere brasileiro e todo o sistema que o rodeia encontra-se em uma situação caótica que o desvia de seu fim. Ainda que a legislação penal, através da Lei de Execução Penal (LEP), traga como direcionador à execução penal, a (re)inserção do indivíduo em privação de liberdade e, em teoria, as ferramentas necessárias para isso, a exemplo da remição por estudo, não se faz necessário uma pesquisa extensa para concluir que isto é pouco/nada efetivado na prática, com base nos altos índices brasileiros de reincidência.

Diante dessa realidade, o presente estudo pretende discorrer sobre a seguinte pergunta de pesquisa: A partir dos julgados do Tribunal de Justiça/RS (TJ/RS), em que medida é efetivada a concessão da remição pelo estudo ao apenado no regime fechado, no que concerne à educação superior, como vértice da (re)inserção social? Neste sentido, essa pesquisa tem como objetivos: compreender o instituto da remição por estudo como vértice na (re)socialização do apenado e; a partir dos julgados do TJ/RS, compreender em que medida é efetivada a concessão da remição por estudo ao apenado em regime fechado, no que concerne à educação superior.

Quanto a metodologia, serão analisados e discutidos julgados do TJ/RS, sobre pedidos de remição por estudo, aos apenados em regime fechado, que busquem a educação superior. Para tanto, o recorte temporal tem como termo inicial o ano de 2012, ano seguinte a alteração do art. 126, da LEP, que acrescentou a possibilidade de remição por estudo e ampliação dessa possibilidade aos apenados no regime fechado e, como termo final, o ano de 2020, ano anterior à construção desse estudo. Ainda, para consubstanciar o presente trabalho, foi realizada uma pesquisa

bibliográfica-documental de caráter qualitativo, com doutrinas em matéria penal e processual penal, como fonte de conhecimento teórico.

A organização da escrita ocorrerá em capítulos, sendo que o primeiro aborda os institutos presentes na LEP que colaboram com a (re) inserção social do apenado; o segundo capítulo trata sobre a remição, em específico a remição por estudo e sua vinculação com a ressocialização do privado de liberdade; o capítulo seguinte analisa e discute a jurisprudência do TJ/RS que aborda o direito à educação superior ao apenado no regime fechado e; ao final, será apresentada a conclusão deste estudo.

A presente pesquisa apresentará, portanto, o importante instituto da remição por estudo ao apenado no regime fechado, que almeja a educação superior, seu vínculo com a (re)socialização destes apenados, por meio de uma discussão atenta à dissonância nos julgados do TJ/RS sobre a temática.

## **1 INSTITUTOS EM PROL DA (RE)INSERÇÃO SOCIAL**

A contextualização de alguns dos mecanismos disponibilizados pela LEP têm a pretensão de auxiliar o apenado na sua ressocialização. Na lei supracitada encontra-se um número considerável de institutos. Contudo, para o presente estudo, foram selecionados aqueles que mais coadunam com a proposta de pesquisa apresentada.

### **1.1 Da assistência**

As diretrizes que regem as assistências são trazidas pela LEP, a partir do art. 10 até o art. 27, sendo os dois primeiros artigos voltados para o estabelecimento de normas gerais que regem o instituto. Sendo assim, o legislador explicitou no primeiro artigo do Capítulo que a assistência disciplinada, para além de ser uma responsabilidade do Estado, tem como objetivo principal reger a natureza da pena: a ressocialização. Isto demonstra a preocupação em prevenir futuros crimes e evitar a reincidência, grande problema na realidade penal do nosso país (MARCÃO, 2001). Em seu segundo dispositivo legal (art. 11), tratou de elencar, em rol indicativo, as espécies de assistência, as quais o Estado obriga-se a fornecer, na execução penal, em observância à Resolução da Organização das Nações Unidas (ONU), que estabelece as regras mínimas para o tratamento do preso, sendo: assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Contudo, a seguir, o texto dará ênfase à assistência educacional e ao instituto da remição, em especial, a remição por estudo.

## 1.2 Da assistência educacional

A assistência educacional é necessária na medida em que possibilita o exercício do direito à educação, direito humano básico para o pleno desenvolvimento do sujeito. Para corroborar:

A assistência educacional deve ser uma das prestações básicas mais importantes não só para o homem livre, mas também àquele que está preso, constituindo-se, neste caso, em um elemento do tratamento penitenciário como meio para reinserção social (MIRABETE, 2014, p. 65)

No que concerne a sua positivação na legislação, o instituto da assistência educacional na execução penal está explicitado em cinco artigos na LEP (arti. 17 ao art.21). Nestes dispositivos legais o legislador traz a maneira como será regido o estabelecimento da educação no cárcere, tendo como balizador a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, da Assembléia Geral das Nações Unidas e, as Regras de Mandela (Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos) (CNJ, 2016).

O art. 17 menciona: “A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado” (BRASIL, 1984). Esse dispositivo legal estabelece o duplo viés que o legislador concedeu à educação na Execução Penal, com a abrangência do caráter desalienante da instrução escolar, com o intuito de acrescer conhecimento básico e essencial à formação escolar regular como, também, o caráter empoderador e propulsor de autonomia e autossuficiência da formação do sujeito voltada ao ensino profissionalizante.

Quando vinculado ao Direito internacional, esse artigo legal encontra respaldo na DUDH, em específico, em seu art. 26, conforme observado em seus incisos:

I. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

II. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações, e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

III. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos (ONU, 1948).

Neste cenário, convém mencionar o art. 18, o qual disciplina: “O ensino de primeiro grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da unidade federativa.” (BRASIL, 1984). Novamente, observa-se as recomendações do art. 26, I, da DUDH, no que diz respeito a obrigatoriedade do ensino de primeiro grau, atualmente, denominado Ensino Fundamental. Acrescido a isto, o legislador reforça a obrigação do Ensino Fundamental integrar a execução penal no sistema de ensino de cada estado, na tentativa de economia de recurso público (MARCÃO, 2001).

Essa escolha legislativa demonstra consonância com o Direito internacional. Em especial a Resolução n. 43/173, de 1988, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em seu Princípio 28; vejamos:

A pessoa detida ou presa tem direito a obter, dentro do limite dos recursos disponíveis, se provierem de fundos públicos, uma quantidade razoável de material educativo, cultural e informativo, sem prejuízo das condições razoavelmente necessárias para assegurar a manutenção da segurança e da boa ordem no local de detenção ou de prisão (ONU, 1988).

Em consonância com esta Resolução e com o art. 26, da DUDH, a Lei nº 13.163/2015, acrescentou ao instituto da assistência educacional na LEP, por meio do art. 18-A. Esse dispositivo legal tem o intuito de preencher lacuna deixada em 1984, referente ao modo e recursos necessários para implementação da educação no cárcere, conforme observa-se a seguir:

Art. 18-A. O ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, será implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização. § 1º O ensino ministrado aos presos e presas integrar-se-á ao sistema estadual e municipal de ensino e será mantido, administrativa e financeiramente, com o apoio da União, não só com os recursos destinados à educação, mas pelo sistema estadual de justiça ou administração penitenciária. § 2º Os sistemas de ensino oferecerão aos presos e às presas cursos

supletivos de educação de jovens e adultos. § 3º A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal incluirão em seus programas de educação à distância e de utilização de novas tecnologias de ensino, o atendimento aos presos e às presas (BRASIL, 2015).

No que concerne ao ensino profissionalizante, durante a execução, o art. 19 apresenta as seguintes orientações:

Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição (BRASIL, 1984).

Nesse dispositivo legal, mais uma vez, o legislador reforçou a importância da educação profissional para o apenado e, conseqüentemente, para a sociedade em geral. Uma vez que explora a possibilidade do ensino ser oferecido tanto àqueles que gostariam de aprimorar seus conhecimentos, quanto àqueles que precisam iniciar o processo profissionalizante.

Em continuidade, o art. 20 menciona: “As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados” (BRASIL, 1984). O legislador trata de diretrizes ao poder público, na configuração em que poderia ocorrer a implementação da assistência educacional.

Para finalizar a temática do instituto da assistência educacional na LEP, o legislador estabelece no art. 21, obrigatoriedade de biblioteca nos estabelecimentos penais. Vejamos: “Art. 21 - Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos” (BRASIL, 1984).

Contudo, não trata-se apenas de um espaço físico com livros a ser disponibilizado aos apenados, pois há outros fatores a serem observados ao oferecer uma biblioteca aos presos como, por exemplo, apresentar os livros para estes sujeitos. Neste sentido:

Assim que a Biblioteca passou a funcionar, avaliamos que não bastava colocar os livros nas estantes e disponibilizá-los aos detentos, eles não fazem ideia do que ler, pois, a maioria mal tem o ensino fundamental. Então se observou que em verdade era necessário apresentar o livro aos presos, fazer a mediação de leitura, fato este que surpreendentemente ocorreu espontaneamente de modo inesperado (COLARES; LINDEMANN, 2015, p. 210)

Neste contexto, a Lei 13.163/2015 modificou este dispositivo, por meio do acréscimo que estabelece as informações prioritárias a serem recolhidas através do censo penitenciário:

Art. 21-A. O censo penitenciário deverá apurar:  
I - o nível de escolaridade dos presos e das presas;  
II - a existência de cursos nos níveis fundamental e médio e o número de presos e presas atendidos;  
III - a implementação de cursos profissionais em nível de iniciação ou aperfeiçoamento técnico e o número de presos e presas atendidos;  
IV - a existência de bibliotecas e as condições de seu acervo;  
V - outros dados relevantes para o aprimoramento educacional de presos e presas (BRASIL, 2015).

Diante destas considerações, é relevante enfatizar a necessidade da formação de uma base de dados a ser elaborada a partir desse dispositivo legal. Apenas através de uma análise concreta da realidade prisional será possível discutir, com responsabilidade e comprometimento, os mecanismos disponibilizados pelo legislador, na LEP, e sua efetividade no tocante ao fim último do instituto da assistência educacional na execução penal brasileira, qual seja, a ressocialização do privado de liberdade.

### **1.3 Da remição**

O instituto da remição é apresentado pela LEP, em seus arts. 126 a 130, sendo direcionado aos apenados no regime fechado e semi-aberto, podendo ser utilizado tanto em razão de trabalho quanto por estudo (BRASIL, 1984). Nesse sentido, a remição por trabalho refere-se à contração de 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho, comprovados pelo diretor do estabelecimento penal, ao passo que a remição por estudo consiste na contração de 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de estudos divididos em, no mínimo, 3 (três) dias (BRASIL, 1984).

Entretanto, para além disso, é um importante mecanismo para a sociedade, pois ao utilizar o instituto da remição, o apenado estará em atividade, por meio do trabalho, do estudo ou de ambos. Assim, possibilita a reabilitação voluntária a fim de retornar à sociedade, levando a cabo a pena em seu fim último: a ressocialização (MARCÃO, 2001).

Contudo, como é relevante para este estudo, a remição por estudo será abordada com mais profundidade na sequência, em que serão apresentadas as regras específicas elencadas pela legislação.

## **2 REMIÇÃO EDUCACIONAL NO BRASIL**

Este tópico abordará o instituto da remição por estudo no Brasil. Inicialmente, será apresentada a contextualização acerca da aplicação da remição por estudo no ordenamento jurídico brasileiro, traçando um paralelo do fator libertador da educação com a realidade dos apenados em regime fechado.

Antes de iniciar o movimento social e político que ensejou na aprovação da Lei nº 11.433/2011, houve uma tentativa do Judiciário de, em alguns estados brasileiros, institucionalizar a remição por estudo através de analogia.

O primeiro caso conhecido ocorreu no Rio Grande do Sul, na década de 1990. Alguns integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público gaúcho entenderam cabível instituir uma analogia entre a remição por trabalho, já existente na legislação, e o desenvolvimento da educação em estabelecimentos prisionais (TORRES, 2019). Em seguida, no ano 2000, o secretário de Administração Penitenciária do estado de São Paulo tomou conhecimento das supracitadas decisões e, influenciado por essa movimentação do Judiciário gaúcho, tentou implementar, nos estabelecimentos penais de São Paulo, a remição por estudo.

Contudo, o projeto encontrou resistência de alguns setores importantes, inclusive do próprio Judiciário, responsável pelas Varas de Execução paulista e, do MP, pelo fato de não haver lei que regulamentasse tal benefício (TORRES, 2019).

Esta movimentação desdobrou-se na produção de julgados díspares e, em uma recorrente controvérsia acerca do assunto. Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2007, publicou a Súmula 341, a qual estabelece: “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto” (BRASIL, 2007). Porém, a supracitada Súmula não significava na possibilidade de redução de pena por tempo de estudo, uma vez que, caso o juiz fosse contrário a mesma, o apenado precisava requerer o desconto através de um novo processo judicial com esse fim (TORRES, 2019).

Finalmente, em 2008, houve uma expressiva mudança na compreensão da supracitada Súmula a fim de tornar possível o reconhecimento da remição por estudo através da analogia com a remição por trabalho. Isto porque o Poder Judiciário do estado do Mato Grosso do Sul editou a Portaria n. 002/2008, que reconhece a Súmula e estipula o cálculo de redução de um dia de pena para cada três dias de estudo (TORRES, 2019). Como consequência, até 2010, o regimento havia sido recepcionado pelo Judiciário de nove estados: Rio de Janeiro, Paraná, Espírito Santo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Distrito Federal, Rondônia, Ceará e São Paulo (TORRES, 2019).

Isto posto, é certo que essas iniciativas foram o prenúncio da consolidação do instituto da remição educacional na legislação brasileira e colaboraram como parâmetro inicial para a posterior Lei n. 12.433/2011.

## **2.1 O instituto e seus desdobramentos**

O estudo apresenta-se com uma possibilidade com grande potencial de êxito para a ressocialização do apenado. Tanto é que “o estudo - assim como o trabalho ou quiçá em grau superior – tem o condão de instigar o cidadão-apanado e aufere perspectivas de uma vida digna pós-presídeo” (CARVALHO et al, 2007, p. 129).

A remição educacional, legalmente, foi inserida na legislação brasileira com a promulgação da Lei nº 12.433/2011, o que tornou o Brasil o último país da América Latina a institucionalizar o dispositivo. Dessa forma, a Lei em questão alterou a redação dos artigos 126, 127, 128 e 129 da LEP, tendo em vista a oferta da educação na prisão como ferramenta viável de recuperação e (re)inserção social do privado de liberdade.

Com a nova redação, permite-se ao apenado de regime fechado ou semiaberto a redução de 1 (um) dia de pena para cada 12 horas de estudo, divididas em, no mínimo, três dias. Essa escolarização, também, é ofertada em nível fundamental, médio, superior, ou ainda de qualificação ou requalificação profissional, podendo ser realizada de forma presencial ou a distância, desde que reconhecida e registrada pelos órgãos educacionais certificadores (TORRES, 2019). Vejamos a legislação:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º: A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

§ 2º: As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados (BRASIL, 2011).

A nova redação permite ao privado de liberdade a cumulação simultânea de remição. O indivíduo pode reduzir a pena tanto pelo estudo quanto pelo trabalho, remindo a pena, desta forma, “em dobro”. Ainda, o art. 126 estabelece que, ao apenado impedido de frequentar a atividade por acidente, deve ser mantida a remição, o que reforça seu caráter de direito garantido e não mero privilégio (TORRES, 2019). Observemos o referido dispositivo legal:

§ 3º: Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem.

§ 4º: O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição (BRASIL, 2011).

Outra importante alteração realizada pelo legislador ocorreu no sentido de garantir uma remição “bônus” aos apenados que concluírem etapas de aprendizagem, como forma de estímulo a não desistência (TORRES, 2019). Ainda, estendeu a possibilidade de remição à apenados do regime aberto ou semiaberto, com ressalvas:

§ 5º: O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

§ 6º: O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo (BRASIL, 2011).

No art. 126, o legislador decidiu garantir, ao preso provisório, a possibilidade de ingresso à escola e abatimento de pena em razão

disso. Contudo, devido à posição incerta de quem encontra-se em prisão provisória, essa escolha legislativa levanta ressalvas. A escolarização é, de fato, um planejamento de médio a longo prazo para o apenado e, a falta de perspectiva de tempo à espera de uma condenação ou absolvição é, certamente, um desestímulo (TORRES, 2019).

No art. 126, por questão de política processual, o legislador estabelece que a efetivação da remição é garantida apenas pelo juiz da execução penal, após ouvida a manifestação da promotoria e do advogado de defesa do privado de liberdade (TORRES, 2019). Neste sentido, convém ficar atento à legislação: “§ 7º : O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar; § 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa” (BRASIL, 2011).

Neste cenário, ressalta-se a intenção do legislador em abrandar o agravamento da pena em dois artigos. O primeiro é o art. 127, ao estipular a redução de 1/3 dos dias remidos em caso de falta grave, em detrimento da redação anterior que estipulava a perda total dos dias remidos. O segundo é o art. 128, decorrente da revogação do art. 128, da LEP de 1984, que previa a aplicação do tempo remido durante o livramento condicional e o indulto, entretanto, com a redação da Lei 12.433/2011, a redução de pena ocorre a qualquer tempo (TORRES, 2019):

Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

Art. 128. O tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos (BRASIL, 2011).

Como já mencionado, cabe ao juiz da execução efetivar a remição educacional, contudo, o legislador estabeleceu às autoridades penitenciárias dos estados, no caso de prisões estaduais, e ao Depen, no caso de prisões federais, noticiar aos respectivos juízes a relação de presos que estudam e documentar detalhadamente a frequência, carga horária, etc (TORRES, 2019). Aos presos que for permitido estudar fora dos estabelecimentos penais, cabe à respectiva unidade de ensino essa documentação. Vejamos o último artigo alterado pela Lei 12.433/2011:

Art. 129. A autoridade administrativa encaminhará mensalmente ao juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, com informação dos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles.

§ 1º : O condenado autorizado a estudar fora do estabelecimento penal deverá comprovar mensalmente, por meio de declaração da respectiva unidade de ensino, a frequência e o aproveitamento escolar.

§ 2º : Ao condenado dar-se-á a relação de seus dias remidos (BRASIL, 2019).

Ademais, em decorrência da importância que a instrução tem como elemento de (re)inserção social fora dos muros dos estabelecimentos penais (TORRES, 2019), surgiram novas interpretações por parte do Judiciário em relação ao que poderia caracterizar-se como estudo para fins de remição. Essas interpretações coadunaram em jurisprudência consolidada no sentido de estender a possibilidade de redução de pena à apenados chamados de “leitores resenhistas” (TORRES, 2019). Essa jurisprudência resultou na Recomendação n. 44, de 26 de novembro de 2013, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Dessa forma, institucionalizou-se a remição pela leitura, estipulando a possibilidade de dedução de quatro dias de pena a cada livro lido e resenhado:

Art. 1º: Recomendar aos Tribunais que: [...] V - estimular, no âmbito das unidades prisionais estaduais e federais, como forma de atividade complementar, a remição pela leitura, notadamente para apenados aos quais não sejam assegurados os direitos ao trabalho, educação e qualificação profissional, nos termos da Lei n. 7.210/84 (LEP - arts. 17, 28, 31, 36 e 41, incisos II, VI e VII), observando-se os seguintes aspectos: [...] e) procurar estabelecer, como critério objetivo, que o preso terá o prazo de 21 (vinte e um) a 30 (trinta) dias para a leitura da obra, apresentando ao final do período resenha a respeito do assunto, possibilitando, segundo critério legal de avaliação, a remição de 4 (quatro) dias de sua pena e ao final de até 12 (doze) obras efetivamente lidas e avaliadas, a possibilidade de remir 48 (quarenta e oito) dias, no prazo de 12 (doze) meses, de acordo com a capacidade gerencial da unidade prisional; (CNJ, 2013).

Destarte, é evidente que a socialização do homem é um movimento gradativo que estende-se por toda a sua vida, contudo, não existem dúvidas acerca do papel fundamental que a educação ocupa neste processo. Dessa forma, é deveras pertinente afirmar que apenas o conhecimento é capaz de atribuir ao homem um olhar crítico de si mesmo, fornecendo-lhe as ferramentas necessárias para que (re)construa sua trajetória de vida.

### 3 A EDUCAÇÃO COMO FATOR DE (RE) INSERÇÃO SOCIAL

A educação articula-se como possibilidade de instrução para qualquer sujeito, sendo necessária dentro da dinâmica da sociedade atual em relação ao mercado de trabalho. Contudo, para além disto, a relevância da educação desenvolvida no cárcere perpassa por questões mais complexas que o simples preparo para o mercado de trabalho ou para a diminuição da pena do sujeito.

A população carcerária brasileira é composta por sujeitos provenientes de camadas sociais cuja realidade é de não permanência na escola regular no período socialmente considerado como o “normal” (TORRES, 2019). Assim, carregam, desde a infância, o fracasso escolar responsável pela imposição silenciosa de uma seletividade de acesso que os transporta automaticamente para o lado oposto do “muro” social (TORRES, 2019). Estes homens analfabetos ou de mínima escolarização estão à margem da dimensão estrutural da realidade em sociedade. Ao compreender-se estes sujeitos quase como “homens doentes” dentro de uma perspectiva social, é possível então visualizar a educação como o “tratamento” necessário para os permitir “retornar” ao lado “sadio” do muro social (FREIRE, 1980).

Destarte, a educação dentro do cárcere possui um fator de libertação do sujeito, tendo em vista a educação como um ato de cognição acerca da realidade, que o conduz à conscientização (FREIRE, 1980). Neste contexto, ressalta-se que o homem, ao estabelecer suas relações iniciais com o mundo e a sociedade, assim o faz com ingenuidade. Diante disto, é fundamental sua conscientização para torná-lo capaz de adentrar em um campo crítico acerca da sua própria realidade (FREIRE, 1980). A educação é um processo cultural cuja consequência é transformar o privado de liberdade em um “sujeito cognoscente” (FREIRE, 1980). Neste sentido, afirma Freire (1980):

Aqueles que estão “conscientizados” apoderam-se de sua própria situação, inserem-se nela para transformá-la, ao menos com seu projeto e com seus esforços. Portanto, a conscientização não pode pretender nenhuma “neutralidade”. Como consequência que é da educação, demonstra que esta também não poderia ser neutra, porque se apresenta sempre, queiramos ou não, como “a forma própria de uma ação do homem sobre o mundo” (FREIRE, 1980, p. 77).

Portanto, tendo o sujeito a conscientização primordial à alfabetização e à escolarização, concebe-se a mesma como único mecanismo capaz de inserir, nos privados de liberdade, uma visão crítica acerca do seu papel na construção da história e da sua própria existência (FREIRE, 1980). A educação na realidade prisional, para além de um direito do apenado e de um mecanismo de política processual de redução de pena, perfaz-se como uma importante ferramenta para que os indivíduos encarcerados procedam de uma forma diferente frente à realidade em que se encontram (FREIRE, 1980).

Enfim, é necessário legitimação da educação, por parte das autoridades públicas, como elemento fundamental de uma política penal humana e digna, frente a visão deturpada da sociedade brasileira, que entende o cárcere apenas como um lugar de segregação e morte social do indivíduo.

#### **4 A EDUCAÇÃO SUPERIOR AO APENADO NO REGIME FECHADO: UMA DISCUSSÃO A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO TJ/RS**

Ao analisar a jurisprudência do TJ/RS, no que concerne à possibilidade do apenado, no regime fechado, ter acesso à educação superior e, conseqüentemente, exercer a garantia do seu direito à remição por estudo, foi realizada uma busca no site oficial do TJ/RS, sendo que resultou num total de duas decisões que serão devidamente apresentadas e comentadas. Antes da apresentação dos resultados e da discussão das decisões, se faz mister informar que a presente pesquisa jurisprudencial foi realizada por meio dos seguintes indicadores: remição, estudo, ensino superior.

##### **4.1 Recorte temporal 2012-2020: realidade prisional**

O recorte temporal utilizado para a busca tem como termo inicial o ano subsequente à promulgação da Lei nº 12.433/2011, responsável por alterar a LEP em diversos artigos legais. Ainda, o termo final escolhido para a pesquisa jurisprudencial foi o ano de 2020, pois antecede o presente estudo.

Antes de adentrarmos na apresentação dos julgados resultantes da pesquisa supracitada e iniciar uma discussão acerca dos mesmos, se faz necessário traçar um perfil sobre o preso gaúcho.

Contudo, pela extensão da análise dos dados que os relatórios do Infopen, entre 2012 e 2020, proporcionam, optou-se por realizar um recorte que consiste no comparativo entre os dados do Infopen de 2012 e os dados do Infopen de 2020. Uma vez realizada esta delimitação, vejamos.

De acordo com dados do Infopen publicados em dezembro de 2012, haviam no Rio Grande do Sul, 29.243 pessoas custodiadas no sistema penitenciário, sendo 27.341 homens e 1.902 mulheres. Diante disso, é possível estabelecer o primeiro aspecto do perfil carcerário do estado na época, qual seja, a composição de 93,5% de homens, conforme Figura 1.

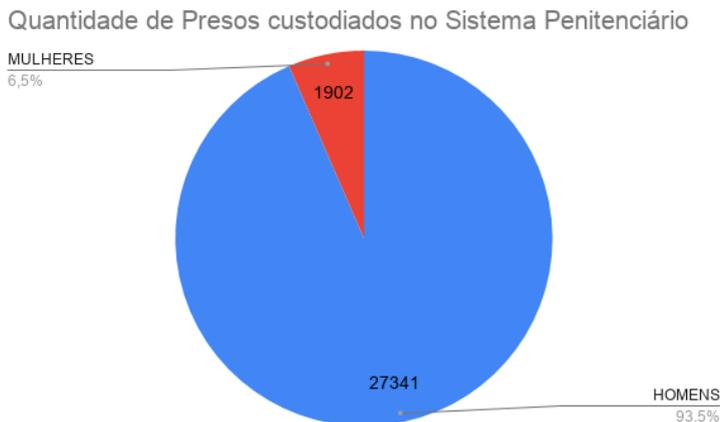


Figura 1 - Gráfico da quantidade de presos custodiados no Sistema Penitenciário do Rio Grande do Sul em 2012. Fonte: Elaborado pela autora a partir das informações do Infopen, 2012.

Desse montante de 27.341 apenados homens, 6.721 tinham entre 25 a 29 anos, sendo a maioria: 24,6%. Por fim, é importante apontar que, do total de apenados, 18.222 tinham cor de pele/etnia branca. Dessa forma, conclui-se que o perfil do preso era de maioria homem, branco, com idade entre 25 a 29 anos.

Destarte, é importante apontar os dados referentes à instrução desse apenado e seu vínculo com a atividade educacional no cárcere. O Infopen de 2012 apontou que, do total de apenados homens, um montante de 17.242 presos tinham apenas o Ensino Fundamental incompleto. Em contrapartida, uma minoria: 92 presos tinham Ensino Superior completo. Na Figura 2 é possível observar a realidade educacional do cárcere, o que evidencia a necessidade de discussões sobre a educação como importante intervenção.



Figura 2 - Gráfico da quantidade de pessoas presas por grau de instrução no Sistema Penitenciário do Rio Grande do Sul em 2012. Fonte: Elaborado pela autora a partir das informações do Infopen, 2012.

Nesse sentido, ainda, expõe o Infopen (2012) que apenas 1.601 apenados realizavam alguma atividade educacional, sendo um total que representa 5,35% da massa carcerária masculina na época. Por fim, é pertinente ressaltar que, enquanto um total de 970 presos cursavam o Ensino Fundamental, apenas um apenado cursava o Ensino Superior (considerando apenados no regime fechado, semiaberto e aberto). Dessa forma, conforme Figura 3, conclui-se que apenas 0,1% dos presos do Rio Grande do Sul, em 2012, poderiam solicitar remição da pena por estudo na educação superior.

### Quantidade de Presos em Atividade Educacional

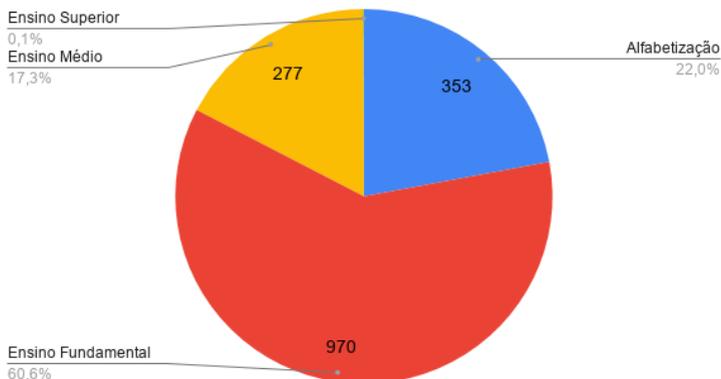


Figura 3 - Gráfico da quantidade de presos em atividade educacional no Sistema Penitenciário do Rio Grande do Sul em 2012. Fonte: Elaborado pela autora a partir das informações do Infopen, 2012.

A seguir, se faz necessário traçar o perfil do cárcere no Rio Grande do Sul no termo final da pesquisa, qual seja, 2020. Com o intuito de estabelecer um paralelo comparativo da realidade prisional gaúcha após oito anos, com enfoque especial na problemática da educação.

De acordo com os dados do Infopen de 2019 (sobre 2020, o Infopen, ainda, não publicou dados), a população carcerária do Rio Grande do Sul atingiu um montante de 41.272 presos, sendo 39.192 homens e 2.080 mulheres; sendo que isso significou um aumento de 41,13% na quantidade de presos/internados durante o recorte temporal do presente estudo. Desse total, conforme demonstrado na Figura, 4, 95% eram homens, representando, assim como em 2012, o primeiro aspecto do perfil carcerário.

#### Quantidade de Presos custodiados no Sistema Penitenciário

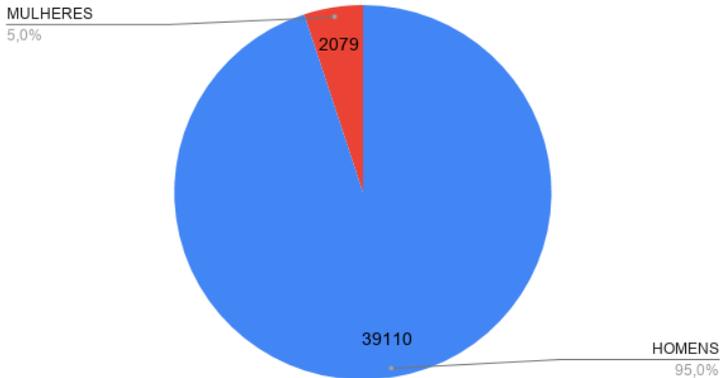


Figura 4 - Gráfico da quantidade de presos no Sistema Penitenciário do Rio Grande do Sul em 2019.

Fonte: Elaborado pela autora a partir das informações do Infopen, 2019.

Ainda, em contraposição a 2012, a maior quantidade de homens presos, por faixa etária tinha em 2019, entre 35 a 45 anos, num total de 10.066 presos. Enquanto os apenados na faixa etária de 25 a 29 anos totalizavam apenas 20,45%, em um total de 8.013 homens. Em compensação, manteve-se, em 2019, uma maioria de homens presos de cor de pele/etnia branca, com um número total de 24.901, o que perfaz 63,5% da massa carcerária.

Dessa forma, conclui-se que o perfil carcerário no Rio Grande do Sul, em 2019, manteve-se com a maioria homens brancos, tendo como diferença a faixa etária predominante, que passou da faixa etária entre 25 a 29 anos para a faixa etária entre 35 a 45 anos.

Na problemática da educação no cárcere, o Infopen publicizado em dezembro de 2019 demonstrou que, dos 39.192 homens custodiados no sistema prisional do Rio Grande do Sul, 22.858 tinham Ensino Fundamental incompleto, totalizando uma maioria de 58,3%, conforme Figura 5.

Categoria: Quantidade de pessoas presas por grau de instrução

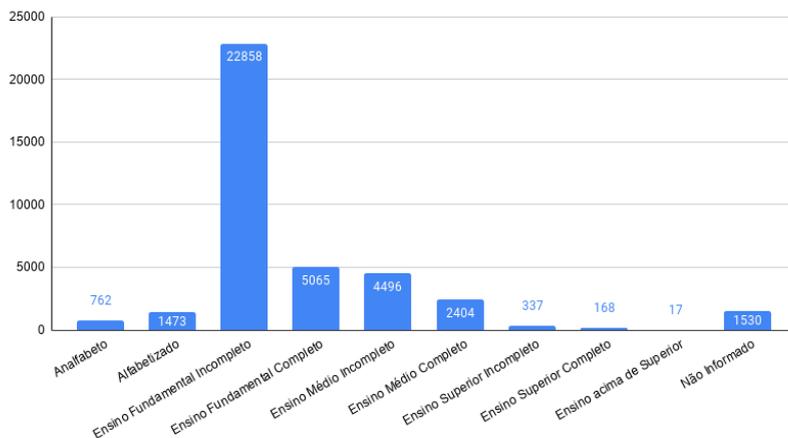


Figura 5 - Gráfico da quantidade de pessoas presas por grau de instrução no Sistema Penitenciário do Rio Grande do Sul em 2019.

Fonte: Elaborado pela autora a partir das informações do Infopen, 2019.

Em contrapartida, somente 168 apenas tinham Ensino Superior completo. Ao traçar um paralelo na quantidade de pessoas presas por grau de instrução de 2012 a 2019, é possível observar, através da Figura 6, um aumento de 32,6% no número de homens encarcerados com Ensino Fundamental incompleto.

Comparativo na quantidade de pessoas presas por grau de instrução de 2012 a 2019

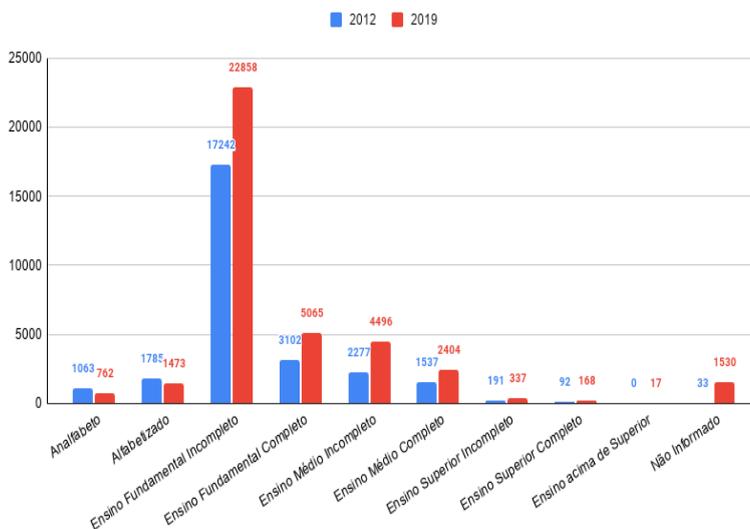


Figura 6 - Tabela comparativa da quantidade de pessoas presas por grau de instrução no Sistema Penitenciário do Rio Grande do Sul de 2012 a 2019. Fonte: Elaborado pela autora a partir das informações do Infopen, 2019.

Finalmente, importa destacar que, em 2019, apenas 2.566 apenados homens realizavam atividades educacionais no cárcere. Isto representa um total de 6,55%, tendo como referencial de cálculo os 39.192 homens atrelados ao sistema prisional na época. Desses 2.566 homens, 1.055 cursavam o ensino fundamental, todos na modalidade presencial, sendo que apenas 13 homens estavam cursando o Ensino Superior, 12 na modalidade presencial e 1 na modalidade de educação à distância. Dessa forma, conclui-se que, em 2019, apenas 0,5% dos homens privados de liberdade que realizavam atividades educacionais poderiam solicitar a remição da pena por estudo na educação superior, conforme aponta a Figura 7.

Quantidade de Presos em Atividade Educacional

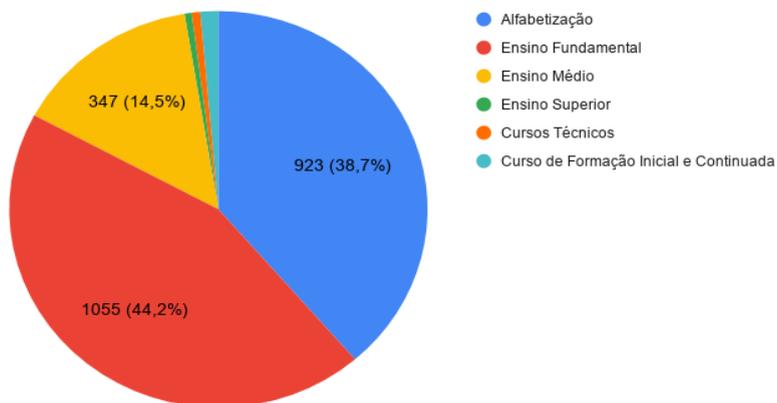


Figura 7 - Gráfico da quantidade de presos em atividade educacional no Sistema Penitenciário do Rio Grande do Sul em 2019. Fonte: Elaborado pela autora a partir das informações do Infopen, 2019.

Assim, diante da exposição dos dados acima, observa-se que, apesar de apresentar algumas divergências sobre perfil carcerário, na delimitação do recorte temporal do presente estudo, o sistema prisional do estado do Rio Grande do Sul ainda encontra, na temática da educação, um fator a ser considerado. Através dos perfis traçados acima, é possível refletir sobre as implicações do embate entre os julgados abordados no ponto subsequente.

## 4.2 Remição por estudo: a divergência entre julgados

Como resultado da pesquisa jurisprudencial, foram encontradas 2 (duas) decisões que apresentam vínculo com esse estudo, tendo como base julgados recentes que possibilitam o contraponto sobre a temática estudada. Ambas resguardam decisões opostas quanto ao acesso à educação superior pelo apenado no regime fechado e a possibilidade da pena ser remida por estudo em razão desse acesso.

Inicialmente, vejamos a ementa da decisão que nega o acesso e a possibilidade de remição:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. REGIME FECHADO.  
AUTORIZAÇÃO PARA FREQUÊNCIA

A CURSO DE ENSINO SUPERIOR. IMPOSSIBILIDADE. REMIÇÃO. ESTUDO. EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO. As regras contidas no artigo 35, §2º, do Código Penal e no artigo 122, II, da Lei de Execução Penal são taxativas ao autorizarem a frequência a curso de ensino superior apenas aos apenados submetidos ao regime semiaberto, resultando inviável a pretensão de ver concedida autorização para frequência a curso superior a preso submetido ao regime fechado. Exigindo o artigo 126 da Lei de Execução Penal, à remição de um dia de pena pelo estudo, a comprovação de doze horas de frequência escolar, a serem certificadas pela autoridade educacional competente, não há cogitar da adoção de recomendação cujos critérios destoam da norma legal que rege o instituto. AGRADO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (Agravo, Nº 70077262905, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em: 25-04-2018)

Na ementa acima evidencia-se, no voto do Relator Honório Gonçalves da Silva Neto, a negativa na concessão do instituto da remição por estudo. Convém observar a justificativa para tal decisão:

[...] Em tal contexto, não prospera a pretensão deduzida pelo agravante, que, apesar de não demonstrar estar vinculado a qualquer atividade regular de ensino, requer, com base na Recomendação n. 44/2013 do CNJ, a remição da pena em virtude da aprovação no ENEM.

Ora, a conclusão do ensino médio não autoriza a concessão da remição com base em parâmetros diversos daqueles previstos na Lei de Execução Penal, não havendo cogitar, pois, da adoção de recomendação – ato não vinculante, por excelência – cujos critérios, propondo remição fundada em ficção jurídica de horas de estudo, destoam da norma legal que rege o instituto (Agravo, Nº 70077262905, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em: 25-04-2018).

Diante disto, observa-se que o esforço do apenado em estudar, mesmo diante de uma infraestrutura precária, logrando aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), não parece ser o suficiente. Ainda, ressalta-se o argumento do relator de que não se poderia permitir a remição da pena em questão utilizando-se de uma mera recomendação, mesmo que emanada pelo CNJ. Para melhor compreensão da situação, segue excerto da recomendação em questão, em seu art. 1º:

Art. 1º Recomendar aos Tribunais que: [...] IV - na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal e realizar estudos por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico, logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), a fim de se dar plena aplicação ao disposto no § 5º do art. 126 da LEP (Lei n. 7.210/84), considerar, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino [fundamental ou médio - art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução n. 03/2010, do CNE], isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio; (BRASIL, 2013).

Como mencionado no presente estudo, o objetivo da pena no sistema penal brasileiro, para além da punição, é a (re)socialização do indivíduo transgressor. Desta forma, é evidente a tentativa do CNJ em abranger as possibilidades de remição da pena para que o instituto se coadune com este objetivo e, para que reflita a realidade da estrutura do sistema de educação do apenado.

Ainda que a recomendação do CNJ seja ato não vinculante, convém considerar que foi com base nesta recomendação que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) fundou jurisprudência acerca da efetiva possibilidade da remição por estudo que escapa daquele normativizado pela LEP. Vejamos:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. REMIÇÃO DE PENA. ART. 126 DA LEP. RECOMENDAÇÃO N. 44 DO CNJ. APROVAÇÃO TOTAL NO ENCCEJA. EDUCAÇÃO DE ADULTOS. CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] II - Esta Corte Superior firmou orientação no sentido de que é “viável a concessão da remição por atividades não expressas na lei, diante de uma interpretação extensiva in bonam partem do artigo 126 da Lei de Execução Penal.” (AgRg no AREsp n. 696.637/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 4/3/2016). Assim está autorizada

a concessão da remição pelo estudo nas hipóteses previstas na Recomendação n. 44/2013 do CNJ. [...] (HC 542.047/SC, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe de 26/11/2019).

Com base na jurisprudência supracitada, observa-se a distância entre o fim pretendido pela pena e o julgado analisado. Na incapacidade da letra da lei em refletir, torna-se pertinente realizar uma interpretação extensiva (CAPEZ, 2017). Nesse caso, conforme apontou o STJ na supracitada jurisprudência, é necessária uma interpretação extensiva in bonam partem do próprio art. 126, da LEP, para que seja possível conduzir a remição ao fim que se propõe.

Assim, conclui-se que o julgado em questão privou o detento de um acesso igualitário e constitucionalmente garantido à educação, nesse caso em particular, à educação superior, assim como confrontou diretamente com a orientação firmada pelo STJ, quanto à interpretação do art. 126 para fins de remição de pena.

Na sequência, segue a análise do próximo julgado encontrado na pesquisa em questão. Vejamos:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. REGIME FECHADO. PRISÃO DOMICILIAR PARA FREQUENTAR CURSO DE ENSINO SUPERIOR. MONITORAMENTO ELETRÔNICO. POSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. O artigo 126 da LEP admite que a frequência a curso superior seja utilizado para remição de pena, o que é o corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 341), não limitando o benefício ao regime semiaberto. Estudar é direito subjetivo do apenado, competindo ao Estado o dever de proporcionar condições a ele. Deve ser levado em consideração a importância do estudo, que acrescenta em termos de cultura e formação e que a lei assegura como forma de ressocialização, finalidade precípua da imposição da pena. No caso, o apenado demonstra grande interesse em se ressocializar por meio dos estudos, em instituição de ensino superior. Suas condições pessoais são amplamente favoráveis, visto que ele não possui nenhuma falta disciplinar ou outra anotação desabonatória. Além disso, consta nos autos que o recorrido encontra-se na antessala de progredir para o regime semiaberto. Ainda, o Estado não dá condições estruturais de fiscalizar a ida e a volta do recorrido, razão

pela qual o magistrado da execução criminal, que é quem fiscaliza a execução da pena, concedeu a prisão domiciliar. A prisão domiciliar perdura desde o mês de agosto de 2018, há quase um ano, portanto, período no qual o recorrido vem demonstrando comportamento plenamente satisfatório. A isso deve ser acrescentado que o recorrido está prestes a progredir de regime. Do ponto de vista político criminal, está-se diante de uma situação de fato quase consolidada. A esta altura, não faria sentido cassar a decisão recorrida, determinando o retorno do recorrido ao regime fechado, tendo a decisão perdurado quase um ano e estando o apenado na antessala de progredir de regime. Põe-se em debate o princípio da proteção à confiança legítima das decisões judiciais e da estabilidade do sistema. A norma não se aplica quando descolada da razoabilidade. Seria um contrassenso, portanto, neste momento, cassar a decisão recorrida, até mesmo por questões de política criminal aqui expostas. AGRADO MINISTERIAL DESPROVIDO. (Agravo, Nº 70079199964, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em: 27-02-2019).

Inicialmente, é perceptível nesse julgado o viés condizente com o objetivo da pena e com o princípio da individualização da mesma. A redação do dispositivo penal, quando com lacunas, precisa ser interpretada de forma extensiva *in bonam partem* ao réu (CAPEZ, 2017). O art. 126 da LEP traz a possibilidade de apenados do regime fechado remirem suas penas por meio da educação, ainda que o art. 122 da mesma Lei limite a saída da prisão com o objetivo de estudar à apenados do semiaberto, é possível interpretar-se extensivamente e conceder essa saída, também, aos apenados no regime fechado.

Como demonstra a ementa, essa foi a direção interpretativa do STJ, na Súmula 341. Ainda, ressalta-se que a escolha interpretativa encontra justificativa na própria falência do sistema carcerário pátrio. As contundentes violações de direitos dos apenados, como a vedação ao estudo encontram, muitas vezes, origem em problemas estruturais e administrativos do próprio sistema (MOURA, 2000), como é o caso da execução. Neste sentido, a própria ementa sinaliza que a incapacidade do Estado em fiscalizar ida e volta do apenado à instituição de Educação Superior é o que embasa a decisão de permitir a utilização de monitoramento eletrônico e a concessão de prisão domiciliar.

Em relação à Súmula mencionada, é interessante ressaltar que a mesma surgiu a partir de um julgamento de Habeas Corpus, no estado

de São Paulo - SP. Na ementa do referido HC, o Relator, Min. Gilson Dipp, fez uma importante colocação, que coaduna com o argumentado exposto no julgado acima e, com a necessidade de interpretação extensiva da LEP in bonam partem ao réu que, de acordo com Maximiliano (2003, p. 1) que considera a interpretação a aplicação da hermenêutica, a qual fixa os princípios que regem a interpretação. Sendo assim, a interpretação extensiva é aplicada com observância destes princípios. Vejamos:

Sendo um dos objetivos da lei, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e a sua readaptação ao convívio social, a interpretação extensiva se impõe in casu, se considerarmos que a educação formal é a mais eficaz forma de integração do indivíduo à sociedade (HC 30623/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 15/04/2004).

Conforme aponta o julgado, estudar é um direito subjetivo do apenado e implica na (re)integração do indivíduo à sociedade. Ainda, para reduzir os altos índices de reincidência criminal no país, é preciso uma mudança cultural na concepção da pena privativa como solução (MOURA, 2000). A transformação do direito penal da violência em um direito penal mais humanizado passa, necessariamente, por um esforço coletivo e coeso dos profissionais do sistema, personificados no julgado em questão pela Terceira Câmara Criminal do TJ/RS, no que concerne à diminuição da estigmatização social resultante do cárcere (MOURA, 2000).

O relator do julgado, ao observar a pessoa do preso, encejou numa individualização correta da pena, favorecendo a maior aproximação do mesmo às condições da vida em liberdade. De acordo com Moura (2000), a única forma de transformar o cárcere em uma instituição menos degradante está, exatamente, na compreensão do preso como sujeito da execução da pena. Outrossim, de acordo com Moura (2000):

[...] é de fundamental importância, para a correta aplicação dos ideais manifestados pela Lei Maior, que o magistrado esteja consciente da importante tarefa de individualizar a pena, de modo a que a mais severa das sanções, que é a privação da liberdade, somente seja imposta nos casos mais graves. Isso evitará que sejam mandados ao cárcere aqueles que dele não necessitam (MOURA, 2000, p. 4).

No excerto acima, observa-se que o julgado, na pessoa do relator, pretendeu evitar o retorno ao cárcere de um apenado cuja frequência a curso superior significava possibilidades de (re)inserção social, com

base no comportamento do agente, seu interesse na ressocialização e a sua posição na progressão de regime. Consoante com o propósito de intervenção mínima, cuja intenção é não perpetuar a política criminal do encarceramento inútil, torna-se a reclusão, apenas, como *ultima ratio* (MOURA, 2000).

Finalmente, é necessário pontuar que o julgado em questão do TJ/RS, em decorrência dos diversos pontos supracitados no presente estudo, configura-se como uma importante medida de (re)inserção social. Ainda, ressalta-se que, ao invés do enfoque no passado do apenado, as medidas de reinserção social devem possuir enfoque no futuro do recluso (FONSECA; RODRIGUES, 2017). O julgado supracitado tem essa característica:

[...] tais medidas não tem a intenção de corrigir o preso, ou fazerem ele se “arrepender” dos erros que o levaram ao cárcere, mas de desenvolver a sua autoestima para mostrar que o seu futuro pode ser diferente (FONSECA; RODRIGUES, 2017, p. 42).

Neste cenário, é nítida a relevância do segundo julgado encontrado, em supremacia ao primeiro, tendo em vista a convicção do relator, com base na (re)inserção social, que deu ensejo a uma decisão de política criminal que observa o fim proposto pela pena. Ainda, compreende-se, através das duas ementas, o modo como a segunda, através de sua decisão, contemplou a crucial função da educação e da remição por estudo para tornar o sistema de execução penal brasileiro mais próximo do seu verdadeiro fim: a reinserção social.

## CONCLUSÃO

A remição educacional constitui importante mecanismo garantidor da efetivação plena da finalidade da pena: a (re)inserção do privado de liberdade à sociedade. Não obstante, a educação em nível fundamental, médio, superior ou profissionalizante, como direito constitucionalmente garantido à todos é, também, assegurada pela LEP, através de seu art. 126, à todos os sujeitos privados de liberdade, inclusive, àqueles apenados em regime fechado.

A LEP, como resultado de uma longa evolução legislativa propiciada pela mudança global do entendimento acerca da finalidade da pena inseriu, no ordenamento jurídico brasileiro, a compreensão do indivíduo privado de liberdade como um sujeito de direitos. Neste contexto, a LEP foi responsável por garantir, na legislação pátria, a finalidade de (re)

inserção social da pena, tendo em vista que o objetivo da mesma consiste não apenas em punir, mas humanizar.

Com o intuito de garantir e faticamente efetivar a supracitada finalidade, o legislador entendeu por necessário inserir na LEP alguns institutos que corroborassem com tal pretensão. Dessa forma, é evidente a importância da inserção do Estado no polo responsável pela assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa daquele que está em privação de liberdade. Por meio desta política legislativa, somada à possibilidade de diminuição de pena (remição) por atividade laboral e/ou educacional do apenado, torna-se importante o movimento estatal em prol da garantia de direitos fundamentais a sujeitos em situação de cárcere.

Neste contexto, após alteração legislativa no ano de 2011, por meio da Lei nº 12.433, a LEP coadunou, através da remição por estudo, o direito ao acesso universal à educação somado à perspectiva de (re)integração social do apenado. Ainda que, em um contexto latino-americano, o Brasil tenha sido o último país a acrescentar em seu ordenamento a possibilidade de remição por estudo, compreende-se que, desde os anos de 1990, discutia-se e militava em favor do instituto. Ainda que em atraso, o país garantiu a possibilidade de redução de pena por atividade educacional de forma ampla, voltada tanto aos apenados do regime semiaberto quanto aos apenados do regime fechado e, em todos os níveis escolares, entre a educação básica e a educação superior.

A compreensão da educação, por parte daqueles que militavam em favor do instituto da remição, como fator crucial de libertação dos indivíduos encarcerados, perpassa, principalmente, por seu caráter conscientizador, hábil a fornecer ao sujeito uma capacidade de análise crítica da sua realidade a fim de modificá-la.

Com base na realidade prisional do estado do Rio Grande do Sul, em 2019, dos 39.192 homens encarcerados, apenas 2.404 detinham a escolarização necessária para cursar a Educação Superior. Neste contexto, colabora refletir sobre estes dados diante de julgados do TJ/RS. Nos dois julgados analisados, entre os anos de 2011 e 2020, o Tribunal foi acionado para decidir acerca da possibilidade de acesso à educação superior, para fins de remição de pena pelo apenado de regime fechado, sendo observado entendimentos divergentes.

Dessa forma, como demonstrado neste estudo, a intenção da pena no ordenamento jurídico brasileiro, para além de punir, consiste na (re) inserção social do apenado. De um lado, observa-se afastada a possibilidade do apenado em regime fechado, por um nítido “engessamento” no raciocínio do julgador, ao recusar-se a uma interpretação extensiva in bonam partem.

Por outro lado, observa-se uma compreensão mais ampla do julgador do segundo julgado acerca dos problemas estruturais que perpassam o sistema penal, permitindo ao apenado no regime fechado, a possibilidade de readaptação à vida em sociedade, tendo em vista a liberação do mesmo para frequentar curso em instituição de Educação Superior.

Nesse contexto, o acesso às instituições de Educação Superior na sociedade brasileira não é uma realidade acessível a todos. Em regra, o perfil do estudante da educação superior no Brasil é jovem, branco e de classe média-alta. Em contraposição, de forma inversa, há o perfil do homem encarcerado no sistema prisional brasileiro. Ainda, quando se adentra às minúcias desse perfil, conclui-se que a imensa maioria dos que ali estão encontram-se classificados como analfabetos ou semi-analfabetos. Os apenados que contam com escolaridade necessária para frequentar o Educação Superior perfazem índice baixíssimo.

Diante do exposto, observa-se uma contradição considerável entre a finalidade da pena salvaguardada pela LEP, a maneira como a remição por estudo, com um recorte ao apenado de regime fechado que pretende acesso à Educação Superior, vem sendo implementada nos estabelecimentos penais e a extensão de sua interpretação jurídica por parte do Judiciário. Neste contexto, é evidente que, para efetivar o fim pretendido e, dessa forma, conduzir o indivíduo privado de liberdade em regime fechado a uma posição de conscientização e ressocialização, é necessário que os órgãos jurisdicionais estatais garantam um mínimo de segurança jurídica na implementação da remição por estudo na Educação Superior.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a execução penal brasileira (Lei de Execução Penal). **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm). Acesso em: 3 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.163, de 9 de setembro de 2015. Modifica a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para instituir o ensino médio nas penitenciárias. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, Brasília, DF, 9 set. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113163.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113163.htm) . Acesso em: 9 mar. 2021.

BRASIL. **Infopen**. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/rio-grande-do-sul>. Acesso em: 4 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 542.047/SC**. Relator: Min. Leopoldo de Arruda Raposo. Quinta turma. Data de julgamento: 26 nov. 2019. Disponível em: [https://www.jusbrasil.com.br/diarios/310355591/stj-05-08-2020-pg-14499?ref=next\\_button](https://www.jusbrasil.com.br/diarios/310355591/stj-05-08-2020-pg-14499?ref=next_button). Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 341**. A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto. Sessão Plenária de 27 jun. 2007. Súmula da Jurisprudência Predominante do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012\\_29\\_capSumula341.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula341.pdf) . Acesso em: 3 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo em execução: 70077262905**. Relator: Des. Honório Gonçalves da Silva Neto. Primeira Câmara Criminal. Data de julgamento: 25 abr. 2018. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa) . Acesso em: 3. jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo em execução: 70079199964**. Relator: Des. Rinez da Trindade. Terceira Câmara Criminal. Data de julgamento: 27 fev. 2019. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa) . Acesso em: 3 jun. 2020.

CARVALHO, A. B. et al. **Garantismo aplicado à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal**. v. 1 Parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COLARES, L. B.; LINDEMANN, C. R. Implantação da biblioteca no cárcere: desafios e possibilidades. **Informação & Sociedade: Estudos**, v. 25, n. 3, p. 205-215, set./dez. 2015. Disponível em: <https://media.proquest.com/media/pq/classic/doc/4109294321/fmt/pi/rep/NONE?s=Y6Yk5ulSM3vmITbd3Wnjp%2Ba6Ogw%3D>. Acesso em: 14 jan. 2022.

CNJ. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução nº 44, de 26 de novembro de 2013. Dispõe sobre atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo e estabelece critérios para a admissão pela leitura. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1907> Acesso em: 09 mar. 2021.

CNJ. **Conselho Nacional de Justiça**. Regras e Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf> Acesso em: 14 jan. 2021.

FONSECA, C. E. P.; RODRIGUES, J. M. Contextos de ressocialização do privado de liberdade no atual sistema prisional brasileiro. **Revista Multitexto**, [S.l.], v. 5, n. 1, p. 35-44, ago. 2017. Disponível em: <http://www.ead.unimontes.br/multitexto/index.php/rmcead/article/view/189> . Acesso em: 03 jul. 2020.

FREIRE, P. **Conscientização: teoria e prática da libertação - uma introdução ao pensamento de Paulo Freire**. 3.ed. São Paulo: Cortez & Moraes, 1980.

MARCÃO, R. F. **Lei de Execução Penal anotada**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRABETE, J. F. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

MOURA, M. T. R. A. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 29, 2000. Disponível em: [https://carceropolis.org.br/media/publicacoes/Execu%C3%A7%C3%A3o\\_penal\\_e\\_a\\_fal%C3%Aancia\\_do\\_sistema\\_carcer%C3%A1rio\\_Moura\\_2000.pdf](https://carceropolis.org.br/media/publicacoes/Execu%C3%A7%C3%A3o_penal_e_a_fal%C3%Aancia_do_sistema_carcer%C3%A1rio_Moura_2000.pdf) Acesso em: 9 mar. 2021.

ONU. Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção e Prisão, de 9 de dezembro de 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConjPrinProtPesSujQuaForDetPri.html>. Acesso em: 18 ago. 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wpcontent/uploads/2018/10/DUDH.pdf> . Acesso em: 18 ago. 2020.

TORRES, E. N. **Prisão, educação e remição de pena no Brasil: A institucionalização da política para educação de pessoas privadas de liberdade**. 1. ed. Jundiaí: Paco Editorial, 2019.

# A IMAGEM COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE AUTÔNOMO

## *THE IMAGE AS AN AUTONOMOUS RIGHT OF PERSONALITY*

Leonardo Estevam de Assis Zanini\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Breve histórico. 3 A positivação do direito à imagem no Brasil. 4 O direito à privacidade e a teoria das esferas. 5 A teoria das esferas no Direito brasileiro. 6 O direito à privacidade e o direito à imagem. 7 O direito à honra e o direito à imagem. 8 A tutela autônoma do direito à imagem nos tribunais brasileiros. 9 A necessária releitura do art. 20 do Código Civil. 10 Conclusão.

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo o estudo da imagem como um direito autônomo. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente em revisão bibliográfica e na investigação da legislação e da jurisprudência. O texto inicialmente destaca que o surgimento e o desenvolvimento da técnica fotográfica foi fundamental para que o direito à imagem passasse a ter relevância jurídica. Deixa claro que o direito à imagem protege um bem jurídico autônomo, que não pode ser confundido com outros direitos, como é o caso da honra e da privacidade. O trabalho também analisa dois julgados de tribunais brasileiros, o que é feito para se constatar a dificuldade de compreensão sobre a tutela do direito à imagem. Os resultados alcançados demonstram que a interpretação equivocada da Constituição Federal e do Código Civil, muitas vezes realizada pela doutrina e pelos tribunais, pode levar a resultados bastante danosos. Por isso, para que se garanta a tutela autônoma do direito à imagem, é necessária a releitura do art. 20 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal.

**Palavras-chave:** direito à imagem; direitos da personalidade; direito à privacidade; direito à honra; direitos fundamentais.

**ABSTRACT:** *This article aims to study the image as an autonomous right. It is a research which uses descriptive and deductive methodology, fundamentally based on bibliographic review and on the investigation of legislation and case law. The text initially highlights that the emergence*

\* Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP. Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal na Seção Judiciária de São Paulo. Juiz Federal em auxílio à Corregedoria Regional da Justiça Federal da 3ª Região. Professor Universitário (graduação e pós-graduação). Pesquisador do Centro de Estudos em Democracia Ambiental da UFSCar. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Foi Delegado de Polícia Federal, Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal, Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo e Diretor da Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul.

Artigo recebido em 06/04/2022 e aceito em 12/07/2022.

**Como citar:** ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A imagem como um direito da personalidade autônomo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 41, p. 285 jan./jun. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

*and development of the photographic technique was fundamental for the right to the image to have legal relevance. It makes it clear that the right to image protects an autonomous legal good, which cannot be confused with other rights, such as the case of honour and privacy. The work also analyzes two judgments of Brazilian courts, which is done to verify the difficulty of understanding about the protection of the right to image. The results achieved demonstrate that the erroneous interpretation of the Federal Constitution and the Civil Code, often performed by doctrine and the courts, may lead to quite harmful results. Therefore, in order to guarantee the autonomous protection of the right to image, it is necessary to reread article 20 of the Civil Code in conformity with the Federal Constitution.*

**Keywords:** *right to image; rights of personality; right to privacy; right to honor; fundamental rights.*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo o estudo da imagem como um direito autônomo. O texto inicialmente destaca que o surgimento e a evolução da técnica fotográfica foram fundamentais para que direito à imagem passasse a ter relevância jurídica, o que primeiro foi admitido pelos tribunais e somente depois foi consagrado pela legislação.

Superado o brevíssimo histórico da temática em questão, procura-se analisar a relação existente entre o direito à imagem, o direito à privacidade e o direito à honra. É inegável que ao se violar a imagem pode ocorrer também lesão a outros bens jurídicos. Contudo, é necessário que se evidencie que o direito à imagem protege um bem jurídico autônomo, que não pode ser confundido com outros bens jurídicos, como é o caso da honra e da privacidade.

O texto também analisa dois julgados de tribunais brasileiros, os quais apresentam soluções diametralmente opostas para casos de violação do direito à imagem. A contraposição dos julgados é importante, pois permite que se constate a dificuldade de compreensão acerca da tutela do direito à imagem, o que, por si só, já serve de justificativa para a elaboração da presente reflexão.

Ademais, trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente em revisão bibliográfica e na investigação da legislação e da jurisprudência. Os resultados alcançados demonstram que a interpretação equivocada da Constituição Federal e do Código Civil, muitas vezes realizada pela doutrina e pelos tribunais, pode levar a resultados bastante danosos. Por isso, para que se garanta a tutela autônoma do direito à imagem, é necessária a releitura do art. 20 do Código Civil à luz da Constituição Federal.

# 1 BREVE HISTÓRICO

O direito à imagem passa a ter relevância jurídica e econômica a partir do advento da fotografia, que mudou completamente a relação temporal e espacial que se estabelecia entre a pessoa e sua própria imagem. Antes da fotografia as imagens eram fixadas em pinturas e esculturas, o que, salvo situações muito excepcionais, não gerava discussão jurídica. É que o pintor ou o escultor necessitava de muito tempo para reproduzir a imagem de uma pessoa em uma obra, fazendo-se então presumir o seu consentimento<sup>1</sup>.

Entretanto, é de se notar que houve um longo processo até o desenvolvimento da fotografia, que passou pela câmara obscura, por conhecimentos prévios de física e de química, chegando até a fixação da imagem em um suporte material. Nos primórdios a fixação da imagem demorava muitas horas, por isso ainda não havia interesse jurídico. Todavia, com a modernização surgiu o filme fotográfico e a popularização da fotografia.

Nesse contexto, com o aperfeiçoamento da técnica fotográfica, vieram então as primeiras decisões tratando de problemas atinentes ao direito à imagem, que foram publicadas na França, na segunda metade do século XIX. Afirma-se que historicamente a imagem foi o primeiro atributo da personalidade a ser efetivamente protegido pela jurisprudência (SAINT-PAU, 2013, p. 749). Por isso, a proteção da imagem na França é considerada uma criação dos tribunais, ante a ausência de legislação específica.

De fato, já no ano de 1855, por meio de uma *ordonnance de référé*, o presidente do Tribunal Civil do Sena proibiu a exposição pública de um quadro em que a diretora da congregação católica *Soeurs de la Providence* tinha sido retratada, pois ela não havia permitido tal utilização de sua imagem (BERTRAND, 1999, p. 133).

Adespite do reconhecimento pelos tribunais, o desenvolvimento do direito à imagem na França se deu sem a existência de um texto legal expresso. A positivação da tutela da vida privada na França somente veio com a Lei 70-643, de 17 de julho de 1970, que alterou o art. 9º do Código Civil francês, o qual passou a prever que: “Cada um tem direito ao respeito de sua vida privada”<sup>2</sup>. Contudo, não existe

<sup>1</sup> Insta observar, entretanto, que em alguns casos houve a reprodução de imagens em pinturas e desenhos sem o consentimento das pessoas envolvidas, como ocorreu na reprodução de Joana d’Arc durante seu julgamento ou no desenho de Maria Antonieta sendo conduzida para a sua execução (LINDON, 1983, p. 103-104).

<sup>2</sup> Tradução livre do art. 9º do Código Civil francês: “Cada um tem direito ao respeito de sua vida privada. Os juízes podem, sem prejuízo da reparação do dano sofrido, prescrever todas medidas, tais como sequestro, apreensão e outras, próprias para impedir ou fazer cessar um atentado à intimidade da vida privada: estas medidas podem, se houver

verdadeiramente uma lei em matéria de direito à imagem, visto que o art. 9º do Código Civil francês somente sanciona o fato de fotografar uma pessoa se houver atentado à vida privada (BERTRAND, 1999, p. 134). Assim sendo, pode-se dizer que os franceses primeiro admitiram o direito à imagem pela jurisprudência e só muito mais tarde é que a legislação veio salvaguardar a imagem, hoje considerada um direito da personalidade (BARTNIK, 2004, p. 31).

Caminho diverso foi trilhado pela tutela da imagem na Alemanha, o que decorreu de dois importantes julgados, que definiram os rumos desse direito e conduziram ao seu reconhecimento legislativo bastante precoce.

No primeiro deles, o Tribunal do Império (*Reichsgericht*), em 29 de novembro de 1898, se deparou com uma demanda que envolvia uma fotografia clandestina de uma jovem em trajes de banho, a qual foi tirada na piscina feminina. A imagem foi posteriormente vendida e utilizada na confecção de “peso para papel” e outros objetos, o que gerou o litígio. Os responsáveis pela foto foram condenados a uma pena de seis meses de prisão pela prática de crime de ofensa (*Beleidigung*), com fundamento no § 185 do Código Penal alemão (StGB) (KOHLE, 1903, p. 32-33).

O outro caso importante para o reconhecimento legislativo do direito à imagem na Alemanha está relacionado com o falecimento do herói nacional e ex-chanceler Otto von Bismarck, ocorrido em 30 de julho de 1898. Em meio à multidão que se aglomerava diante de sua residência à espera de notícias, dois jornalistas de Hamburgo invadiram referido imóvel e tiraram fotos do falecido e de seu leito. As fotos acabaram sendo vendidas por uma quantia bastante significativa (30 mil marcos)<sup>3</sup> e foram divulgadas na Alemanha sem qualquer autorização da família (LEFFLER, 2012, p. 49).

Em virtude da falta de preceito legal atinente ao direito à imagem, o tribunal recorreu ao Direito romano, à vetusta *condictio ob iniustam causam*, entendendo que os fotógrafos teriam adentrado no quarto onde

---

urgência, ser ordenadas provisoriamente”. Transcrição do original: “*Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée: ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé*”.

<sup>3</sup> Vale notar que as fotos foram vendidas por quantia que hoje corresponderia a aproximadamente duzentos mil euros, o que denota a relevância econômica, já no fim do século XIX, de determinados retratos (BARTNIK, 2004, p. 15). Já conforme Thomas Thiede, o montante pago pelas fotos seria ainda maior, equivaleria a quatrocentos mil euros (THIEDE, 2010, p. 19).

estava o corpo de Bismarck de forma oculta e sem o consentimento dos filhos do falecido, em violação de domicílio (§ 123 do Código Penal alemão). Assim, caberia aos herdeiros o direito à restituição de tudo o que foi obtido por meio da violação de domicílio, incluindo as fotografias (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 694).

Nessa linha, os dois casos mencionados levaram à promulgação, em 9 de janeiro de 1907, da “Lei relativa ao direito de autor em obras de artes plásticas e de fotografia” (*Kunsturhebergesetz* - KUG). Tal regulamentação legislativa foi benéfica e de fundamental importância para a consolidação e desenvolvimento do direito à imagem. Dessa maneira, a tutela da imagem na Alemanha tomou um rumo diverso, quando se compara com o ocorrido na França (BARTNIK, 2004, p. 49), orientando-se pela legislação, a qual foi reforçada pelo posterior reconhecimento do direito geral da personalidade (ZANINI, 2018, p. 395).

No Brasil, por sua vez, o direito civil cuida de casos envolvendo o direito à imagem há muito tempo. A primeira decisão sobre o tema teria sido proferida em 28 de maio de 1923. Na ocasião, o juiz Octávio Kelly, da Segunda Vara do Rio de Janeiro, acolheu a pretensão da Miss Brasil Zezé Leone para proibir a exibição pública, com finalidade comercial, de um filme em que a autora foi apanhada de surpresa em cenas indiscretas (SILVA, 2012, p. 286). A decisão reconheceu a proteção jurídica no que toca à “divulgação de quaisquer fotografias de determinadas pessoas, cuja importância ou notoriedade se preste a despertar, por meio da renda ou exibição, uma exploração comercial, dado o interesse que tenha o público em reconhecê-los ou comentá-los” (AMORIN, 1979, p. 65).

Em nosso país, o surgimento e a evolução do direito à imagem não contou com texto expresso, não foi obra do legislador, tratando-se muito mais de um trabalho da jurisprudência e da doutrina. No entanto, a despeito de já ter decorrido muito tempo desde a primeira decisão brasileira, pode-se facilmente notar que boa parte da doutrina e da jurisprudência ainda não compreenderam o significado e a extensão do direito à imagem. Isso se deve, em parte, ao fato de que no Brasil a matéria foi desenvolvida precipuamente à luz do direito francês, de sorte que a defesa do bem jurídico imagem foi reconhecida em associação com outros direitos (e.g. direito ao próprio corpo, direito à liberdade, direito à honra, direito à privacidade, direito à identidade), o que ainda hoje apresenta consequências negativas no que toca à sua tutela autônoma.

## **2 A POSITIVAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM NO BRASIL**

Como foi indicado, o Brasil tomou um caminho semelhante ao da França, tardando na positivação do direito à imagem, que foi tutelado durante muito tempo apenas pelas decisões dos tribunais. À falta de previsão legal, a solução encontrada pelos magistrados brasileiros foi a de associar a proteção da imagem a outros direitos, de maneira que a violação da imagem não passaria de um reflexo da lesão a um outro direito.

Logicamente, não se pode negar a relação existente entre o direito à imagem e outros direitos, como é o caso, entre outros, da honra, da vida privada e do nome. Todavia, mesmo após a previsão da salvaguarda da imagem no art. 5, X da Constituição Federal, é forçoso reconhecer que o processo histórico que levou a associação da imagem a outros direitos continua presente no espírito de muitos operadores do direito<sup>4</sup>. Aliás, tal problemática envolve especialmente a redação e a interpretação dada ao art. 20 do Código Civil, que muitas vezes não guarda consonância com a previsão constitucional.

Diante disso, mesmo após a constitucionalização da matéria ainda existem muitas dúvidas no que toca à tutela autônoma do direito à imagem, é dizer: a proteção desse direito independentemente da existência de violação a outro bem jurídico. No mais das vezes essa confusão se dá com o direito à privacidade e com o direito à honra, pelo que vale a pena uma breve análise da relação existente entre esses direitos, o que será feito a seguir.

## **3 O DIREITO À PRIVACIDADE E A TEORIA DAS ESFERAS**

O direito à privacidade permite que seu titular impeça que determinados aspectos de sua vida sejam submetidos, contra a sua vontade, à publicidade e a outras violações cometidas por terceiros.

A Constituição Federal menciona expressamente a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (art. 5, X da CF) entre os direitos fundamentais, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. O Código Civil também reconhece a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural como um direito da personalidade (art. 21 do Código Civil).

---

<sup>4</sup> Conforme obtémpera Beltrão, o direito à imagem foi, por muito tempo, “relacionado à intimidade e à honra da pessoa, e não se desenhava a imagem como um direito isolado, com autonomia própria” (BELTRÃO, 2014, 184).

No Brasil, a teoria das esferas ou círculos concêntricos ainda é muito utilizada nas discussões envolvendo direitos fundamentais e direitos da personalidade, em particular para auxiliar na compreensão sobre a dinâmica da proteção da privacidade e do direito à imagem. Tal teoria parte da ideia geral de que a vida do homem se desenvolve em diferentes esferas e que a proteção concedida depende da esfera na qual se encontra o indivíduo no momento em que sobrevém um atentado (GEISER, 1990, p. 52).

A construção se tornou célebre em 1957, a partir da doutrina do professor alemão Heinrich Hubmann, da Universidade de Erlangen, que considerou que todo indivíduo possui diferentes esferas (*Sphären*) ou círculos de proteção (*Schutzkreise*), dentro dos quais a personalidade goza de diversos graus de tutela. A concepção é representada espacialmente por círculos concêntricos, cada qual abrangendo uma área de proteção da personalidade (HUBMANN, 1967, p. 268-269).

Grande parte da doutrina e dos tribunais aceitaram a proposta de Hubmann (BARROT, 2012, p. 29), a qual considera que a tutela da personalidade em face do Estado e da sociedade estaria dividida em três esferas (*drei Schutzkreise*), que não são igualmente protegidas, mas sim encontram maior resguardo conforme se avança para a esfera da personalidade mais interior (FECHNER, 2010, p. 32).

Nessa linha, o estudioso considerou a esfera individual (*Individualsphäre*), também denominada esfera pública (*Öffentlichkeitssphäre*), como a mais exterior e menos protegida, classificando, por outro lado, a esfera secreta (*Geheimsphäre*) como a mais interior e melhor tutelada. Entre as duas esferas mencionadas o professor colocou a esfera privada (*Privatsphäre*) (HUBMANN, 1967, p. 269).

Destacou ainda que toda pessoa tem o direito de excluir invasões por parte de terceiros em sua esfera privada, a qual pode ser designada como a parte da vida que a pessoa pretende reservar para si mesma, sem intromissão indesejada de terceiros. Ademais, a esfera secreta seria entendida, nessa concepção, como um fragmento da esfera privada que poderia não ser alcançado mesmo pelas pessoas com acesso à vida privada, como familiares (HEISIG, 1999, p. 48-49).

Outrossim, Hubmann asseverou que a esfera secreta é intangível, sendo-lhe garantida fundamentalmente uma proteção absoluta. O mesmo não ocorre com a esfera privada, que também merece considerável proteção, mas esta encontra limitações, na medida em que eventuais pretensões do indivíduo podem ter que dar espaço ao interesse geral. A esfera individual,

por seu turno, não fica desguarnecida diante de invasões de terceiros, no entanto, a proteção nessa hipótese é a menos intensiva (MARTIN, 2007, p. 255-256).

De fato, a esfera individual ou pública corresponde às condutas abertas, ao “eu-social”, prevalecendo o interesse pela esfera da vida que relaciona o indivíduo, como cidadão do mundo, e seus semelhantes (COSTA JUNIOR, 2007, p. 24). É o caso, por exemplo, das situações em que a própria pessoa procura o público, como no discurso de um político ou na atuação de um atleta em um evento esportivo (BORK, 2016, p. 76).

A esfera privada, por sua vez, abrange áreas e temas que são classificados tipicamente como privados, na medida em que sua discussão ou exibição em público seria considerada imprópria. Permite-se, assim, apenas no próprio âmbito privado, entre determinadas pessoas, a discussão sobre a esfera privada, não se admitindo que isso seja levado ao conhecimento do público (GEISER, 1990, p. 52). Fazem parte dessa esfera determinados aspectos da vida privada, como é o caso da atividade profissional, que por serem menos sensíveis ao público, não gozam de proteção com a mesma intensidade da concedida, por exemplo, à vida doméstica (HUBMANN, 1967, p. 322).

Ademais, a esfera secreta, como parte da vida privada, é entendida por Hubmann como aquela em que as ações, as manifestações, os sentimentos, os acontecimentos, os pensamentos e outros fatos não devem ser conhecidos por ninguém ou, quando muito, só podem ser levados a um círculo muito limitado e determinado de pessoas. Nela o indivíduo deve ter o direito de se retirar sem a necessidade de temer a impertinência de terceiros (HUBMANN, 1967, p. 325-326). Trata-se então da esfera da personalidade mais estrita, que abrange, por exemplo, os apontamentos em um diário pessoal, uma carta confidencial, o contágio por determinada doença e as manifestações sobre a vida sexual (FECHNER, 2010, p. 34).

Em todo caso, é certo que a teoria das esferas proposta por Hubmann sofreu adaptações no Brasil, de maneira que em nosso país, da mesma forma que no direito estrangeiro, também surgiram muitas variações no que toca à apresentação das esferas de proteção<sup>5</sup>. É muito comum, entre os doutrinadores pátrios, a referência a três círculos concêntricos, que compreendem: a) a vida privada em sentido estrito; b) a intimidade; c) o segredo (RAMOS, 2021, p. 537).

<sup>5</sup> Conforme ensinam Araujo e Nunes Júnior, deve-se extrair do texto Constitucional que a “vida social dos indivíduos não possui somente dois espaços, o público e o privado, pois neste se opera nova subdivisão, entre a intimidade e a privacidade propriamente dita” (ARAÚJO, 2021, p. 200).

## 4 A TEORIA DAS ESFERAS NO DIREITO BRASILEIRO

No Direito brasileiro procura-se aplicar a teoria das esferas em consonância com os termos expressamente empregados pelo art. 5º, X da Constituição Federal, pelo que é necessário compreender a diferença existente entre a vida privada e a intimidade.

Diante desses termos, os estudiosos brasileiros normalmente consideram que no círculo da vida privada em sentido estrito estariam contidas as informações de conteúdo material e sentimentos, mas de caráter superficial, como é o caso dos sigilos bancário e fiscal e de diversos dados (registros telefônicos, dados telemáticos etc). O mesmo pode ser dito em relação à prática de esportes em um clube aos finais de semana, o que não tem nada de íntimo, mas envolve a vida privada (RODRÍGUEZ, 2008, p. 30-31).

O círculo da intimidade, por sua vez, diz respeito às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa. Seria o conjunto de manifestações compartilhadas somente com familiares e amigos muito próximos ou profissionais submetidos ao sigilo profissional. Nesse âmbito estariam compreendidas a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, IX da Constituição Federal) e a proteção do conteúdo de comunicações realizadas pelos mais diversos meios, falando-se, por exemplo, no sigilo do conteúdo telemático, epistolar e telefônico (art. 5º, XII da Constituição Federal).

Já o círculo mais interno, atinente ao segredo, é considerado parte da intimidade, mas com ela não se confundindo (RODRÍGUEZ, 2008, p. 27). Abrange as manifestações e preferências íntimas, envolvendo opções e sentimentos que por sua decisão devem ficar a salvo da curiosidade de terceiros, visto que são componentes confidenciais da personalidade (RAMOS, 2021, p. 537).

A doutrina brasileira, contudo, diferentemente dos ensinamentos de Hubmann, não chega a qualificar a esfera secreta como intangível, visto que, em função de outros valores constitucionais e do próprio fato de se viver em comunidade, a nenhum direito é atribuída proteção absoluta (MENDES; BRANCO, 2021, p. 420).

Nesse contexto, considerando o Direito positivo brasileiro, entende-se que é razoável a distinção tão somente no que toca à vida pública, à vida privada e à intimidade, esferas estas que devem ter o papel apenas de auxiliar em uma ponderação de interesses. É que não se deve mais admitir, conforme posicionamento contemporâneo, a utilização da

teoria das esferas como critério principal para a solução de litígios e nem se pode dar a ela a importância que no passado foi atribuída.

Assim sendo, nada impede que se considere a diferenciação em várias esferas simplesmente como um ponto de partida, como uma construção auxiliar, como um método didático, mesmo porque a tentativa de definição das esferas, a busca por um conceito unitário de cada uma dessas zonas da personalidade, que poderia ser aplicado em qualquer situação, é uma tarefa praticamente impossível de ser cumprida, haja vista envolver uma infinidade de variantes<sup>6</sup>.

Por conseguinte, após esta breve análise acerca do direito à privacidade, mister se faz o estudo das relações que se estabelecem entre o direito à vida privada e o direito à imagem.

## 5 O DIREITO À PRIVACIDADE E O DIREITO À IMAGEM

A proteção do direito à imagem é comumente confundida com a tutela da vida privada e da intimidade. A concepção parte da ideia de que a figura humana merece proteção somente quando componente da vida privada e da intimidade (MORAES, 1977, p. 346).

Sustenta-se que o direito à imagem não passa de uma espécie do gênero direito à vida privada, reconhecendo-se a existência de um liame indefectível entre esses direitos (RUBIO, 1982, p. 113-114). Nessa linha, afirma-se que no âmbito da esfera privada estão incluídos outros direitos, como os direitos à imagem, ao segredo, ao esquecimento e à liberdade de consciência<sup>7</sup>.

Atualmente, esse entendimento ainda é defendido por parte da jurisprudência e por alguns estudiosos, que continuam reconhecendo o direito à imagem apenas como um componente, um reflexo, um aspecto ou um mero trecho da esfera privada, pelo que negam a existência de um direito autônomo à imagem (BÄCHLI, 2002, p. 41).

---

<sup>6</sup> Apesar da vantagem de abranger as diferentes situações da vida e de poder ser facilmente compreendida pelo público, não se pode ignorar que a teoria das esferas tem sido, desde seu surgimento, objeto de inúmeras críticas e até mesmo rejeitada por muitos autores. É que a tese não permite uma clara delimitação das diferentes esferas, de modo que não é possível, sem que haja risco de equívocos, a atribuição de forma abstrata de um determinado acontecimento a uma das esferas. Também são lançadas severas críticas à existência de diferentes classificações e número de esferas, fator que amplia em muito a insegurança jurídica (BARTNIK, 2004, p. 144-145).

<sup>7</sup> O mesmo raciocínio é seguido pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que recorda a noção de vida privada (*vie privée*) inclui elementos relativos à identidade de uma pessoa, como o seu nome ou o seu direito à imagem (SAINT-PAU, 2013, p. 754).

Nesse sentido, asseveram Díez-Picazo e Gullón (1995, p. 243) que o direito à imagem não passa de um aspecto do direito à intimidade que alcançou autonomia de tratamento, visto que pela imagem se viola de maneira mais fácil e frequente a esfera de reserva da pessoa. Parte da doutrina italiana segue a mesma orientação, considerando o direito à imagem como mera emanação do direito à reserva da vida privada (*diritto alla riservatezza*) (CUPIS, 1982, p. 285-287).

Se for analisada a *Common Law* dos Estados Unidos, particularmente a concepção de *privacy* desenvolvida por Prosser, verifica-se que a lesão a tal direito foi dividida em quatro grupos, pertencendo ao último deles a apropriação do nome, da imagem ou da aparência de terceiros. Assim, também sob a perspectiva da *Common Law*, pode-se dizer que o direito à imagem integra a noção de *privacy*, constituindo uma de suas espécies (PROSSER, 1984, p. 851).

A mesma proposição foi adotada na Alemanha em 30 de outubro de 1979, quando o Tribunal de Justiça (*Oberlandesgericht – OLG*) de Schleswig-Holstein considerou ser admissível, mesmo sem consentimento, um filme relativo à atividade profissional de um empregado de um cassino. Para tanto, foi decisivo o fato de que o filme não reproduziu nenhuma cena relativa à vida privada ou à intimidade do empregado. Nessa senda, a corte foi clara ao destacar que o interesse de não ser fotografado ou filmado às ocultas não constitui, por si só, uma área da vida privada que deva, enquanto tal, ser protegida (ANDRADE, 1996, p. 135).

Na jurisprudência francesa, sob o pálio da ideia de que “a vida privada deve ser murada” (*La vie privée doit être murée*), também é comum a confusão entre o direito à imagem e a tutela da vida privada, como se passou em uma demanda em que uma pessoa teve sua imagem utilizada em uma propaganda política e foi reconhecida a existência de atentado à vida privada, o que não fez sentido, pois a pessoa representada era um militante do partido contra o qual o processo foi ajuizado (BEIGNIER, 1995, p. 69).

O equívoco também é muito comum no Brasil, tendo ocorrido, por exemplo, em uma demanda bastante conhecida do público, que envolveu um vídeo em que a atriz Daniela Cicarelli foi filmada, em plena luz do dia, em “uma troca de intimidades”, numa praia aberta ao público, onde havia inclusive outras pessoas. Na decisão de primeiro grau, proferida em junho de 2007, em evidente equívoco, entendeu-se que não era o caso de remoção do vídeo de diversos *sites* da internet, visto que a conduta dos réus não configuraria nenhuma violação ao direito à imagem, à privacidade, à

intimidade ou à honra dos autores, pois as cenas não foram “obtidas em local reservado, que se destinasse apenas a encontros amorosos, excluída a visualização por terceiros” (LEONARDI, 2012, p. 364).

A despeito desse entendimento, é certo que muitas vezes a lesão à imagem não constitui um atentado à vida privada. Assim, o direito à imagem extravasa o âmbito da vida privada em muitas situações, como é o caso da imagem em público e da imagem caricatural. Nessas hipóteses, fica patente a autonomia existente entre o *ius imaginis* e o direito à vida privada, o que encontra ressonância em julgados franceses mais atuais, que ressaltam a distinção existente entre o direito ao respeito da vida privada e o direito à imagem (SAINT-PAU, 2013, p. 752).

Ainda, é de se considerar que as condições de proteção do sujeito contra a reprodução de seus traços físicos são distintas daquelas relacionadas à defesa de sua vida privada, de forma que também sob tal aspecto a especificidade do direito à imagem não pode ser colocada em dúvida (LEGLER, 1997, p. 99). Aliás, a título exemplificativo, pode-se lembrar que a autorização para a publicação da imagem de uma pessoa por determinada empresa em um contexto específico não permite a publicação da mesma fotografia em outra ocasião<sup>8</sup>.

De qualquer modo, a realização de distinção entre o direito à imagem e os direitos à vida privada e à intimidade não significa que se esteja negando a existência de grande proximidade entre esses direitos. Todavia, a proteção da imagem muitas vezes excede a tutela concedida à privacidade, na medida em que possui um campo de aplicação mais amplo ou diverso, não sendo assim possível a inclusão do direito à imagem como mera manifestação da vida privada e da intimidade<sup>9</sup>.

Por isso, atualmente é inquestionável a distinção existente entre o direito à imagem e o direito à privacidade, não fazendo mais sentido a localização do direito à imagem na esfera da privacidade. Apesar disso, quando se analisa a doutrina e a jurisprudência brasileiras, vê-se que a

<sup>8</sup> Na mesma linha, vale aqui a citação de Walter Moraes: “Considera-se a hipótese de uma republicação, não autorizada, de retrato já antes publicado: a segunda publicação também viola o direito à imagem. É o que já se confirmou, mais de uma vez, em nossos juízos. No conhecido caso Cinira Arruda (3ª Vara Cível de São Paulo) a lesão ressarcível consistiu exatamente na publicação não consentida, na revista Nova, de fotografia feita para a revista Homem e nesta publicação com a autorização devida. A sentença do Juiz Angelo Mário da Costa e Trigueiros reconheceu, e muito acertadamente, na segunda publicação, uma violação do exercício do *ius imaginis*” (MORAES, 1977, p. 346).

<sup>9</sup> Nesse mesmo sentido, transcrevemos Stanzione: “[...] *pur non potendo disconoscersi la stretta interrelazione tra i due diritti, la tutela di quello all'immagine non è necessariamente subordinata alla violazione della privacy, ma ha carattere e presupposti autonomi [...]*” (STANZIONE, 2009, p. 594).

questão continua gerando muitos deslizes, existindo ainda hoje estudiosos e julgadores que confundem a tutela da imagem com a da privacidade.

## 6 O DIREITO À HONRA E O DIREITO À IMAGEM

A teoria que considera a imagem como mero produto do direito à honra tem grande importância histórica na evolução do direito à imagem, pois foi no seu âmbito que se fundaram muitas soluções jurisprudenciais do século XIX e XX.

A temática remonta ao período em que não havia previsão legal de proteção da imagem, o que fazia com que os estudiosos procurassem alguma forma de tutela no direito à honra, particularmente nas suas disposições penais. Assim, determinados autores sustentavam que o direito à imagem careceria de um sentido próprio, visto que não seria mais do que uma categoria subsidiária de um direito mais amplo à honra.

Tal posicionamento considera que a violação da imagem integra o direito à honra, de forma que não existiria um direito autônomo à imagem, mas tão somente a defesa da imagem a partir da proteção da honra (O'CALLAGHAN, 1991, p. 134). Isso se explica pelo fato de que a imagem de uma pessoa, quando divulgada, muitas vezes é conjugada com uma notícia ou mensagem que se pretende transmitir, de sorte que tal mensagem pode não ser agradável, violando o bom nome e a reputação da pessoa (CORDEIRO, 2021, p. 259). Reconhece-se então que o direito à honra seria mais amplo do que o direito à imagem, o qual constituiria apenas uma faceta daquele direito.

Nessa linha, a lesão à imagem não passaria de uma ofensa à própria honra, que seria o bem jurídico realmente tutelado (ARAÚJO, 2013, p. 29). O direito à imagem seria considerado como um meio, que estaria a serviço de um direito fim (SAINT-PAU, 2013, p. 753).

Todavia, se o direito à imagem for deduzido do direito à honra, também será necessário seguir o mesmo raciocínio para englobar o direito à honra em um direito mais amplo à liberdade, que, por sua vez, não passaria de uma manifestação da própria personalidade. Dessa forma, se o rigorismo de tal concepção for seguido, praticamente deixará de existir distinção entre os direitos da personalidade, o que certamente representaria um grande retrocesso (PRADA, 1994, p. 24).

Outrossim, se fosse adotada a ideia de que imagem somente estaria

amparada quando sua difusão também representasse ofensa à honra, à boa fama ou à respeitabilidade, é certo que não seria possível impedir a representação não ofensiva de uma pessoa.

Com isso, não seria necessário qualquer tipo de autorização para a realização de publicidade com imagem alheia, desde que tal ato fosse inofensivo (CIFUENTES, 2008, p. 544). Nessa senda, não haveria nenhuma ofensa ao direito à imagem em um comercial em que determinada pessoa tivesse seus atributos pessoais elevados e elogiados, visto que sua honra não teria sido atingida por referências positivas<sup>10</sup>.

Por influência do Código Civil italiano, a concepção parece ter sido acolhida pelo Código Civil brasileiro de 2002, que em seu art. 20 permite a publicação, a exposição ou a utilização da imagem se não houver ofensa à honra<sup>11</sup>. No entanto, da própria leitura do dispositivo é possível notar a insuficiência da tese, uma vez que a legislação brasileira, ao lado da lesão à honra, também previu outras hipóteses em que o direito à imagem pode ser atingido, merecendo particular atenção a destinação a fins comerciais.

De fato, a despeito da previsão legal e de se reconhecer que em muitas situações a lesão à imagem também vem acompanhada de violação ao direito à honra, não se pode confundir os direitos em questão, havendo certamente muitos aspectos que somente dizem respeito à proteção da imagem. Daí que pode haver lesão ao direito à imagem sem que tenha ocorrido simultânea lesão à honra (LÔBO, 2021, p. 153). É o caso,

---

<sup>10</sup> Aliás, sobre o tema há um caso emblemático apreciado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual se discutiu a publicação, sem consentimento, da fotografia desnuda de uma famosa atriz por um jornal carioca. No julgado foi negado o direito à indenização, baseando-se a corte, equivocadamente, na beleza da modelo e da fotografia: “Fosse a autora um mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação de sua fotografia desnuda - ou quase - em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimentos sem conta, a justificar - aí sim - o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido. Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui, de dano moral a ser indenizado” (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. EI 250/1999. Relator: Wilson Marques. Julgado em 29.09.1999)

<sup>11</sup> Vale notar que a mencionada influência do Código Civil italiano não significa que o legislador daquele país tenha cometido o equívoco de tutelar o direito à imagem como derivação da honra, mas sim que o legislador brasileiro se inspirou na redação daquele Código, no entanto não observou a expressão disjuntiva da lei italiana. De fato, a legislação italiana tutela a imagem publicada ou exposta de forma não consentida ou com prejuízo ao decoro ou à reputação, no que fica nítida a desvinculação do direito à imagem de qualquer outro direito da personalidade (CIFUENTES, 2008, p. 550). O Código Civil brasileiro, por seu turno, vincula a proibição da publicação, da exposição ou da utilização da imagem à ocorrência de lesão à honra, à boa fama ou à respeitabilidade, ou se houver destinação comercial (art. 20).

por exemplo, da publicação da imagem em promoções comerciais, especialmente quando a publicação, em si mesma, é até elogiosa, ou então quando uma pessoa simplesmente divulga a imagem alheia, sem qualquer lesão à honra, mas tal atuação não agrada a pessoa titular desse direito (MORAES, 1972, p. 69).

Outro ponto a ser considerado na distinção é que a ofensa à imagem normalmente decorre da captação, da publicação, da exposição ou da utilização de imagens atinentes a situações reais. No caso de violação da honra, por outro lado, a maioria das condutas vedadas decorre de fatos inverídicos.

Nesse contexto, como muito bem destaca Walter Morais, a “construção é ‘suicida’, pois quer instituir um direito sem objeto próprio: um direito à imagem cujo bem tutelado é a honra. Contudo, nem como simples tese que fundamente a tutela jurídica da imagem ela se justifica” (MORAES, 1972, p. 68).

Por conseguinte, tendo em vista que a captação, a publicação, a exposição ou a divulgação da imagem alheia não requerem, para serem ilícitas, que ocorra ofensa à honra da pessoa retratada ou filmada, não é possível o acolhimento da teoria que vê o direito à imagem como mera manifestação do direito à honra (BORGES, 2008, p. 267). Assim, é certo que o direito à imagem resguarda bem jurídico distinto do direito à honra, podendo haver lesão de um ou do outro, de ambos ou mesmo atentado ao direito à honra através da imagem (O’CALLAGHAN, 1991, p. 134). Seja como for, é relevante mais uma vez destacar que o direito à imagem, em seu desenvolvimento histórico, foi sendo paulatinamente autonomizado de outros direitos, como é o caso do direito à honra, não devendo ser com este atualmente confundido (FESTAS, 2009, p. 57).

## **7 A TUTELA AUTÔNOMA DO DIREITO À IMAGEM NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

Em face das questões até aqui analisadas, vale a apresentação de dois julgados envolvendo o direito à imagem, um deles reconhecendo a tutela autônoma do direito à imagem e o outro negando.

No primeiro dos julgados, que constitui um indicativo na direção correta da evolução da proteção da imagem, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou que publicar a foto de alguém em aplicativo de celular, sem autorização da pessoa e sem objetivo de informar, gera dano moral de forma automática, uma vez que a conduta viola o direito à imagem.

No caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou um homem a indenizar em dois mil reais uma mulher fotografada de costas, em pé, numa fila de banco. A fotografia, realizada sem a ciência e nem a autorização da mulher, foi enviada a um grupo de WhatsApp que era composto apenas por homens<sup>12</sup>.

A decisão parte da ideia de que a lesão ao direito à imagem constitui dano autônomo, que não depende da comprovação de dor, sofrimento, angústia ou humilhação. Ademais, no caso, não obstante o tribunal observar conotação sexista no que toca à imagem, considerou irrelevante a finalidade da publicação ao reconhecer a ocorrência do dano.

Em primeira instância, o juiz da Segunda Vara Cível da Comarca de Vacaria citou o artigo 20 do Código Civil, que protege o direito à imagem. Assim, ele entendeu que a veiculação da imagem sem a autorização da pessoa fotografada configura, por si só, danos morais.

O desembargador Eugênio Facchini Neto, relator do caso no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, admitiu que as câmaras cíveis, que julgam responsabilidade civil na corte, geralmente não reconhecem dano moral em casos semelhantes. E tal observação é importante, pois indica, de maneira geral, o não reconhecimento da tutela autônoma do direito à imagem<sup>13</sup>.

Entretanto, o relator considerou que o tema abrange típico direito da personalidade, reconhecido também como direito fundamental pelo art. 5º, X da Constituição Federal, o qual não pode ser violado impunemente. Ressaltou ainda que cabe à pessoa determinar quando, como, com que impacto e em que contexto quer divulgar a sua imagem, o que não ocorreu no caso concreto.

No acórdão também se observou ser “irrelevante a finalidade para a qual foi utilizada a imagem da autora e o teor do conteúdo que a ela foi associado, ou se houve comentários a respeito dela”. Igualmente, se destacou que “não havia fato relevante a ser noticiado ou compartilhado pelo réu com os demais integrantes do grupo por meio da fotografia que exibia, em destaque, a imagem da autora”, a qual, não obstante ter aparecido de costas, foi identificada<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70076451152. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgado em: 21.03.2018.

<sup>13</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70076451152. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgado em: 21.03.2018.

<sup>14</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70076451152. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgado em: 21.03.2018.

Ademais, o relator lembrou que para a proteção do direito à imagem não é necessário que concomitantemente se tenha violado outro direito, como, por exemplo, o direito à honra ou à privacidade, entendimento que está em consonância com a proteção autônoma do direito à imagem.

Em sentido contrário ao do julgado acima, há precedente do Superior Tribunal de Justiça, em caso envolvendo foto de banhista fazendo *topless*, a qual foi publicada sem autorização. Ao analisar a situação, ficou decidido que “se a demandante expõe sua imagem no cenário público, não é lícita ou indevida sua reprodução sem conteúdo sensacionalista pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada”<sup>15</sup>. E ao afastar a salvaguarda da imagem com fundamento na não ocorrência de violação à privacidade, fica fácil perceber que este julgado não reconheceu a tutela autônoma do direito à imagem.

Por conseguinte, os dois julgados apresentados deixam claro a necessidade da compreensão da tutela autônoma do direito à imagem, uma vez que a interpretação equivocada da Constituição Federal e do Código Civil pode levar a resultados bastante prejudiciais no que toca à salvaguarda do *ius imaginis*. Desse modo, faz-se mister a releitura do art. 20 do Código Civil à luz da Constituição Federal.

## **8 A NECESSÁRIA RELEITURA DO ART. 20 DO CÓDIGO CIVIL**

O art. 20 do Código Civil de 2002 constitui norma que foi claramente construída a partir das disposições do art. 10 do Código Civil italiano, do art. 79 do Código Civil português e do art. 35 do Anteprojeto Orlando Gomes<sup>16</sup>.

A despeito das origens, a disposição é um verdadeiro pesadelo para qualquer operador do direito, pois mistura vários direitos em um dispositivo muito longo e pouco claro. Tanto que foi objeto de debate entre José Carlos Moreira Alves e Clóvis do Couto e Silva, autores da proposta levada ao Congresso Nacional (CHINELLATO, 2008, p. 237-238).

---

<sup>15</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 595.600-SC. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Julgado em: 18.03.2004.

<sup>16</sup> Dispunha o art. 35 do Anteprojeto Orlando Gomes: “A publicação, a exposição ou a utilização não autorizada da imagem de uma pessoa podem ser proibidas a seu requerimento, sem prejuízo da indenização que couber. § 1º. A proibição só se justifica se da reprodução resultar atentado à honra, à boa fama, à respeitabilidade da pessoa, ou se destinar a fins comerciais. § 2º. Os direitos relativos à reprodução da imagem podem ser exercidos pelo cônjuge ou pelos filhos, se estiver morta ou ausente a pessoa”.

Apesar dos debates promovidos acerca de sua redação, a concepção que previa o alargamento do conteúdo do *caput* do artigo 20 acabou prevalecendo, contando a norma atualmente com o seguinte texto:

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

O primeiro problema da disposição está relacionado com a exigência de lesão à honra, à boa fama ou à respeitabilidade para que haja ofensa ao direito à imagem. Como já foi exposto, os precursores dos direitos da personalidade não tratavam a imagem como um direito autônomo, mas como mero instrumento de violação a outros direitos da personalidade, como, por exemplo, a honra ou a privacidade.

Seguindo tal concepção, vê-se que o Código Civil cometeu o equívoco de afirmar, em seu art. 20, que toda pessoa tem direito de proibir a publicação, a exposição e a utilização de sua imagem “se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade”. Assim, considerando a redação em questão, chega-se à conclusão de que a teoria adotada pelo Código Civil é a que submete o bem jurídico imagem à tutela da honra, havendo apenas o acréscimo de uma proibição de exploração comercial.

Não é outro o entendimento de Bittar, que assevera, ao comentar o dispositivo, que no “art. 20 encontra-se disposição versando diretamente sobre o direito à honra” (BITTAR, 2015, p. 45). O mesmo posicionamento é defendido por Paulo Mota Pinto, o qual adverte que o âmbito de proteção da imagem foi limitado, incluindo apenas os atos que atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do titular do direito, ou se destinarem a fins comerciais (PINTO, 2003, p. 43). Chinellato, também procurando compreender a extensão da norma, chega a conclusão semelhante, afirmando que a regra geral do artigo seria a de que “a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento: a) na hipótese de lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade; ou b) se forem destinadas a fins comerciais” (CHINELLATO, 2013, p. 131-132). Por isso, se se partir de uma interpretação literal do texto, não existe uma tutela autônoma do

direito à imagem no âmbito da codificação civil, pois o que se lesa é a honra (MORAES, 1977, p. 345), a boa fama ou a respeitabilidade.

Todavia, já se deixou claro no presente trabalho que não há que se confundir o direito à imagem com outro direito da personalidade, de modo que a exigência de lesão à honra, à boa fama ou à respeitabilidade cria justamente a confusão que se procura afastar. Por isso, melhor seria se a redação do artigo não vinculasse a tutela do direito à imagem à ofensa a qualquer outro direito. É que, em função de suas características singulares no âmbito dos direitos da personalidade, a imagem é melhor protegida quando se reconhece sua esfera jurídica autônoma (CIFUENTES, 2008, p. 548).

Aliás, tal entendimento é exatamente o que deflui da Constituição Federal, que reconheceu a existência autônoma do direito à imagem. De fato, o constituinte cuidou no art. 5º, X de vários bens jurídicos (intimidade, vida privada, honra e imagem), mas o tratamento dado procurou colocá-los lado a lado, distinguindo-os, do que resultou a mencionada autonomia do direito à imagem (ARAUJO, 2013, p. 64-65). Desse modo, a imagem, pela sua autonomia, é distinta da intimidade, da honra e da vida privada<sup>17</sup>.

Outrossim, ainda no que toca ao art. 5º, X da Constituição Federal, deve ficar claro que se trata de norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não necessitando de regulamentação posterior. Com isso, o texto constitucional protege a imagem desde o início de sua vigência, não necessitando, para tanto, de qualquer outra norma (ARAUJO, 2013, p. 70).

Outro problema do art. 20 do Código Civil diz respeito à utilização para fins comerciais. Por um lado, o legislador foi claro ao assegurar indenização pela simples utilização da imagem, sem autorização, para fins comerciais, ainda que não tenha sido atingida a honra, a boa fama ou a respeitabilidade<sup>18</sup>. Todavia, ao associar a lesão à imagem apenas à sua destinação comercial, deixou o legislador de considerar ilícita uma plêiade de condutas que sem nenhuma dúvida atingem o direito à imagem, como é o caso da utilização sem autorização para fins políticos, ideológicos, partidários ou religiosos, que naturalmente não se enquadram na mencionada destinação comercial (ASCENSÃO, 2010, p. 95). O

<sup>17</sup> Como pondera Sarlet, “a peculiaridade do direito à própria imagem reside na proteção contra a reprodução da imagem ainda que não necessariamente com isso se tenha afetado o bom nome ou a reputação ou divulgado aspectos da vida íntima da pessoa” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 481). Igualmente, Paulo Lôbo assevera que o direito à imagem não “se confunde com a honra, reputação ou consideração social de alguém, como se difundiu na linguagem comum” (LÔBO, 2021, p. 152).

<sup>18</sup> Súmula 403 do STJ: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

mesmo pode ser dito em relação à veiculação da imagem de uma pessoa, sem autorização, em material promocional de instituição beneficente<sup>19</sup>.

Assim sendo, está em total descompasso com a ordem constitucional a proteção da imagem apenas quando há lesão à honra, à boa fama, à respeitabilidade ou se houver destinação comercial<sup>20</sup>. É que a veiculação da imagem alheia, sem autorização, pode até ter caráter laudatório, ser feita de modo elogioso ou com intenção de prestigiar o retratado, mas nada disso afasta a prerrogativa que cada pessoa detém de impedir a divulgação de sua própria imagem, como manifestação exterior da sua personalidade<sup>21</sup>.

Nessa senda, deve-se apenas lamentar, como fez Bittar, pela perda de oportunidade do legislador ordinário, pois o Código Civil de 2002 poderia ter traçado regras adequadas e necessárias para uma tutela mais efetiva do direito à imagem (BITTAR, 2015, p. 62). Todavia, manteve-se

---

<sup>19</sup> Sobre o tema vale aqui a transcrição da ementa do Recurso Especial n. 299.832: “RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO À IMAGEM. ATLETA. UTILIZAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO PARA PROMOÇÃO DE EVENTO. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE FINS LUCRATIVOS. IRRELEVÂNCIA. DANO MORAL. PROVA. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. DOCTRINA. 1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, a análise da interpretação da legislação federal, motivo pelo qual se revela inviável invocar, nesta seara, a violação de dispositivos constitucionais, porquanto matéria afeta à competência do STF (art. 102, inciso III, da Carta Magna). 2. A obrigação da reparação pelo uso não autorizado de imagem decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo e não é afastada pelo caráter não lucrativo do evento ao qual a imagem é associada. 3. Para a configuração do dano moral pelo uso não autorizado de imagem não é necessária a demonstração de prejuízo, pois o dano se apresenta *in re ipsa*. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido” (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 299.832-RJ. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 21.02.2013).

<sup>20</sup> Em sentido contrário, posiciona-se Doneda: “Ao se estabelecer requisitos para que uma pessoa impeça a divulgação de aspectos de sua imagem, abre-se a reserva de que esta divulgação seria lícita quando não lhe macule a honra ou quando tenha finalidade lucrativa. Optou-se, portanto, por um regime de natureza mais permissiva do que, por exemplo, o do Código Civil português, pelo qual a publicação ‘do retrato’ de uma pessoa estaria *a priori* condicionada ao seu consentimento prévio, que somente não seria necessário por motivo de ‘notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente” (DONEDA, 2007, p. 52-53).

<sup>21</sup> Severas críticas ao art. 20 do Código Civil também foram lançadas por Farias e Rosenvald, que consideram que a redação da disposição amesquinhou o direito à imagem, uma vez que na forma como ficou redigido o artigo, “se alguém tiver a sua imagem veiculada, sem autorização, mas sem exploração comercial e sem lhe atingir a honra, não haveria ato ilícito – o que se apresenta absurdo, por afrontar a tutela jurídica da imagem” (FARIAS; ROSENVALD, 2022, v. 1, p. 299).

fiel a uma concepção ultrapassada, que em nada reflete o avançado sistema constante da Constituição Federal.

Dessa forma, em função do texto constitucional, deve ser rejeitado qualquer posicionamento que pretenda negar autonomia à imagem. De fato, o disposto no art. 5º, X da Constituição Federal não deixa qualquer dúvida quanto à independência do direito à imagem (LOTUFO, 2012, p. 79). Isso significa que, como regra, a imagem de uma pessoa somente pode ser publicada, exposta ou utilizada se houver o seu consentimento<sup>22</sup>. E ao lado dessa regra do consentimento, são apresentadas algumas exceções pelo art. 20 do Código Civil, que permitem a utilização da imagem alheia mesmo sem consentimento, em atenção à preponderância do interesse público ou em função da colisão com outros bens jurídicos. Assim sendo, é permitida a utilização da imagem, independentemente de autorização, em situações que sejam necessárias à administração da justiça, à manutenção da ordem pública, ao acesso à informação ou ainda ao exercício da liberdade de imprensa<sup>23</sup>.

Por conseguinte, ao texto do Código Civil deve ser dada uma interpretação conforme a Constituição Federal, visto que os requisitos exigidos pela parte final do art. 20 do Código Civil representam indevida restrição da tutela constitucional do direito de imagem (CF, art. 5º, X)<sup>24</sup>.

## CONCLUSÃO

O direito à imagem é um direito autônomo, cuja violação independe da violação de outro direito. Muitas vezes sua lesão vem associada à violação da vida privada, da intimidade ou da honra, mas a ofensa ao bem jurídico imagem não depende da ofensa a qualquer outro bem jurídico.

<sup>22</sup> Não é outro o teor do Enunciado 587, das Jornadas de Direito Civil do CJF: “O dano à imagem restará configurado quando presente a utilização indevida desse bem jurídico, independentemente da concomitante lesão a outro direito da personalidade, sendo dispensável a prova do prejuízo do lesado ou do lucro do ofensor para a caracterização do referido dano, por se tratar de modalidade de dano *in re ipsa*”.

<sup>23</sup> No que toca à ponderação do direito à imagem com outros direitos, vale mencionar o Enunciado 279 das Jornadas de Direito Civil do CJF: “A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações”.

<sup>24</sup> O mesmo entendimento foi defendido no julgamento do EREsp n. 230.268-SP, valendo aqui a transcrição: “Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a consequência do uso, se ofensivo ou não” (Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 230.268-SP. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 11.12.2002).

A proteção autônoma não foi consagrada pelo Código Civil de 2002, que, apesar da referência expressa ao direito à imagem, coloca-se em choque com as disposições constitucionais, visto que restringiu a proteção às situações em que a imagem é violada em associação com outros direitos.

Em todo caso, as disposições constitucionais têm prevalência sobre o texto legal. Aliás, na própria Constituição Federal a autonomia da imagem fica evidente, pois tal bem jurídico é tratado no inciso X do art. 5º de forma independente e distinta da intimidade, da honra e da vida privada. Dessa maneira, a imagem deve ser encarada não somente sob o aspecto civilista dos direitos da personalidade, mas também sob a ótica de um direito fundamental.

Por conseguinte, deve ser dada uma interpretação conforme a Constituição Federal ao texto do Código Civil, visto que os requisitos exigidos pela parte final do art. 20 da codificação civil representam indevida restrição da tutela constitucional do direito de imagem. Assim sendo, em função do texto constitucional, deve ser rejeitado qualquer posicionamento que pretenda negar autonomia ao direito à imagem, de sorte que a simples utilização da imagem alheia, sem a necessária autorização, mesmo que não haja afronta à honra, que não exista violação da privacidade e nem exploração comercial, já impõe a reparação do dano.

## REFERÊNCIAS

AMORIN, S. L. Direito à própria imagem. **Revista Justitia**, São Paulo, v. 41, p. 63-67, out./dez. 1979.

ANDRADE, M. C. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal**. Coimbra: Coimbra, 1996.

ARAÚJO, L. A. D.; JÚNIOR, V. S. N. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. Santana de Parnaíba: Manole, 2021.

ARAÚJO, L. A. D. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

ASCENSÃO, J. O. **Direito Civil: Teoria Geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

BÄCHLI, M. **Das Recht am eigenen Bild**. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2002.

BARROT, M. J. **Der Kernbereich privater Lebensgestaltung**. Baden-Baden: Nomos, 2012.

BARTNIK, M. **Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

BEIGNIER, B. **L'honneur et le droit**. Paris: LGDJ, 1995.

BELTRÃO, S. R. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BERTRAND, A. **Droit à la vie privée et droit à l'image**. Paris: Litec, 1999.

BITTAR, C. A. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BORGES, R. C. B. Dos direitos da personalidade. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 242-280.

BORK, R. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs**. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível n. 70076451152**. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgado em: 21 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 299.832-RJ**. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 21 fev. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 595.600-SC**. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Julgado em: 18 mar. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EResp n. 230.268-SP**. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 11 dez. 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **EI 250/1999**. Relator: Wilson Marques. Julgado em: 29 set. 1999.

CHINELLATO, S. J. A. Direitos da personalidade: o art. 20 do Código Civil e a biografia de pessoas notórias. *In*: CASSETTARI, Christiano (coord.). **10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf**. São Paulo: Saraiva, p. 126-151, 2013.

CHINELLATO, S. J. A. **Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil**. Tese para Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

CIFUENTES, S. **Derechos personalísimos**. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008.

CORDEIRO, A. M. **Tratado de Direito Civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 4.

COSTA JUNIOR, P. J. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUPIS, A. **I diritti della personalità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982.

DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A. **Instituciones de derecho civil**. Madrid: Tecnos, 1995. v. 1.

DONEDA, D. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **A parte geral do novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 35-60, 2007.

DRAY, G. M. **Direitos de Personalidade: Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2006.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2022. v. 1.

FECHNER, N. **Wahrung der Intimität? Grenzen des Persönlichkeitsschutzes für Prominente**. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010.

FESTAS, D. O. **Do conteúdo patrimonial do direito à imagem: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido inter vivos**. Coimbra: Coimbra, 2009.

GEISER, T. **Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke**. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1990.

HEISIG, C. **Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich**. Hamburg: Dr. Kovac, 1999.

HUBMANN, H. **Das Persönlichkeitsrecht**. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967.

KOHLER, J. **Das Eigenbild im Recht**. Berlin: J. Guttentag, 1903.

LEFFLER, R. **Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying**. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012.

LEGLER, T. **La vie privée, image volée: la protection pénale de la personnalité contre les prises de vues**. Berna: Staempfli, 1997.

LEONARDI, M. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LINDON, R. **Dictionnaire juridique: les droits de la personnalité**. Paris: Dalloz, 1983.

LÔBO, P. **Direito civil**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 1.

LOTUFO, R. **Código Civil comentado**: parte geral (arts. 1º a 232). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

MARTIN, K. **Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung**. Hamburg: Dr. Kovac, 2007.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MORAES, W. Direito à própria imagem. FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, v. 25, p. 340-362, 1977.

MORAES, W. Direito à própria imagem (I). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 443, p. 64-81, set. 1972.

O'CALLAGHAN, X. **Libertad de expresión y sus limites: honor, intimidad e imagen**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.

PINTO, P. M. Direitos da personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro. *In*: CALDERALE, A. (org.). **Il nuovo Codice Civile brasiliano**. Milano: Giuffrè, p. 17-61, 2003.

PRADA, V. H. **El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión**. Barcelona: Bosch, 1994.

PROSSER, W. L. *et al.* **Prosser and Keeton on the Law of Torts**. 5. ed. St. Paul: West Publishing, 1984.

RAMOS, A. C. **Curso de Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

RODRÍGUEZ, V. G. **Tutela penal da intimidade: perspectivas da atuação penal na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2008.

RUBIO, D. M. F. **El derecho a la intimidad**. Buenos Aires: Universidad, 1982.

SAINT-PAU, J.-C. Le droit au respect de la vie privée. *In*: SAINT-PAU, J.-C. (Org.). **Droits de la personnalité**. Paris: LexisNexis, 2013, p. 675-942.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SILVA, A. B. Direito à imagem: o delírio da redoma protetora. *In*: MIRANDA, J.; JUNIOR, O. L. R.; FRUET, G. B. (Orgs.). **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, p. 281-332, 2012.

STANZIONE, P. Art. 1-10. *In*: CENDON, Paolo (org.). **Commentario al Codice Civile. Artt. 1-142**. Milano: Giuffrè, 2009.

THIEDE, T. **Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen**. Viena: Sramek, 2010.

ZANINI, L. E. A. **Direito à imagem**. Curitiba: Juruá, 2018.

ZANINI, L. E. A. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. **Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts**. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.