

Organizador
Wilson Steinmetz

Escritos sobre Direitos Fundamentais

Autores

Pedro José Alcantara Mendonça

Alexandre Salim

Renato de Carvalho Ayres

Fernanda Tofolo

Fabício Rossetti Gast



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva
Revisão metodológica: Giovana Patrícia Bizinela
Projeto Gráfico e Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

E74 Escritos sobre direitos fundamentais / organizador
Wilson Steinmetz. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2017.
84 p. ; il. ; 30 cm.

ISBN: 978-85-8422-153-0

1. Direitos fundamentais. I. Steinmetz, Wilson, (org.).

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*
Campus de Chapecó
Ricardo Antonio De Marco
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Ilido Fabris
Campus de Xanxerê
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa,
Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria
Lindamir Secchi Gadler

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Débora Diersmann Silva Pereira
Andréa Jaqueline Prates
Ribeiro Jovani Antonio Stefani
Lisandra Antunes de Oliveira
Eliane Salete Filipim
Luiz Carlos Lückmann
Carlos Luiz Strapazzon
Gilberto Pinzetta
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Maria Rita Nogueira
Daniele Cristine Beuron
Marcieli Maccari

Comissão Científica

Rogério Gesta Leal (Unoesc, Brasil)
Carlos Strapazzon (Unoesc, Brasil)
Francesco Saitto (La Sapienza, Italia)
Mercè Barcelò i Serramalera (UAB-Espanha)
Elda Coelho Bussinguer (FDV, Brasil)
Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil, Brasil)
Christian Courtis (UBA, Argentina)
Ivan Obando Camino (Talca, Chile)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

NOTA PRÉVIA.....	5
------------------	---

CAPÍTULO I

O SUPORTE FÁTICO, AS RESTRIÇÕES E O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA	7
---	---

CAPÍTULO II

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UMA ANÁLISE DO HC 126.292 DO STF A PARTIR DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	33
---	----

CAPÍTULO III

A IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ESTRUTURA NORMATIVA, FATORES DE DISCRIMINAÇÃO E PROPORCIONALIDADE.....	59
---	----

CAPÍTULO IV

O DIREITO À VIDA PRIVADA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....	89
---	----

CAPÍTULO V

BREVES APONTAMENTOS SOBRE O SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO: QUEM FINANCIA A DEMOCRACIA NO BRASIL?	109
---	-----

NOTA PRÉVIA

Esta coletânea reúne textos produzidos por mestrandos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (PPGD-Unoesc). Alguns textos são revisões de literatura sobre temas clássicos de direitos fundamentais; outros são estudos exploratórios sobre temas atuais e controversos em direitos fundamentais. A pesquisa foi realizada no segundo semestre de 2016 e no primeiro semestre de 2017.

Do ingresso à conclusão do mestrado, em todas as disciplinas e em todos os eventos científicos nacionais e internacionais que promove, o PPGD-Unoesc estimula os discentes ao exercício contínuo da produção textual. A escrita, além de ser a “organização lógica do pensamento” (William Zinsser), desenvolve a iniciativa e a atitude construtiva na formação acadêmica e científica do discente.

O estímulo à produção intelectual discente é reforçado com a política institucional permanente de criação de oportunidades de publicação. Esta coletânea insere-se no contexto dessa política institucional.

Wilson Steinmetz

CAPÍTULO I

O SUPORTE FÁTICO, AS RESTRICÇÕES E O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Pedro José Alcantara Mendonça¹

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

1 INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios da hermenêutica constitucional moderna é encontrar caminhos para a concretização dos direitos fundamentais consagrados pelas mais diversas cartas de direitos.

A tarefa mostra-se árdua em virtude de que muitas normas são implementadas nos ordenamentos jurídicos por meio de princípios, os quais, por possuírem um alto nível de abstração, enfrentam obstáculos para uma efetiva aplicação prática perante casos concretos.

No caso brasileiro, por nosso texto constitucional ser formado por um extenso catálogo de direitos fundamentais positivados por meio de princípios, o conflito entre suas extensões, limites, âmbito de proteção e preponderância mostra-se crescente diante das situações fáticas enfrentadas pelo Poder Judiciário diariamente.

A necessidade de superação de antagonismos entre princípios constitucionais é um tema de extrema relevância, de modo que se mostra essencial o estabelecimento de critérios e parâmetros para que se possa avaliar, frente a determinado contexto ou caso concreto com conflito existente, o direito que prevalecerá, ou a constitucionalidade de determinada restrição imposta pelo Estado.

Sendo assim, no presente artigo, propusemos-nos a estudar a teoria do suporte fático dos direitos fundamentais, com seu âmbito de proteção amplo e restrito, valendo-se primordialmente dos estudos de Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva.

Posteriormente passaremos a investigar as formas de restrição a direitos fundamentais, por meio da análise das teorias interna e externa, bem como a tecer considerações sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais por meio das concepções absoluta e relativa.

Conhecendo todos os argumentos e as justificativas das principais teorias que envolvem os assuntos essenciais para uma completa exegese da norma, o exegeta pode escolher o melhor caminho

interpretativo que o leve a uma efetiva implementação dos direitos fundamentais institucionalizados pelo texto constitucional brasileiro.

2 SUPORTE FÁTICO

Pode-se dizer que o conceito de suporte fático, no âmbito dos direitos fundamentais, mostra-se praticamente desconhecido no direito constitucional brasileiro, o qual sempre esteve arraigado e direcionado precipuamente à organização dos poderes e da figura do próprio Estado (SILVA, 2009, p. 65).

Contudo, em outros campos do direito, notadamente no direito penal e no direito tributário, por meio de definições e expressões como tipo penal e fato gerador *in abstracto* ou hipótese de incidência, respectivamente, a definição de suporte fático tem uma maior relevância e obtém uma análise mais aprofundada por parte dos estudiosos, em razão da importância que tem para a própria compreensão e entendimento da estrutura normativa das temáticas.

Para um aprofundamento do estudo do assunto, inicialmente, divide-se o suporte fático em suporte fático abstrato e suporte fático concreto. O primeiro seria formado pelos fatos ou atos previstos na hipótese normativa e para os quais a realização ou a ocorrência há uma determinada consequência jurídica (SILVA, 2009, p. 67). No mesmo sentido, Díez-Picaso (apud FELLET, 2011, p. 184) enumera que suporte fático abstrato é “[...] uma realidade futura antecipadamente prefigurada”, sendo essa “[...] uma rede de fatos naturais e de atos, condutas e situações.”

Por outro lado, o suporte fático concreto seria a implementação concreta do fato descrito abstratamente na norma, ou seja, “[...] é a ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstracto, juridicizou. A verificação da ocorrência do suporte fático em sentido concreto dependerá, como ficou claro, da sua configuração em abstracto.” (SILVA, 2009, p. 68).

Entretanto, diferentemente das demais searas do direito, na qual ocorre uma mera subsunção da abstração normativa aos casos concretos, de modo que se enquadrando o fato no preceito abstrato estar-se-ia preenchido o suporte fático da norma, na campo do direito constitucional, quando da análise de direitos fundamentais, por serem dotados de uma estrutura normativa distinta e peculiar, a verificação do suporte fático é totalmente contraintuitiva, em razão de o mesmo ser formado por um feixe com diversos elementos (SILVA, 2009, p. 70).

Na visão de Alexy (2008, p. 306), para o preenchimento do suporte fático dos direitos fundamentais haveria a necessidade de estarem presentes dois componentes: o fato estar inserido no âmbito de proteção da norma e haver uma efetiva intervenção estatal no exercício do direito correlato.

O suporte fático não se mostra óbvio, pois o simples fato de uma pessoa emitir comentários em uma roda de amigos não enquadra tal conduta no suporte fático do direito à liberdade de expressão enquanto tal direito não for ceifado por uma ação do Estado, de modo que para existir em sua completude o mesmo exige que determinada intervenção estatal afete o âmbito de proteção da norma de direito fundamental.

Posteriormente e separada da análise do preenchimento do suporte fático, verifica-se a existência de fundamentação constitucional necessária para a intervenção, para que, apenas nesse momento, possa haver de fato a aplicação da consequência jurídica da norma de direito fundamental, caso haja de fato uma argumentação inadequada.

Por sua vez, ao analisar o conceito de suporte fático, Silva (2009, p. 74) amplia a definição do instituto ao considerar como um elemento intrínseco, e não como algo exterior na forma defendida por Alexy, a necessidade de que não se tenha uma fundamentação constitucional para justificar a intervenção estatal, de forma que encontrando guarida na Constituição, a forma como age o Estado não

configuraria uma violação ao direito fundamental, mas sim uma restrição a ele.

Portanto, na análise do suporte fático dos direitos fundamentais, seriam necessários que alguns requisitos fossem atendidos, divididos pelo autor por meio de questões, de modo a ser preciso responder a quatro perguntas importantes (SILVA, 2009, p. 71), quais sejam: (1) O que é protegido? Aqui a conduta a ser dada guarida deve poder ser minimamente enquadrada no âmbito de proteção da norma, de modo que possa, num plano abstrato, ser reconhecida como conexa ao que nela se está resguardando e considerada, portanto, digna de proteção. (2) Contra o quê? Por meio deste questionamento, exige-se uma efetiva intervenção estatal na conduta aprioristicamente protegida. (3) Qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer? Nesse tópico entraria a exigência da cessação da intervenção, caso não seja adequadamente fundamentada (4) O que é necessário ocorrer para que a consequência possa ocorrer também? Por meio deste elemento, estabelece-se que caso a intervenção não for corretamente embasada restará afastada a ação do Estado e será exigido o retorno ao *status quo* anterior.

Sendo assim, a análise e a determinação de quais requisitos que devam estar preenchidos, no que tange a extensão tanto do suporte fático abstrato quanto no que concerne ao suporte fático concreto, determinará a forma de aplicação e incidência dos direitos fundamentais, de modo a se mostrar de grande valia o aprofundamento do seu estudo com a apresentação de suas concepções restrita e ampla.

2.1 SUPORTE FÁTICO RESTRITO

Os autores que perfilham a corrente pela existência de um suporte fático restrito dos direitos fundamentais defendem a exclusão *a priori* de determinadas condutas do âmbito de proteção, de tal forma que determinadas ações, estados ou posições jurídicas não es-

tariam abarcadas, em abstrato, no âmbito de proteção dessas normas (SILVA, 2009, p. 79).

Em sua obra, Andrade (2004, p. 294-295), após formular algumas questões sobre eventuais colisões entre direitos, enumera:

Nestes, como em muitos outros casos, não estamos propriamente em uma situação de conflito entre o direito invocado e outros direitos ou valores, por vezes expressos através de deveres fundamentais: é o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui da respectiva esfera normativa esse tipo de situações.

Pode-se dizer que os pontos comuns das principais estratégias empregadas para se definir um suporte fático restrito dos direitos fundamentais, de modo a ceifar de maneira prévia e antecipada algumas ações do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, seriam a investigação da essência de determinado direito ou manifestação humana, tal como a total refutação da ideia de colisão entre direitos fundamentais.

Mereceriam destaque as estratégias visando a uma interpretação histórico-sistemática, aquelas que almejam delimitar e especificar o âmbito da norma, principalmente na forma desenvolvida por Friedrich Muller, bem como as que buscam a fixação de uma prioridade perene das liberdades básicas, na maneira proposta por John Rawls (SILVA, 2009, p. 82).

A interpretação histórico-sistemática defende que seria uma obrigação da interpretação constitucional estabelecer o que compõe o núcleo de cada direito fundamental. A essência de cada direito seria definida principalmente pela análise histórica e sistemática das normas constitucionais.

Dentro do aspecto histórico, mostraria-se necessário o estudo do contexto histórico-cultural da criação dos dispositivos constitucionais. Já no plano sistemático, o objetivo seria verificar as relações que as normas de direitos fundamentais exercem entre si, tal como com outras normas de direito constitucional.

De tal forma que, para os defensores dessa corrente, apenas pelo exame da formação do texto constitucional ou da colocação do dispositivo sob análise em determinado contexto se conseguiria solucionar uma eventual colisão de direitos.

Passando para o exame da teoria do suporte fático restrito que se vale da limitação do âmbito da norma, Silva (2009, p. 86) enumera que Friedrich Muller seria um dos autores que com maior clareza fornece critérios para sua defesa.

Para este autor a função primordial da dogmática dos direitos fundamentais constituiria na precisa delimitação da amplitude fática de cada um dos direitos, de modo a possibilitar a definição do que seria protegido por cada um.

Dessarte, muitos casos que, em um primeiro momento, poderiam constituir uma situação de conflito entre direitos não passariam de meros casos de colisão aparente, de modo que definir o conteúdo do que é resguardado por cada direito fundamental seria o mesmo que definir seus próprios limites.

Propositalmente Muller fala em “limites” e “delimitação”, mas não em “restrição”, a qual pressuporia algo externo ao direito fundamental, o que não seria o caso, de modo que aduz: “A questão dogmática principal não é saber, portanto, por meio de quê um direito fundamental pode ser restringido, mas qual é a extensão de sua validade, a qual deve ser desenvolvida a partir da análise do âmbito da norma [...]” (SILVA, 2009, p. 87).

Para a delimitação do âmbito de proteção e dos limites de um direito fundamental, Müller trabalha com o conceito de *especifi-*

cidade, e enumera que todo ato que faça parte do âmbito da norma de determinado direito fundamental é considerado específico.

Segundo as lições de Silva (2009, p. 88), em virtude das dificuldades de compreensão do conceito de âmbito da norma, mostraria-se mais fácil definir *especificidade* por seu conceito negativo. Assim,

Toda e qualquer ação que não seja estruturalmente necessária para o exercício do direito fundamental e que, nesse sentido, possa ser substituída por outra é uma ação não-específica, e, portanto, não protegida pelo direito fundamental. Assim, proibir uma tal ação não é restringir o exercício do direito.

Destarte, estabelecendo uma delimitação sobre o que de fato pertence ao âmbito da norma e o que não pertence, por não ser propriamente típico, Müller embasa sua tese de que os direitos fundamentais não são absolutos ou ilimitados, tal como fundamenta a rejeição da necessidade de restrições externas a esses direitos.

Uma terceira linha argumentativa vale-se da interpretação das obras escritas por John Rawls, pela qual fica clara a sua opção pela teoria restritiva do suporte fático com o objetivo de evitar confrontos entre direitos fundamentais e, conseqüentemente, a necessidade de se socorrer ao sopesamento para resolver as colisões. Para isso, vale-se de três formas: a) redução do número de liberdades fundamentais; b) estabelecimento de um caráter absoluto das liberdades fundamentais quando em conflito com outros direitos ou com interesses coletivos; e c) exclusão de determinadas condutas do suporte fático das liberdades fundamentais.

Nesse diapasão, em seus trabalhos desenvolve a ideia de que fariam parte do rol de liberdades fundamentais apenas as liberdades tidas por essenciais: de pensamento e de consciência, liberdades políticas e de associação, as liberdades advindas da integridade das

pessoas e os direitos e liberdades abarcados pelo Estado de Direito (RAWLS, 2000, p. 345).

Essa redução do número de liberdades fundamentais, por meio da noção de prioridade, embase-se na ideia de que a ampliação da lista poderia vir a abalar a proteção das mais essenciais pela necessidade recorrente de se exercer um sopesamento, muitas vezes falho, para resolver os conflitos existentes.

Por meio da definição de um peso maior às liberdades consegue-se evitar ao máximo a necessidade do sopesamento para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais, pois qualquer colisão entre algum direito da categoria “liberdades fundamentais” com outros direitos ou interesses coletivos seria prontamente solucionado em favor das primeiras.

Portanto, Rawls (2000, p. 350-351) aduz que

toda vez que ampliamos a lista das liberdades fundamentais, corremos o risco de enfraquecer a proteção das mais essenciais e de recriar no interior do sistema de liberdades os problemas de indeterminação e desorientação que tínhamos a esperança de evitar com uma noção adequadamente circunscrita de prioridade. Por isso, vou pressupor ao longo de todo o texto, e nem sempre farei menção a isso, que as liberdades fundamentais da lista sempre têm prioridade, como muitas vezes ficará claro a partir dos argumentos em seu favor.

Por fim, na visão de Silva (2009, p. 91), o ponto mais importante da doutrina de Rawls que o inclui de maneira conclusiva no rol dos defensores de um suporte fático restrito dos direitos fundamentais seria que, distinguindo regulamentação e restrição, elimina determinadas variáveis do suporte fático dos direitos.

Para Rawls (2000, p. 349-350) para que as liberdades básicas possam se combinar em um sistema e se adaptar a certas condições

sociais necessárias, de modo que sobrevivam de forma perene e duradoura, haveria a necessidade de as mesmas serem regulamentadas, desde que a esfera central de aplicação das liberdades fundamentais seja garantida satisfazendo aos princípios da justiça.

Os autores que defendem um modelo restrito de suporte fático enumeram que a análise do âmbito de proteção será sempre delimitada aprioristicamente e de maneira restrita, de modo que se definiria *a priori* e abstratamente quais condutas, atos, fatos e situações que seriam protegidas ou não pelo manto da norma de direito fundamental.

Podemos dizer que entre os principais problemas de um suporte fático restrito seriam a sua abstração excessiva e as dificuldades para a sua aplicação prática, entre as quais pode-se citar a existência de um certo conservadorismo na limitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, os quais por estarem sujeitos a constantes mudanças pela passagem do tempo impossibilitam, em muitos casos, uma interpretação estática.

Outra crítica recorrente, refere-se ao método empregado para se definir quais condutas seriam albergadas *a priori* por eventual direito fundamental, já que não haveria restrições externas nem direitos absolutos, de modo que para determinadas situações se mostraria imprescindível a análise do caso concreto.

2.2 SUPORTE FÁTICO AMPLO

A definição do conceito de suporte fático amplo é relativamente simples, em razão de que estabelece que estariam enquadradas inicialmente no âmbito de proteção da norma todas as condutas, situações e fatos que se relacionam, mesmo que muitas vezes superficialmente, com sua temática.

Nesse sentido, “o que faz parte do âmbito de proteção de um determinado direito fundamental” tem consequências menos drásticas aqui e poderia ser substituída pela pergunta: “O que é protegido

prima facie por esse direito?” Essa pergunta deve ser respondida da seguinte forma: toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do “âmbito temático” de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis (SILVA, 2009, p. 109).

Entretanto, dentro da teoria do suporte fático amplo a definição do que seria protegido e inserido no âmbito de proteção da norma seria apenas um primeiro passo, em virtude de que a definição das situações abarcadas pelo direito fundamental definitivamente dependeria do sopesamento dos valores envolvidos, por meio do exame da proporcionalidade, caso haja conflitos entre princípios.

Na análise dos direitos fundamentais, qualquer valoração apenas será válida se advir de um correto sopesamento, dentro do qual deverá haver um robusto ônus argumentativo que justifique a legitimidade da intervenção, para que a restrição ao direito fundamental se mostre devidamente adequada, razoável e necessária. Portanto, a própria necessidade de um sopesamento exige que a teoria ampla do suporte fático inclua, no âmbito de proteção de cada direito fundamental, todas as condutas que poderiam eventualmente estar protegidas pela norma.

Nesse sentido Silva (2009, p. 111-112) afirma que

[...] as exigências que o modelo do suporte fático amplo impõe à argumentação implicam um maior grau de proteção aos direitos fundamentais. A primeira consequência de uma modificação no ponto de partida de suporte restrito para o suporte amplo é não somente a ampliação, no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, mas também uma consequente ampliação na extensão do conceito de ‘intervenção’. [...] Ora, se a proteção for um direito fundamental depende da classificação de uma intervenção em seu âmbito ou como restrição constitucionalmente aceita ou violação incons-

O suporte fático, as restrições e o conteúdo essencial...

titucional, tanto mais tende a ser efetiva essa proteção quanto maior for a extensão do âmbito de proteção e também do conceito de 'intervenção'.

No momento em que se inclui as restrições ao suporte fático dos direitos fundamentais, haveria a necessidade da aferição de sua constitucionalidade concreta, a qual precisaria ser verificada por meio da técnica da proporcionalidade para a resolução de eventuais conflitos entre princípios.

Valendo-se da lição de Siqueira (2009, p. 67-80), dentro do modelo de suporte fático amplo não é o âmbito de proteção (definição do que seria resguardado) que é o ponto nodal, mas sim a argumentação utilizada na fundamentação da intervenção estatal por meio do processo de sopesamento frente aos casos concretos.

Portanto, os autores que perfilham a teoria do suporte fático amplo defendem, desde o primeiro momento, a ampliação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais (proteção *prima facie*), sendo que, posteriormente, o mesmo será devidamente delimitado por meio do sopesamento que determinará no plano dos fatos o que será concretamente protegido ou não.

3 RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Independentemente da extensão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e do próprio conceito de intervenção estatal que se utilize, haverá a necessidade de se investigar a relação entre o direito e as suas restrições para que possamos lidar corretamente com os problemas advindos da colisão entre direitos fundamentais, de modo que neste tópico passaremos a analisar os dois enfoques principais sobre o assunto.

Sabe-se que em muitos casos a aplicação de diversas teorias para o entendimento de um mesmo fenômeno não gera sempre

conclusões díspares e distintas, de modo que, em que pese os pressupostos fáticos e os meios utilizados na análise sejam diferentes, a conclusão ou os resultados atingidos podem ser iguais ou ao menos muito similares.

No caso das restrições a direitos fundamentais, a aplicação da teoria interna ou da teoria externa a determinado caso concreto, na visão de Miranda (2000, p. 336-337), geraria conclusões muito próximas, pois nenhum direito e nenhuma restrição, a seu ver, poderiam ser interpretadas isoladamente, à margem dos demais direitos e princípios institucionais que os circundam e os envolvem.

Entretanto, em que pese a teoria interna e a teoria externa possam chegar a resultados similares em alguns casos, a distinção entre os argumentos utilizados em cada uma delas mostra-se muito relevante, de modo que não poderíamos igualar ou simplesmente ignorar a distinção entre os dois procedimentos.

Além disso, por estarem intimamente relacionadas com o suporte fático dos direitos fundamentais, haverá a necessidade de se estabelecer os parâmetros existentes entre os próprios direitos e as suas restrições (ou limites) para que consigamos determinar ou definir um critério comparativo ou valorativo mais correto para solucionar eventuais conflitos de direitos adequadamente.

3.1 TEORIA INTERNA

Valendo-se da lição de Silva (2009, p. 127), poderíamos enumerar que para a teoria interna o direito e seus limites formariam uma única esfera indissociável e indivisível, de modo que os limites seriam imanentes ao próprio direito.

Assim, o processo de definição dos limites seria algo interno ao próprio direito, pelo simples fato de que decorre da sua própria constituição, estando livre da interferência de qualquer fator exter-

no e não sofrendo a influência de eventuais colisões entre direitos *a posteriori*.

Portanto, a teoria interna fundamenta a limitação de direitos como provenientes do próprio direito, valendo-se da ideia da existência de limites imanentes e se utilizando da teoria institucional.

Para não ter que partir do pressuposto insustentável de direitos absolutos, a teoria interna recorre à ideia de limites imanentes, pela qual os direitos fundamentais não seriam absolutos, pois possuem seus limites estabelecidos, explícita ou implicitamente, no bojo do próprio texto constitucional.

Sobre o assunto assim aduz Barcellos (2005, p. 59): “[...] cada direito apresenta limites lógicos, imanentes, oriundos da própria estrutura e natureza do direito e, portanto, da própria disposição que o prevê. Os limites já estão contidos no próprio direito, portanto não se cuida de uma restrição imposta a partir do exterior.”

Sendo assim, os autores que perfilham a teoria interna se valem propositalmente do termo limite, pois não se deve falar em restrições a direitos fundamentais ou colisões entre os mesmos, mas de limites pré-existentes, advindos de uma interpretação sistemática da própria Constituição, dentro da qual não haveria direitos ou liberdades ilimitadas.

A grande crítica sofrida pela teoria dos limites imanentes advém da sua dificuldade, pela própria complexidade e abrangência do tema, em definir o que estaria dentro do seu campo ou espaço de proteção e o que ficaria fora desses limites do direito fundamental sob análise, o que também seria o grande obstáculo para todas as teorias que sustentam um suporte fático restrito aos direitos fundamentais.

Sem dúvida, atualmente, uma das principais linhas argumentativas da teoria interna seria a teoria institucional dos direitos fundamentais desenvolvida por Peter Häberle que se preocupa com os limites dos direitos fundamentais e seu conteúdo nuclear.

Entretanto, pela própria abrangência do tema em paralelo com os limites propostos para o presente artigo, não aprofundaremos o estudo da teoria, mas gostaríamos de deixar consignado que a mesma estabelece, em linhas gerais, que os direitos fundamentais ganham corpo na medida em que façam parte da consciência de um número indeterminado de indivíduos, não dependendo única e exclusivamente da vontade do legislador constituinte, o qual apenas os garante e os desenvolve ao delimitar seus contornos e recortes.

3.2 TEORIA EXTERNA

Para a teoria externa há dois elementos: o direito em si e, separadas dele, suas restrições. As restrições, qualquer que seja sua natureza, não exercem qualquer influência no conteúdo do direito em si, podendo apenas, naquele caso concreto, restringir seu exercício, razão pela qual, em nenhum momento, afetam sua validade e sua extensão *prima facie*.

Por essa teoria, a colisão entre direitos fundamentais seria solucionada pelo sopesamento entre os princípios envolvidos e delimitados pelo legislador no momento da definição das regras ou pela aplicação da regra da proporcionalidade em caso de confronto entre princípios.

A relação da teoria externa com a teoria dos princípios é a mais próxima possível, já que pela última os direitos fundamentais seriam garantidos por uma norma que consagra um direito *prima facie*, no qual o suporte fático dessa norma, que tem estrutura de princípios, é o mais amplo possível.

Assim, a colisão com outras normas pode exigir uma restrição à realização de um princípio por meio do sopesamento e a aplicação da regra da proporcionalidade, a partir das condições fáticas ou jurídicas existentes.

Em que pese seja aceita no âmbito dos direitos fundamentais por vários autores, a teoria externa é objeto de inúmeras críticas

baseadas em seus pressupostos lógicos ou em algumas de suas consequências nos planos teórico, metodológico ou prático, cuja análise mais pormenorizada se mostra pertinente.

Assim, pela importância do assunto, comentaremos e abordaremos as principais críticas à teoria externa.

3.3 CRÍTICAS À TEORIA EXTERNA

Notadamente no âmbito do direito civil, uma das críticas à teoria externa advém daqueles autores que alegam a existência de uma incoerência lógica em sua aplicação, pois não haveria a possibilidade de um direito ser assegurado em sua completude e, ao mesmo tempo, seu exercício ser, no todo ou em parte, proibido.

Como resposta à crítica da existência de uma contradição lógica, os defensores da teoria externa argumentam que haveria uma clara diferença entre o direito *prima facie*, resguardado por um princípio, e o direito definitivo, garantido por uma regra que seja o produto do sopesamento entre dois ou mais princípios, pois ambos estariam em níveis diferentes, de modo que não haveria que se falar em incoerência.

Outros afirmam que a teoria externa e a teoria dos princípios criariam uma ilusão desonesta ao intérprete sobre o que de fato seria assegurado como direito fundamental, pois apesar de conferirem molduras amplas aos direitos garantidos *prima facie*, quase nunca o que é garantido é também resguardado de forma concreta definitivamente (direito definitivo).

A defesa das teorias parte do pressuposto de que um direito *prima facie* não fundamenta uma pretensão a determinado direito definitivo, de modo a nutrir falsas expectativas, mas apenas confere a possibilidade de se efetivar um sopesamento entre princípios.

Quanto ao método, uma das críticas que se aplica com algumas particularidades à teoria externa, pois estaria mais atrelada

à teoria dos princípios, seria que faltaria ao sopesamento critérios racionais de decidibilidade, de modo que sempre o seu exercício não passaria de um decisionismo disfarçado.

Para Silva (2009, p. 146) citando Kelsen e seu entendimento pela existência de uma moldura normativa dentro da qual existiriam diversas possibilidades de aplicação do direito, o ponto de partida para se refutar essas alegações parte do pressuposto da impossibilidade e da inexistência de algum método que exclua qualquer subjetividade na aplicação do direito, de modo a se conferir aos intérpretes uma racionalidade perfeita e livre de quaisquer vícios ou juízos de valor.

Far-se-ia necessária, portanto, dentro de uma racionalidade possível e exequível, a fixação de parâmetros e critérios que possibilitem algum controle da argumentação utilizada no momento da aplicação e da interpretação do direito.

Outra crítica às espécies da teoria externa que aplicam o sopesamento como forma de solucionar eventuais conflitos entre direitos fundamentais, intimamente ligada com a racionalidade, seria que o seu uso traria um incremento da insegurança jurídica, pois dependeria apenas da subjetividade do juiz (não seria um processo racional) frente ao caso concreto.

Em sua obra, Silva (2009, p. 149) afirma ser uma ingenuidade acreditar que a aplicação do direito estaria totalmente blindada contra algum tipo de subjetivismo do intérprete, seja utilizada a subsunção ou o sopesamento, ou qualquer outro método interpretativo.

Para o autor, para que possamos ter uma segurança jurídica (um mínimo de previsibilidade na atividade jurisdicional), a qual não decorre pura e simplesmente do método, haveria a necessidade de um acompanhamento cotidiado e crítico da própria atividade jurisdicional, precipuamente por parte da doutrina jurídica, de modo a exigir uma maior consistência e coerência nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Outro ponto enumerado por aqueles que criticam a teoria externa aplicada em conjunto com um suporte fático amplo dos direitos fundamentais seria a criação de um boom judiciário, pois a partir do instante em que qualquer ação pudesse ser subsumida a uma norma que assegurasse, ainda que *prima facie*, um direito fundamental, a quantidade de conflitos e, principalmente, de pretensões ligadas a direitos fundamentais tenderia a crescer exponencialmente.

Como contra-argumentos, os defensores da teoria externa alegam que a chance de êxito das pretensões judiciais mostra-se igual nas duas teorias, de modo que a prevalência da teoria externa não resultaria necessariamente em uma inflação judiciária. Além disso, com o tempo, os precedentes judiciais estabilizariam a quantidade de pretensões em um patamar condizente com as reais chances de êxito de cada caso concreto inicialmente abarcado por um direito *prima facie*, bem como que a quantidade de ações em qualquer país, principalmente no caso brasileiro, dependeria muito mais de questões processuais e procedimentais do que de questões substanciais.

Após enumerarmos as principais características das teorias envolvendo o suporte fático, bem como a apresentar as concepções que versam sobre o direito e suas restrições (ou limites), passaremos a tecer considerações sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

4 CONTEÚDO ESSENCIAL

Inicialmente, a definição de um conteúdo essencial para os direitos fundamentais pode ser estudada por meio de dois enfoques diferentes: o objetivo e o subjetivo.

O primeiro analisa o direito fundamental como um todo, a partir de sua dimensão como um direito objetivo, ao passo que para o segundo o primordial seria a investigação sobre a existência de um

direito subjetivo dos indivíduos a uma proteção ao conteúdo essencial dos seus direitos fundamentais.

Assim, por uma dimensão estritamente objetiva, proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem sentido para todos os indivíduos ou para grande parte deles, “para o todo social”, de tal modo que situações meramente individuais não autorizariam a proteção.

Por outro lado, os defensores de uma análise subjetiva afirmam que a proteção objetiva não faria sentido, já que em muitos casos a violação em um caso individual não afetaria sua dimensão objetiva, mas poderia gerar uma clara violação ao conteúdo essencial para aquela situação concreta (SILVA, 2009, p. 186).

Para um aprofundamento do estudo do conteúdo essencial, analisaremos as principais características das duas teorias elementares sobre o tema, a que identifica um núcleo essencial absoluto em cada direito fundamental e a que perfilha pela existência de um conteúdo essencial tão somente relativo.

4.1 CONTEÚDO ESSENCIAL ABSOLUTO

Todas as teorias que defendem a existência de um conteúdo essencial absoluto têm em comum a ideia de que para todo direito fundamental haveria um núcleo cujos contornos seriam intransponíveis, independentemente da situação ou do caso concreto justificador da restrição.

Assim, seja qual for o interesse em jogo ou a situação em comento não se poderia violar esse limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justificaria o próprio direito envolvido (MIRANDA, 2015, p. 403).

Portanto, na teoria absoluta, cada direito fundamental possui um núcleo essencial totalmente intangível e abstratamente identificável. Nesse sentido Pereira (2006, p. 372) aduz: “[...] um núcleo

fixo que não depende de ponderação”, ou seja, o “conteúdo essencial é único e sempre o mesmo.” A teoria absoluta, diversamente da relativa, não adota uma visão relacional e dinâmica do conteúdo essencial, entendendo-a como um reduto estático e incondicional que não pode, sob nenhum fundamento, ser ultrapassado. “[...] o direito fundamental pode ser desdobrado em duas partes: uma parte essencial, e, portanto, inviolável, e uma parte não essencial, que pode ser objeto de restrição.” (PEREIRA, 2006, p. 372).

Para exemplificar a situação, os autores se valem de duas esferas concêntricas na qual a maior seria o conteúdo total do direito fundamental e a menor o seu conteúdo essencial, absoluto, resistente a qualquer ação limitadora.

Silva (2009, p. 189) cita a distinção entre as teorias absolutas dinâmicas e as estáticas. Para as teorias absolutas estáticas constituiria o conteúdo essencial mínimo de cada direito fundamental tão somente aquilo que não se altera com a passagem do tempo e que independa de ideologias ou da realidade social vigente.

Por outro lado, no contexto da teoria dinâmica, o conteúdo essencial absoluto não seria sinônimo de conteúdo essencial imutável ou rígido à passagem do tempo ou às condições sociais. Absoluto seria aquilo que, protegido pelo conteúdo essencial, não sofre relativizações de acordo com urgências ou contingências (seria apenas intangível, mas não imutável).

Dando seguimento, Silva enumera que uma teoria absoluta-estática poderia vir a ser até mais flexível e próxima das teorias relativas do que uma teoria absoluta-dinâmica, caso o que fosse considerado essencial não formasse um círculo demasiadamente amplo, pois nessa situação a grande parcela do direito fundamental seria passível de restrições e interpretações.

Sabe-se que, até mesmo por uma questão de coerência lógica, a teoria do conteúdo absoluto associa-se à teoria do suporte fático restrito, tal como à teoria interna das restrições aos direitos

fundamentais, enfrentando os mesmos problemas argumentativos que estas, notadamente a dificuldade para justificar qual o critério utilizado para se definir o que pertence ao conteúdo essencial e o que dele deveria ser ceifado.

Assim, no momento em que se define núcleos essenciais fixos, muitas vezes a delimitação do perímetro de guarda dos direitos pode resultar em arbitrariedades e subjetivismos prejudicando uma plena efetividade de direitos fundamentais.

4.2 CONTEÚDO ESSENCIAL RELATIVO

O ponto nodal da teoria relativa enumera que não haveria um âmbito de proteção com contornos pré-definidos ou fixos, estabelecidos *a priori*, para cada direito fundamental, em virtude de que a definição do que seria essencial e merecedor do manto protetivo sempre dependeria das condições do caso concreto.

Dessarte, o conteúdo essencial de um direito fundamental não seria estático ou igual para todos os casos e as situações jurídicas a serem solucionadas, pois sempre demandaria uma análise das condições fáticas e das colisões existentes entre os direitos envolvidos em cada ocorrência específica.

Silva (2009) enumera que a principal corrente da teoria relativa do conteúdo essencial seria aquela que o amarra com a regra da proporcionalidade, de tal modo que o conteúdo essencial seria obtido após a operação de sopesamento, de modo que as restrições a direitos fundamentais que superassem o teste da proporcionalidade não afetariam o conteúdo essencial dos direitos restringidos.

Nessa esteira, contudo, sempre haveria a necessidade de uma fundamentação robusta para cada restrição, pois restrições não fundamentadas (os motivos que embasam a adoção da medida não possuem peso suficiente para justificar a restrição do direito funda-

mental envolvido), ainda que pequenas, violariam o conteúdo essencial pelas premissas relativistas.

Portanto, pode-se dizer que a teoria relativa “[...] não vê a garantia do conteúdo essencial como uma barreira autônoma à atividade legislativa, mas sim como um reforço da exigência de proporcionalidade das restrições.” (PEREIRA, 2006, p. 372).

Seguindo a coerência metodológica, a teoria relativa do conteúdo essencial vincula-se à teoria do suporte fático amplo, bem como à teoria dos limites externos dos direitos fundamentais.

Sendo assim, recebe as mesmas críticas enfrentadas pelas referidas teorias: a alegação da existência de uma incoerência lógica, bem como a prevalência da subjetividade nas decisões judiciais, em detrimento da racionalidade, de modo a gerar um aumento da insegurança jurídica, as quais já foram devidamente debatidas e comentadas alhures.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fato de os sistemas jurídicos modernos passarem a ser compostos também por princípios tornou o direito muito mais maleável e adaptável à própria evolução da vida em sociedade. Entretanto, o lado perverso dessa flexibilidade mostrou-se que, por serem dotados de grande abstração, os princípios vivem em constante conflito.

No contexto brasileiro, o fato de a Constituição Federal de 1988 ter consagrado diversos direitos fundamentais por meio de princípios jurídicos traz à tona esses embates, os quais precisam ser resolvidos pelo Poder Judiciário na resolução dos casos concretos trazidos à baila.

Desta feita, o objetivo do presente trabalho foi apresentar as principais teorias a respeito do suporte fático, da restrição e do conteúdo essencial dos direitos fundamentais para que possa colobo-

rar na discussão sobre a melhor maneira de se implementar de forma prática a vasta gama de direitos fundamentais positivados.

Assim, primeiramente vimos que a abrangência do suporte fático pode ser ampla ou restrita. A teoria do suporte fático amplo tem como premissa que estariam enquadradas inicialmente no âmbito de proteção da norma todas as condutas, situações e fatos que se relacionam com sua temática, ao passo que a teoria do suporte fático restrito defende a exclusão *a priori* de determinadas condutas do âmbito de proteção, de tal forma que determinadas ações, estados ou posições jurídicas não estariam abarcadas, em abstrato, no âmbito de proteção dessas normas.

Passando para a análise das restrições a direitos fundamentais, verificamos as duas principais teorias. A teoria interna parte do pressuposto de que o direito e seus limites formariam uma única esfera indissociável e indivisível, de modo que os limites seriam imanentes ao próprio direito, sendo decorrentes da sua própria constituição, estando livre da interferência de qualquer fator externo e livre de colisões. Por outro lado, para a teoria externa o direito seria separado de suas restrições, de modo que estas, qualquer que seja sua natureza, não exerceriam qualquer influência no conteúdo do direito em si, podendo apenas, em determinado caso concreto, restringir seu exercício, razão pela qual, em nenhum momento, afetam sua validade e sua extensão *prima facie*.

Por fim, analisamos o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e suas teorias absoluta e relativa. A primeira parte da ideia de que para todo direito fundamental haveria um núcleo cujos contornos seriam intransponíveis, independentemente da situação ou do caso concreto justificador da restrição. Já para a teoria relativa não haveria um âmbito de proteção com delimitação pré-definida ou fixa, estabelecida *a priori*, para cada direito fundamental, em virtude de que a definição do que seria essencial e merecedor do manto protetivo sempre dependeria das condições do caso concreto.

Em uma época na qual se mostra praticamente consolidada a existência de alguns valores fundamentais inquestionáveis em diferentes culturas, prestigiados em declarações e cartas de direitos dos mais díspares povos, vislumbra-se cotidianamente no Estado brasileiro que uma grande parte dos direitos positivados no texto constitucional não são usufruídos nem gozados por boa camada da população, para a qual faltam serviços básicos que lhe garantam um nível mínimo de dignidade e qualidade de vida.

Sendo assim, na nossa visão, mais importante do que se estabelecerem critérios ou padrões interpretativos rígidos ou fixos seria mirar firmemente na concretização dos direitos fundamentais.

Não haveria uma única vertente mais hábil para isso para todos os casos ou situações concretas que envolvam direitos fundamentais, como uma receita de bolo pronta e acabada, de modo que a fundamentação de um suporte fático amplo pode ser mais ideal para determinado direito e não o ser para outro que demandaria um suporte fático restrito. Da mesma forma a aplicação das teorias interna ou externa, ou o entendimento por um conteúdo absoluto ou relativo.

Portanto, desde que sempre se obedeça uma coerência lógica na argumentação empregada, deveria ser aplicado em nosso sistema jurídico qualquer das teorias que envolvam a extensão do âmbito de proteção, das restrições ou do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, escolhendo-se sempre, frente aos casos concretos, a que melhor favoreça uma efetiva implementação dos direitos positivados no texto constitucional, de modo que o Estado brasileiro propicie de fato uma vida digna a todos seus cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividades jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FELLETT, André Luiz Fernandes. *O suporte fático como critério distintivo entre regras e princípios e a relação entre valores e normas*. 2011. 184 p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional)-Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. vol. IV. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direitos fundamentais e suporte fático: notas a Virgílio Afonso da Silva. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 6, p. 67-80, jun./dez. 2009.

CAPÍTULO II

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UMA ANÁLISE DO HC 126.292 DO STF A PARTIR DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alexandre Salim¹

¹ Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul. Mestrando em Direito na Unoesc (Universidade do Oeste de Santa Catarina). Especialista em Teoria do Processo pela UCS (Universidade de Caxias do Sul). Professor de Direito Penal na FESMPMG (Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais), na ESMAFE (Escola da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul), na FEMARGS (Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul) e na EBRADI (Escola Brasileira de Direito), bem como nos cursos Saraiva Aprova, Verbo Jurídico, Alcance e IOB.

1 INTRODUÇÃO

Doutrinas juspositivistas de base filosófico-utilitarista serviram de sustentação à formulação de princípios normativos voltados ao interesse dos cidadãos (CHIASSONI, 2009, p. 8), estabelecendo o *dever ser* do direito e do estado e determinando os fins e limites dos poderes do povo (em geral) e do governante (em particular) (FERRAJOLI, 2008, p. 246).

Bentham (2017) invocou o princípio da utilidade em questões concretas, como o sistema político, jurídico e econômico, a liberdade sexual e a emancipação feminina. No seu *Uma Introdução aos Princípios da Moral e Legislação* (1789), o teórico inglês defende que a regra de se alcançar a maior felicidade possível para o maior número possível de pessoas devia ter papel primordial na arte de legislar, na qual o legislador buscava maximizar a felicidade da comunidade inteira criando uma identidade de interesses entre cada indivíduo e seus concidadãos (BENTHAM, 2017). Para Stuart Mill (2000), o utilitarismo é a doutrina que aceita a ‘utilidade’ ou o ‘princípio da maior felicidade’ como fundamento moral, que sustenta que as ações estão certas na medida em que elas tendem a promover a felicidade e erradas quando tendem a produzir o contrário da felicidade. Por ‘felicidade’ entende-se prazer e ausência de dor; por infelicidade, dor e privação de prazer. A teoria da vida na qual se funda esta teoria da moralidade, a saber, que o prazer e a ausência de dor são as únicas coisas desejáveis como fins, e que todas as coisas desejáveis (que são tão numerosas no esquema utilitarista como em qualquer outro) são desejáveis seja pelo prazer inerente a elas, seja como meios para promover o prazer e prevenir a dor (MILL, 2000, p. 10).

Dois séculos depois de Bentham, o filósofo americano Rawls, no prefácio de *Uma teoria da Justiça* (1971), e depois em *O Liberalismo Político* (1993) (RAWLS, 2000, p. 22), afirma que o pensamento moral determinante na sociedade moderna ocidental foi baseado

sempre em alguma forma de utilitarismo. Quando a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948) dispõe que “as distinções sociais não podem ser fundadas senão na utilidade comum”, e a *Declaração de Independência dos Estados Unidos* (1776) refere-se a uma sociedade na qual todos “busquem a felicidade”, fica clara a moral utilitarista pela qual se rege a comunidade ocidental.

A discussão de fundo que permeou os autos do *Habeas Corpus* 126.292, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 17 de fevereiro de 2016, nada mais fez do que reacender o debate a respeito de dois antagonismos aparentes: do lado da tese vencida o direito, a partir de uma interpretação literal da Constituição Federal, tomando-se o princípio da presunção de inocência como um fim em si mesmo (autofinalidade); do lado da tese vencedora a *utilidade*, a partir de uma interpretação utilitarista e pragmática do referido princípio (interessa aquilo que funciona e é útil, e não aquilo que realmente é).

O presente artigo tem o objetivo de expor os fundamentos das duas correntes, inclinando-se pela tese vencedora - a que admite a execução da sentença condenatória antes do trânsito em julgado - a partir de argumentos que passam pela teoria dos direitos fundamentais.

Para tanto, na sua primeira parte, o artigo discorrerá sobre o *Habeas Corpus* 126.292, trazendo elementos necessários à sua compreensão, a referência às normas constitucionais postas em tensão, uma breve digressão sobre o histórico da matéria na Suprema Corte brasileira e os principais argumentos das posições contrária e favorável à alteração de 2016. Na sua segunda parte, o artigo tentará, como dito, mostrar a exatidão da tese vencedora a partir de argumentos que passam pela teoria dos direitos fundamentais, como a posição do direito internacional diante do tema, a sustentação de que a presunção de inocência é um princípio, a aplicação da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente e de que não houve violação ao núcleo essencial do referido princípio.

2 *HABEAS CORPUS* 126.292

2.1 COMPREENSÃO DO CASO

O presente estudo pretende examinar a decisão prolatada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* 126.292, de 17 de fevereiro de 2016, a qual restou assim ementada: “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”.

Tratou-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu pedido de liminar no HC 313.021. De acordo com os autos, o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado, tendo havido apelo defensivo para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente. Contra a ordem de prisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no STJ, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar. Em novo *habeas corpus*, agora dirigido ao STF, alegou a defesa, entre outras coisas, que a prisão do paciente, nos termos da jurisprudência do Pretório Excelso², não prescindia do trânsito em julgado da condenação, requerendo o direito do réu de recorrer em liberdade.

2.2 TENSÃO ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS

O Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do HC 126.292, afirmou que a questão envolve dois grupos de normas constitucionais

²A propósito: “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que viola o princípio da presunção de inocência a negativa de homologar diploma de curso de formação de vigilante com fundamento em inquéritos ou ações penais sem o trânsito em julgado.” (STF, 1ª T., ARE 943503 AgR, j. 09/12/2016).

colidentes: de um lado o princípio da presunção de inocência e de outro o interesse constitucional na efetividade da lei penal.

Somente no texto constitucional de 1988 é que o postulado da presunção de inocência passou a ser previsto de forma expressa, não obstante as referências das constituições republicanas a “direitos e garantias individuais” em capítulo específico. Trata-se de princípio especialmente relacionado (i) ao tratamento do imputado como inocente e (ii) à produção e conseqüente valoração da prova. Em relação aos limites subjetivos, o preceito protege todo e qualquer indivíduo - seja ele investigado, indiciado, acusado ou réu - do arbítrio estatal. Já em relação aos limites materiais, embora o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal faça expressa referência a “sentença penal condenatória”, o princípio da presunção de inocência poderá, conforme a atual jurisprudência do Pretório Excelso, ser também invocado no âmbito administrativo.

O interesse constitucional na efetividade da lei penal, ou efetividade da função jurisdicional penal, está vinculado aos bens jurídicos tutelados pela norma penal (dignidade sexual, por exemplo) e às funções da pena (preventiva geral e especial, por exemplo). A título de ilustração podem ser citados tanto o *caput* (direitos à vida, à segurança e à propriedade) quanto o inciso LXXVIII (duração razoável do processo) do artigo 5º da Constituição. De acordo com o voto do Ministro Barroso, esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade, já que a aplicação da pena desempenha função social muito relevante. Imediatamente, ela promove (i) a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e (ii) a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Mediamente, o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade e o meio ambiente, entre outros.

2.3 HISTÓRICO

A jurisprudência dominante do STF sempre admitiu a execução provisória da pena privativa de liberdade, mesmo durante a vigência da atual Constituição Federal. Um dos casos paradigmáticos foi aquele atinente ao HC 68.726, julgado em 1991, quando então o Pretório Excelso firmou sua posição no sentido de que o princípio da presunção de inocência não impedia a prisão de réu cuja condenação tivesse sido confirmada em segundo grau.

Nesse mesmo sentido seguiram-se as Súmulas 716 e 717 do STF³, ambas de 2003, as quais também dispõem sobre a possibilidade de execução provisória de sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado.

A guinada somente se deu em 2009, quando do julgado do HC 84.078, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal, por maioria (7 a 4), decidiu que a execução de sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado era incompatível com o princípio da presunção de inocência. Trata-se de entendimento que prevaleceu naquela Suprema Corte até fevereiro de 2016, quando ocorreu nova virada, desta vez com o julgamento do HC 126.292, ora analisado.

2.4 PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À ALTERAÇÃO DE 2016

O princípio da presunção de inocência vem disposto no texto constitucional nos seguintes termos: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

³ Súmula 716: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

Súmula 717: “Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.”

(CF, art. 5º, LVII). Vejamos os principais argumentos utilizados pelos Ministros que se manifestaram contrariamente à alteração de 2016:

a) Literalidade do dispositivo, que pressupõe decisão definitiva, ou seja, não mais sujeita a qualquer recurso (Min. Rosa Weber);

b) A compreensão da norma constitucional não poderia ser alterada a cada nova composição dos integrantes do STF. Considerando o mesmo texto constitucional, a Suprema Corte, em 2016, concluiu de forma diametralmente oposta à decisão de 2009 (Min. Rosa Weber);

c) Há uma máxima em hermenêutica segundo a qual onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica (Min. Marco Aurélio);

d) A execução provisória não se coaduna com o Direito Penal. Uma vez perdida a liberdade, e vindo o título condenatório e provisório a ser alterado, transmudando-se a condenação em absolvição, não há como ser recuperada a liberdade perdida pelo cidadão (Min. Marco Aurélio);

e) A presunção de inocência é valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana. Antes do trânsito em julgado o Estado não pode tratar indiciados ou réus como se culpados fossem (Min. Celso de Mello);

f) Além do argumento constitucional, há também o obstáculo de cunho infraconstitucional, previsto nos artigos 105 e 147 da LEP⁴ (Min. Celso de Mello);

g) Com a nova orientação, irá ser facilitada a entrada de pessoas no sistema prisional, não obstante todos os seus problemas⁵ (Min. Ricardo Lewandowski).

⁴Art. 105 da LEP. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Art. 147 da LEP. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

⁵A propósito: “Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema

2.5 PRINCIPAIS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À ALTERAÇÃO DE 2016

Como visto acima, quatro Ministros - Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski - restaram vencidos⁶. Vejamos, agora, os principais argumentos utilizados pelos Ministros que se manifestaram favoravelmente à alteração de 2016:

a) O princípio da presunção de inocência tem sua mais expressiva incidência na disciplina jurídica da prova (Min. Teori Zavascki);

b) O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal. Eventual condenação representa um juízo de culpabilidade. Para o sentenciante de primeiro grau fica superada a presunção de inocência em face de um juízo de culpa, que é pressuposto inafastável para a condenação (Min. Teori Zavascki);

c) Havendo recurso, é no juízo de apelação que o exame sobre os fatos e as provas, que até então era ordinário, se exaure. É no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado (Min. Teori Zavascki);

d) Os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, não são recursos de ampla devolutividade⁷ e não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Ou seja, com o julgamento implementado pelo Tribunal de Apelação, ocorre preclusão da matéria envolvendo fatos e provas (Min. Teori Zavascki);

penitenciário nacional ser caracterizado como 'estado de coisas inconstitucional'." (STF, Pleno, ADPF 347 MC, j. 09/09/2015).

⁶ Este número passou para cinco Ministros quando do julgamento das ADCs 43 e 44, de 05/10/2016, com a alteração do voto do Ministro Dias Toffoli.

⁷ A matéria é restrita às hipóteses dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal.

e) Os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo⁸ (Min. Teori Zavascki);

f) A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, pois o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual (Min. Teori Zavascki);

g) “Em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”⁹ (Min. Teori Zavascki);

h) No cenário internacional (Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha, Argentina) há amplo entendimento no sentido da possibilidade de execução provisória de sentenças condenatórias¹⁰ (Min. Teori Zavascki);

i) Os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo¹¹ (Min. Teori Zavascki);

j) O último marco interruptivo do prazo prescricional, antes do início do cumprimento da pena, é a publicação da sentença ou do acórdão recorrível (CP, art. 117, IV). Isso significa que os recursos extraordinários, além de não serem vocacionados para resolução de

⁸ Art. 637 do CPP. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença

⁹ A referência foi feita pela então Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), e repetida no voto do Ministro Teori Zavascki.

¹⁰ Houve referência ao estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, Execução provisória da pena: Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. In: Garantismo Penal Integral. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

¹¹ A EC 45/2004 insere, como requisito de admissibilidade, a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada (CF, art. 102, § 3º + CPC, art. 1.035, § 1º). Portanto, são irrelevantes as circunstâncias do caso concreto, já que nos recursos extraordinários não se discute culpa

questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de inocência do acusado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal (Min. Teori Zavascki);

l) Nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foro de verdadeiro superprincípio, a ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa que é a Constituição. Assim, o princípio da presunção de inocência deve estar em harmonia com outras normas constitucionais, como o princípio da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) e a soberania do júri (CF, art. 5º, XXXVIII) (Min. Edson Fachin);

m) Seria impensável admitir que a decisão soberana do júri só adquire eficácia “após o julgamento dos segundos embargos de declaração, tirados de um agravo regimental, interposto contra uma decisão monocrática proferida no âmbito de um agravo em recurso extraordinário, interposto contra a decisão que não o recebeu na origem, por sua vez interposto contra uma apelação a que se negou provimento. Tudo, desconsiderados eventuais embargos infringentes e embargos de declaração opostos nas instâncias ordinárias, ou eventual recurso especial, com todos os incidentes que lhes são próprios” (Min. Edson Fachin);

n) A finalidade da CF não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento judicial com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto (Min. Edson Fachin);

o) O art. 5º, LVII, da Constituição Federal não tem caráter absoluto. Caso contrário, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia se operar quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa

de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado (Min. Edson Fachin)¹²;

p) Deve ser aplicada a teoria da realidade, já que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências¹³ muito negativas para o sistema de justiça criminal (Min. Luís Roberto Barroso);

q) O pressuposto para a decretação da prisão não é o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária¹⁴ (Min. Luís Roberto Barroso);

r) O princípio da presunção de inocência adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem¹⁵ (Min. Luís Roberto Barroso);

¹² Registre-se que a jurisprudência do STF, em recursos criminais, firmou-se no sentido de determinar a certificação do trânsito em julgado com baixa imediata dos autos, independentemente de publicação do acórdão, sempre que os segundos embargos de declaração forem desprovidos, por considerá-los protelatórios. Nesse sentido: STF, Pleno, AP 396 ED-ED, j. 26/06/2013.

¹³ Voto do Ministro Barroso: “Em primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões. Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária. Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.”

¹⁴ Reforça o argumento o fato de que a presunção de inocência está no inciso LVII e a prisão no inciso LXI (art. 5º da CF).

¹⁵ Voto do Ministro Barroso: “Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura

s) A interposição dos recursos extraordinários pressupõe que a causa esteja decidida¹⁶ (Min. Luís Roberto Barroso);

t) O próprio STF já afirmou que se admite a coisa julgada em capítulos. Portanto, a parte relativa ao mérito da acusação e às provas se torna indiscutível e imutável, ocorrendo o trânsito em julgado (em relação a este aspecto particular) neste momento (Min. Luiz Fux);

u) Quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social, ela também fica disfuncional (Min. Luiz Fux).

3 EXATIDÃO DA TESE VENCEDORA

3.1 DIREITO INTERNACIONAL

Não se pode confundir o momento da comprovação da culpa do réu, que ocorre com a confirmação da condenação pelo Tribunal de Apelação, com o trânsito em julgado da mesma decisão. Recorde-se que o juízo relativo aos fatos e às provas se exaure em segundo grau, já que apenas questões de direito são alçadas ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

No âmbito do direito internacional, em praticamente todos os tratados e convenções que versam sobre direitos humanos, a presunção de inocência prevalece até a comprovação da culpa, e não até o trânsito em julgado.

Vejam os seguintes diplomas internacionais:

a) Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo

da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas.”

¹⁶ A CF (arts. 102, III e 105, III) atribui competência ao STF e ao STJ para julgar, respectivamente, mediante recursos extraordinário e especial, “as causas decididas em única ou última instância.”

público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas” (art. 11, item 1);

b) Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais: “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada” (art. 6º, item 2);

c) Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: “Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa” (art. 48, item 1);

d) Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos: “Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: (...) 2. O direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja estabelecida por um tribunal competente” (art. 7º, item 2);

e) Declaração Islâmica dos Direitos Humanos: “Direito a Julgamento Justo - Ninguém será considerado culpado de ofensa e sujeito à punição, exceto após a prova de sua culpa perante um tribunal jurídico independente” (item V);

f) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (art. 14, item 2);

g) Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): “Garantias judiciais - 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (art. 8º, item 2);

h) Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: “Presunção de Inocência - 1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável” (art. 66, item 1).

3.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA É UM PRINCÍPIO

Conforme referido anteriormente, o objeto do presente estudo envolve dois grupos de normas constitucionais colidentes: de

um lado o princípio da presunção de inocência e de outro o interesse constitucional na efetividade da lei penal.

A colisão de direitos fundamentais é fenômeno encontrado nas modernas Constituições compromissárias,¹⁷ as quais congregam valores e ideologias bastante distintos, como é o caso da brasileira.

Dessa feita, compreendida a presunção de inocência como princípio, será possível a sua ponderação com outros bens jurídicos constitucionais. Daí a importância de, inicialmente, reconhecer - e distinguir - duas espécies de normas de direitos fundamentais: princípios e regras. Não obstante existam diversas teorias que procuram traçar esta diferença, o presente trabalho se propõe a seguir o marco teórico encontrado nas obras de Alexy e Dworkin.

Para Alexy, o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios está no fato de os primeiros serem normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são mandamentos de otimização, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida da sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2009, p. 90-91).

Princípios expressam valores e têm elevado grau de abstração; regras não expressam valores e têm reduzido grau de abstração.

¹⁷ Nesse sentido ver Sarmiento (2001, p. 91).

No entanto, talvez a mais importante distinção esteja no comportamento dessas normas jurídicas em hipóteses de conflito. Havendo colisão entre princípios, a solução está na precedência do caso concreto (Alexy), sem necessidade de exclusão de qualquer deles, que terão a sua incidência restringida ou ampliada conforme o peso. Havendo colisão entre regras, a solução está na fórmula do “tudo ou nada” (Dworkin), pela qual o conflito é examinado no campo da validade, resolvendo-se pela invalidação de uma ou pela inclusão de uma cláusula de exceção.

Como resultado, os princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Nos casos de colisão de princípios, será necessário empregar a técnica da ponderação, tendo como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade.¹⁸

Não há dúvida de que a presunção de inocência é um princípio. Caso fosse entendida como regra, a sua aplicação deveria se operar como um “tudo ou nada” - a regra seria válida somente se incidentes os fatos condicionantes de sua aplicação -, impedindo, por exemplo, qualquer espécie de prisão provisória ou cautelar (flagrante, preventiva, temporária), ou seja, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente decidido que não há direitos ou garantias absolutos, motivo pelo qual as razões de relevante interesse público ou as exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades permitem, ainda que excep-

¹⁸ A referência foi feita pelo Ministro Luís Roberto Barroso nos autos do HC 126.292. Segue o Ministro: “De forma simplificada, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Na segunda etapa, deve-se examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Já na terceira etapa, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos serão analisados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa e, ao final, o grupo de normas a ponderar no caso, sempre de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em conflito.”

cionalmente, a restrição de prerrogativas individuais ou coletivas.¹⁹ Isso significa que a presunção de inocência pode ser ponderada com a efetividade da função jurisdicional penal, devendo sobressair-se o princípio que da forma mais eficiente proteja direitos fundamentais.

3.3 PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

O princípio da proporcionalidade surge como limite à atuação do Estado, proibindo-se o excesso ou abuso aos direitos de liberdade. Na seara penal - discutida ao longo do HC 126.292 -, como há interferência na esfera de outros direitos fundamentais, a proporcionalidade deve ter como norte três subprincípios: *adequação*, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Pela adequação, a medida adotada pelo Estado (utilização do Direito Penal) deve ser apta para alcançar os fins pretendidos (proteção do bem jurídico, prevenção e retribuição); pela necessidade, o Direito Penal só deve atuar de forma subsidiária, isto é, quando se mostrarem insuficientes as demais formas de controle social; e pela proporcionalidade em sentido estrito os meios utilizados para consecução dos fins não devem extrapolar os limites do tolerável, ou seja, os benefícios a serem alcançados (tutela eficaz do bem jurídico, por exemplo) devem ser maiores que os custos (sacrifício do autor do crime ou da própria sociedade).

Ocorre que a evolução da noção de direitos fundamentais fez com que a proporcionalidade não se preocupasse apenas com o abuso do Estado (garantismo negativo), mas também com a tutela eficaz dos direitos humanos (garantismo positivo). Portanto, atualmente é correto afirmar que o sistema de proteção dos direitos fundamentais se expressa em proteção negativa (tutela do indivíduo frente ao poder do Estado) e em proteção positiva (tutela, por meio do Estado,

¹⁹ A propósito: STF, 2ª T., RE 455283 AgR, j. 28/03/2006; STF, Pleno, MS 23452, j. 16/09/1999.

dos direitos fundamentais contra ataques e ameaças provenientes de terceiros).

Como já decidiu o STF, os direitos fundamentais se caracterizam não apenas por seu aspecto subjetivo, mas também por uma feição objetiva que os tornam verdadeiros mandatos normativos direcionados ao Estado. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa - *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*). A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização. A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que, do significado objetivo dos direitos fundamentais, resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros. (...) Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Überrmassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Unterrmassverbote*).²⁰

Pelo princípio da proibição de proteção deficiente²¹, o Estado também será omissor quando deixar de adotar medidas suficientes para

²⁰ STF, Pleno, ADI 3510, j. 29/05/2008 - trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes.

²¹ Sobre o tema v. Canaris (2009).

garantir a proteção dos direitos fundamentais. O caso paradigmático é a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, de 25/02/1975, que declarou inconstitucional o 5. StRG, de 18/06/74, o qual permitia o aborto desde que observadas certas condições (tempo de gravidez; prática por médico; consentimento). Entendeu-se que se a vida não for tutelada por outros meios, o Estado deve protegê-la via tutela penal, o que passou a servir de fundamento para os chamados “mandados implícitos de criminalização”. Assim, a título de exemplo, poder-se-ia sustentar que determinada lei que viesse a descriminalizar o aborto seria considerada inconstitucional em razão da insuficiente proteção ao direito fundamental à vida.

Aliás, um dos argumentos utilizados pela corrente vencedora no julgamento do HC 126.292 é justamente o de que a espera do trânsito em julgado para dar-se início ao cumprimento da pena tutela de forma deficiente o mais valioso dos bens jurídicos - vida. Dois exemplos ilustram bem a questão: primeiro, o do conhecido caso “Pimenta Neves”, relativo ao assassinato da jornalista Sandra Gomide, ocorrido em agosto de 2000, tendo a execução da pena somente iniciado onze anos depois, após o trânsito em julgado da condenação; em segundo lugar aquele referente a um homicídio qualificado cometido em 1991, cujo julgamento ainda estava pendente no STF não obstante tivessem se passado em torno de 25 anos desde a data do fato.²²

²² Voto do Ministro Barroso: “Refiro-me ao AI 394.065-AgR-ED-ED-EDv-AgR-AgR-AgR-ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber, relativo a crime de homicídio qualificado cometido em 1991. Proferida a sentença de pronúncia, houve recurso em todos os graus de jurisdição até a sua confirmação definitiva. Posteriormente, deu-se a condenação pelo Tribunal do Júri e foi interposto recurso de apelação. Mantida a decisão condenatória, foram apresentados embargos de declaração (EDs). Ainda inconformada, a defesa interpôs recurso especial. Decidido desfavoravelmente o recurso especial, foram manejados novos EDs. Mantida a decisão embargada, foi ajuizado recurso extraordinário, inadmitido pelo eminente Min. Ilmar Galvão. Contra esta decisão monocrática, foi interposto agravo regimental (AgR). O AgR foi desprovido pela Primeira Turma, e, então, foram apresentados EDs, igualmente desprovidos. Desta decisão, foram oferecidos novos EDs, redistribuídos ao Min. Ayres Britto. Rejeitados os embargos de declaração, foram interpostos embargos de divergência, distribuídos ao Min. Gilmar Mendes. Da decisão do Min. Gilmar Mendes, que inadmitiu os EDiv, foi ajuizado AgR, julgado pela Min. Ellen Gracie. Da decisão da Ministra, foram apresentados EDs, conhecidos como AgR, a que a Segunda Turma negou provimento. Não obstante isso, foram manejados novos EDs, pendentes de julgamento

Esses casos concretos demonstram que determinados réus (seletividade do sistema penal), valendo-se de grandes escritórios de advocacia, conseguem postergar o início da execução da sanção (infindável interposição de recursos protelatórios) e, não raras vezes, alcançar a prescrição, o que produz uma sensação de impunidade e compromete os objetivos da pena.

3.4 NÃO HÁ VIOLAÇÃO AO NÚCLEO ESSENCIAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Se não há direitos fundamentais absolutos, conforme acima referido, importa saber como serão fixados os limites restritivos, bem como se essas mesmas normas basilares poderiam sofrer alguma restrição (“limites dos limites”).

Silva (2006) distingue dois enfoques principais, chamados de teorias interna e externa. Pela teoria interna, o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele (“limites imanentes”); assim, por ser um processo intrínseco, a fixação desses limites não é definida e nem influenciada por aspectos externos, e tampouco por colisões com outros direitos. Já pela teoria externa não há apenas um objeto (o direito e seus limites imanentes), mas sim o direito em si e, destacadas dele, as suas restrições; assim, a partir de um paradigma extrínseco, as restrições não têm influência no *conteúdo* do direito, mas apenas no seu *exercício*, sendo que, em caso de colisão entre princípios, aquele que tem que ceder em favor de outro não terá afetada a sua validade e nem a sua extensão *prima facie* (SILVA, 2006, p. 36-39).

Somente nos casos concretos, complementa o citado autor, após sopesamento ou, se for o caso, aplicação da regra da proporcionalidade, será possível definir o que definitivamente vale. Dessa fei-

pelo Plenário do STF. Portanto, utilizando-se de mais de uma dúzia de recursos, depois de quase 25 anos, a sentença de homicídio cometido em 1991 não transitou em julgado.”

ta, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nada mais é do que a consequência da regra da proporcionalidade nos casos de limitações a esses direitos. Restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos (SILVA, 2006, p. 40-43).

Não se desconhece que as conclusões acima estão relacionadas com teses relativistas, para as quais a essência de um determinado direito fundamental não é algo intangível ou absoluto, e sim o resultado de um sopesamento diante do caso concreto, ou seja, é somente diante de determinada situação específica que se poderá verificar se a restrição realizada foi capaz de violar o núcleo essencial daquele direito fundamental.

No entanto, em termos de proteção máxima desse núcleo intangível, trata-se da tese que confere a solução mais adequada às situações específicas apresentadas, já que a ideia de fixação da essência dos direitos fundamentais em abstrato e antes mesmo da ponderação (teorias absolutistas) criaria a ilusão de que há normas de direito fundamental com conteúdo previamente conhecido e tornado imutável.

No caso específico da possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de segundo grau, não há esvaziamento do núcleo essencial da presunção de inocência. A essência do aludido princípio está relacionada a três questões fundamentais: a) deve ser respeitado o modelo acusatório, com clara separação entre as funções de acusar e julgar, sendo o juiz um sujeito processual imparcial que não produz provas e nem acusa ou defende o réu; b) o acusado deve ser tratado como inocente ao longo do processo criminal, com observância dos direitos e garantias a ele inerentes; e c) devem ser respeitadas as regras probatórias, sendo ônus do acusador a comprovação da materialidade do crime e de sua respectiva autoria.

Observadas essas três questões fundamentais, não há que se falar em comprometimento do núcleo essencial da presunção de inocência. Ademais, conforme referido nos autos do HC 126.292, o

pressuposto para a decretação da prisão no processo penal brasileiro não é o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.²³ Isso significa que a presunção de inocência e a inexistência de trânsito em julgado não impossibilitam prisões provisórias (flagrante, preventiva, temporária) ou que tenham a finalidade de extradição, expulsão ou deportação. Portanto, se é legítima a decretação da prisão de um mero investigado ainda na fase inquisitorial, certamente também o será no caso de condenação prolatada ou confirmada por um Tribunal de Apelação.

A presunção de inocência não é um direito absoluto, já que, conforme sustentado neste artigo, inexistem precedências incondicionadas ou em abstrato de um princípio sobre o outro. Assim, a sua restrição diante do caso concreto é possível desde que atendida a máxima da proporcionalidade: quanto maior a limitação imposta a um princípio, tanto maior deverá ser a importância atribuída ao outro.

Isso significa que, na medida em que o processo avança e a culpabilidade do acusado é demonstrada, o princípio da presunção de inocência perde força e passa a ser restringido pelo interesse constitucional na efetividade da lei penal, o qual está relacionado com bens relevantes tutelados pelo Direito Penal (vida, dignidade humana, integridade física, integridade psíquica, dignidade sexual, liberdade etc.) e com os próprios objetivos da pena (prevenção geral e especial).

4 CONCLUSÃO

A execução provisória da sentença condenatória criminal sempre foi a orientação prevalente na jurisprudência do Supremo

²³ Voto do Ministro Barroso: “Ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme se extrai do art. 5º, LXI, da Carta de 1988.”

Tribunal Federal. A alteração veio a ocorrer somente em 2009, quando então aquela Corte, por maioria de votos, passou a interpretar de forma literal o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, entendendo que o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado era incompatível com o princípio da presunção de inocência. Em 2016 deu-se nova guinada, desta vez com o julgamento do HC 126.292, analisado no presente trabalho.

Os argumentos das duas correntes - teses contrárias e favoráveis à alteração de 2016 - são bem fundamentados e defensáveis juridicamente. Entendemos, no entanto, que deva prevalecer a posição vencedora, admitindo-se a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, desde que exista manifestação do Tribunal de Apelação mantendo a condenação de primeiro grau.

Primeiramente, porque não se pode confundir o momento da comprovação da culpa do réu, que ocorre com a confirmação da condenação pelo Tribunal de Apelação, com o trânsito em julgado da mesma decisão. O juízo relativo aos fatos e às provas se exaure em segundo grau, sendo alçadas ao STF e ao STJ apenas questões de direito. Como referido pela então Ministra do STF Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886, “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema.” Para sustentar a afirmação, foram colacionados ao longo do texto diversos diplomas internacionais, todos assegurando a presunção de inocência até a prova da culpa, e não, repita-se, até o trânsito em julgado.

Em segundo lugar, sustentamos que a presunção de inocência é princípio, e não regra, razão pela qual poderá ser ponderada com outros bens jurídicos constitucionais. Tanto é assim que prisões provisórias ou cautelares - como o flagrante, a preventiva e a temporária - não são consideradas inconstitucionais e podem recair contra meros investigados, ainda antes da própria instauração do devido processo legal.

Como terceiro argumento de sustentação da tese vencedora, utilizamos a proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, ou seja, o Estado igualmente será omissivo quando deixar de adotar medidas suficientes para a proteção dos direitos fundamentais. No momento em que crimes graves, como os contra a vida, chegam a levar décadas para ser definitivamente decididos, ou prescrevem aguardando a análise da Corte Constitucional, impera a sensação de impunidade e há total comprometimento dos objetivos da pena, mostrando que o Estado não está tutelando determinados bens jurídicos (vida, por exemplo) da forma como deveria.

Em quarto lugar deve ser registrado que a tese vencedora não viola o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, já que o pressuposto para a prisão no processo penal brasileiro não é o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Mesmo que adviesse eventual alteração do dispositivo constitucional debatido - com vinculação do início do cumprimento da sentença condenatória à demonstração de culpa do réu, e não ao trânsito em julgado -, sustentamos não haveria comprometimento do núcleo essencial do princípio, já que a modificação não importaria supressão ou abolição da garantia (vedação disposta no art. 60, § 4º, da CF), mas sim um ajuste da Carta Magna pátria à realidade do direito internacional e à própria jurisprudência majoritária da Suprema Corte brasileira.

O importante é recordar que, ao lado de cada direito fundamental, estabelece-se um correspondente dever fundamental, o que autoriza a restrição de liberdades públicas individuais no caso de um interesse comunitário prevalente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paulo de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Chapter XI, 'Of Human Dispositions in General', XI.2 II. Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/Bentham/bnthPML.html>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

CHIASSONI, Pierluigi. *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto*. I. Da Bentham a Kelsen. Torino: Giappichelli Editore, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 6. ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 2008.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena: Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. In: *Garantismo Penal Integral*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

MILL, John Stuart. *O Utilitarismo (1861)*. São Paulo: Iluminuras, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, 2006.

CAPÍTULO III

A IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ESTRUTURA NORMATIVA, FATORES DE DISCRIMINAÇÃO E PROPORCIONALIDADE

Renato de Carvalho Ayres ¹

¹ Mestrando em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc).

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com o advento das Revoluções Liberais do Séculos XVII e XVIII e do movimento constitucionalista, o Estado passa a ser limitado pela lei constitucional, consagrando-se a igualdade como valor-fonte e cláusula essencial dos regimes democráticos.

Assim, a partir desse momento histórico em que se lançaram as bases dos Estados Democráticos de Direito, nos quais a soberania reside na vontade popular e todos se submetem ao império da lei, à igualdade, agora princípio jurídico e norma de direito fundamental, foi creditada a tarefa, juntamente com outros valores de importância central como a separação dos poderes e os direitos da liberdade, de fiel guardadora da proteção eficaz do indivíduo e da sua personalidade, bem como de condição necessária ao estabelecimento, ao aperfeiçoamento e à sobrevivência mesma do regime democrático, passando a figurar, portanto, de forma obrigatória, em todos os textos constitucionais e legislativos surgidos, desde então, sobre os direitos humanos nas democracias ocidentais.

A Constituição Federal de 1988, visando à concretização do ideal democrático e da justiça social para a formação de um “Estado de Justiça”, conferiu à igualdade a qualificação de princípio constitucional, presente o seu conteúdo básico normativo expresso no artigo 3º como objetivo fundamental da República do Brasil, cujo conteúdo jurídico, por isso, e obrigatoriamente, deve dirigir e informar toda a ordem jurídico-constitucional brasileira.

Apesar disso, não se pode deixar de reconhecer que o princípio da igualdade nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas, motivo pelo qual, impõe-se que, para a sua concretização no plano material de existência, deve-se estabelecer um critério-medida objeto de diferenciação e a definição de um fim a ser alcançado (ÁVILA, 2016, p. 193), os quais, evidentemente, sob pena de agravo à isonomia, devem se

submeter aos critérios da proporcionalidade e estar de acordo com os demais valores da Constituição.

2 NOÇÕES SOBRE A IGUALDADE NO DIREITO

A noção política sobre a igualdade, consistente na ausência de diferença de direitos e deveres entre os membros de uma comunidade, e suas implicações no ambiente social, caminham juntas com a noção mesma de convívio e humanidade e, muito embora apenas com o advento do cristianismo a preocupação sobre a igualdade entre os homens tenha recebido maior relevância (CRUZ, 2011, p. 127), ganhando, por isso, maior significação e alcance, bem como somente a partir das Revoluções Liberais dos Séculos XVII e XVIII tenha alcançado também um sentido jurídico dotado de maior plenitude, associando-se à ideia de justiça e de condição fundamental do regime democrático, ainda na idade antiga já se havia preocupação com o conceito e com a dimensão da igualdade, apesar de evidenciarem a desigualdade natural e a realidade da época caminhar em sentido diverso.²

Aristóteles (384-322 a.C.) foi o principal expoente da antiguidade clássica sobre o tema. No seu “Ética a Nicômaco” a ideia da igualdade ganhou um relevo especial (ARISTÓTELES, 1984). Com efeito, sua notória afirmação consistente em que “se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desiguam” ainda hoje é repetida, por todos, dentro e fora do mundo da política e do direito, de forma incessante como a única lição que, em poucas palavras, conseguiu sintetizar a ideia de igualdade material e efetiva.

² Conforme Barroso (2009, p. 7), “a denominada democracia ateniense mais se aproxima de uma república aristocrática. Pelos padrões atuais, tratava-se de uma organização política excludente: um terço da população era escrava, os estrangeiros, mesmo que livres, bem como as mulheres, não tinham o direito de participação.”

Não obstante, e sem qualquer tipo de pretensão no sentido de contestar o acerto da afirmação, cabe aqui ressaltar como fez Mello (2015, p. 10):

[...] reconhecendo, muito ao de ministro, sua validade como ponto de partida, deve-se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: *Quem são os iguais e quem são os desiguais?* [...] Só respondendo a estas indagações poder-se-á lograr adensamento do preceito, de sorte a emprestar-lhe cunho operativo seguro, capaz de converter sua teórica proclamação em guia de uma *práxis* efetiva, reclamada pelo próprio ditame constitucional.

Segundo Aristóteles, a igualdade na *Pólis* se dividia em *geométrica e aritmética*. A primeira, ínsita à ideia de justiça distributiva, qualificava-se no sentido de que, reconhecida a desigualdade natural de modo a evidenciar a estratificação social entre os componentes de uma sociedade em estamentos (cidadãos, mulheres, escravos etc.), a igualdade se distingue, proporcionalmente, uns dos outros pelo valor de cada um, de modo que a justiça e a igualdade que chegava aos cidadãos não era a mesma que chegava às mulheres e aos escravos. De outro lado, a igualdade *aritmética* decorria da ideia de uma justiça corretiva, isto é, no seio dos grupos estratificados deve haver tratamento igual entre aqueles que dele fizessem parte. Assim, por exemplo, os cidadãos (as mulheres e os escravos) devem ser tratados de modo isonômico entre si, mas não diante de outros grupos (GALUPPO, 2002, p. 48).

Também Platão (429-347 a.C.), de quem Aristóteles foi discípulo, diante da desigualdade existente na sociedade da época, e também evidenciando sua conformação com a desigualdade natural, conforme Cavalcanti, “sustentou na *República* a igualdade de oportunidade. Defendeu a necessidade de as crianças virtuosas e talentosas

terem acesso à igualdade de oportunidade como maneira de as desigualdades sociais serem vencidas.” (CAVALCANTI, 2007, p. 16). Assim, desenvolveu o raciocínio da efetivação da igualdade através de recursos, meios ou condições isonômicas de tratamento como forma de superação das desigualdades existentes.

Em sequência, ao cristianismo primitivo³ (30 d.C.) é possível creditar a expansão da ideia de igualdade com feição e caráter universalista. Para a doutrina cristã, todos os homens são iguais perante Deus.

De fato, dispõe a Bíblia sagrada no livro I, Coríntios (12:13), que “todos nós fomos batizados em um espírito formando um corpo, quer judeus, quer gregos, quer servos, quer livres, e todos temos bebido de um espírito.” (BÍBLIA, 1966, p. 1226). Igualmente na Epístola de Paulo aos Romanos (2:11) em que “para com Deus, não há acepções de pessoas.” (BÍBLIA, 1966, p. 1198).

Em que pese, todavia, a partir do cristianismo se disseminar a concepção de que, com base na igualdade, a humanidade é formada pela totalidade dos seres humanos (GALUPPO, 2002, p. 53), na prática não houve qualquer mudança. Durante a Idade Média, a organização social em estamentos permaneceu, com a nobreza e o clero desfrutando dos seus privilégios odiosos, solapando e reprimindo a classe inferior formada pelos servos ou vassalos. Bem sintetiza essa realidade Comparato (2003, p. 18):

Essa igualdade universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente, no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, bem como a dos povos america-

³ Ressalte que, antes disso, com o fim da Pólis grega, com a conquista da Grécia por Alexandre, o estoicismo (300 a.C) tornou-se o centro de referência filosófica e política do período, para o qual, atribuindo a desigualdade e a escravidão a uma construção do homem e não da natureza conforme os filósofos gregos, dispôs sobre a existência de um direito natural segundo o qual os homens são naturalmente iguais e naturalmente livres (CABRAL; FARIA, 2012, p. 124).

nos, africanos e asiáticos colonizados, em relação aos colonizadores europeus.

Apesar disso, não se pode deixar de reconhecer que essa concepção universalista de igualdade erigida na doutrina cristã, segundo a qual “todos os homens são iguais perante Deus por serem criados à sua imagem e semelhança”, largamente disseminada pelo fortalecimento e consolidação da Igreja Católica como uma das principais instituições do período, serviu para que a ideia de igualdade efetiva começasse a ganhar importância no pensamento político ocidental, servindo de base para a modificação na organização social que ocorreria mais tarde com o advento da Modernidade (GALUPPO, 2002, p. 55). Isso porque, ao contrário da Antiguidade e da Idade Média, onde o ideal coletivo sobrepujava e oprimia os valores individuais, evidenciando, por isso, a divisão natural da sociedade em classes (grupos) e a imobilidade social, durante a modernidade, como conseqüência do ideal iluminista, a organização social e política voltou-se aos valores individuais, especialmente os da igualdade e da liberdade.

Com efeito, o movimento iluminista, que operou verdadeira revolução intelectual na Europa dos Séculos XVII e XVIII, representou o ápice das transformações iniciadas com o Renascimento no Século XIV. O antropocentrismo e o individualismo renascentistas, que defendiam uma reorganização social, política e cultural centrada no homem, ao incentivarem a “investigação científica, levaram à gradativa separação entre o campo da fé e o da razão [...] Para os iluministas, somente através da razão o homem poderia alcançar o conhecimento, a convivência harmoniosa em sociedade, a liberdade individual e a felicidade.” (BARROSO, 2009, p. 24-25).

Nesse contexto, especialmente considerando o embate da poderosa classe burguesa fortalecida pelo comércio, contra o despotismo decadente dos Estados Nacionais absolutistas europeus, no sentido de que, limitando o poder do Estado pelo império da lei con-

seguiriam maior liberdade para expandir seus negócios e comercializarem livremente, eclodiram-se as Revoluções Liberais dos Séculos XVII e XVIII, com destaque para as Revoluções Inglesa (1688), Americana (1776)⁴ e Francesa (1789), que promoveram profundas transformações políticas, sociais e econômicas.

Como decorrência disso, a igualdade no direito ou a igualdade enquanto princípio jurídico-constitucional, como signo distintivo de limitação da atividade estatal e de consagração do Estado de Direito, e na esteira do constitucionalismo⁵ decorrente dos movimentos liberais revolucionários, acima mencionados, destacou-se de forma expressa na *Declaração de Direitos da Virgínia de 1776*, que dispôs no seu artigo primeiro que “todos homens nascem igualmente livres e independentes.” (EUA, 1776). Também, no mesmo ano, na *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América*, a qual reconheceu que “todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade.” (EUA, 1776). De igual modo, a *Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*, que estabeleceu no seu artigo primeiro que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos.” (FRANÇA, 1789).

No mesmo sentido, a Constituição dos EUA, aprovada em 17 de setembro de 1787, que representou um marco da Revolução Ame-

⁴ Ao contrário das revoluções liberais ocorridas na Europa, a Revolução Americana representou, sob o signo da luta pela independência, verdadeira disputa comercial entre colônia e metrópole, sem que isso, representasse qualquer prejuízo da sua importante contribuição ao movimento liberal constitucionalista e à formação dos Estados Constitucionais de Direito, referendando o princípio da igualdade como base dessa nova organização social.

⁵ Conforme Puccinelli (2013), o constitucionalismo representou um conjunto de “movimentos voltados à limitação jurídica do poder e à preservação de direitos fundamentais. Apesar de sugerir nominalmente a existência de Constituições escritas, nem sempre tal associação logra confirmação [...]” que “também se fez presente na Idade Média em distintos momentos, apesar de muitos sustentarem o seu desaparecimento em virtude da atomização do poder gerada pelo feudalismo, da rígida separação de classes e do vínculo de subordinação entre vassalos e proprietários de terra. Marco simbólico desse período, a Magna Charta Libertatum, outorgada na Inglaterra em 1215 pelo Rei João Sem Terra, constitui vigorosa manifestação do constitucionalismo medieval, posto tratar-se de clássico instrumento de contenção jurídica do poder monárquico.” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 23, 26).

ricana e do movimento constitucionalista, dentre os seus valores centrais, como a forma federativa de Estado, a abolição da monarquia, a independência das colônias, a separação de poderes e a supremacia da lei, também prescreveu, como cláusula fundamental, a igualdade (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 26), muito embora tenha optado, num grandioso paradoxo que nos remete à igualdade geométrica de Aristóteles, pela manutenção da escravidão, a qual só veio a ser abolida setenta e seis anos mais tarde, por meio da aprovação da 13ª Emenda.

A essa altura, assente dessa realidade, de transposição do princípio da igualdade do plano eminentemente político e metafísico - religioso e ético -, para o domínio do Direito, consagrando-se como valor-fonte do ordenamento jurídico dos Estados Constitucionais, ao postulado se conferiu maior densidade, de modo a atuar, se não da forma completa e efetiva como deveria, presente a essencialidade do preceito e malgrado o seu caráter original de cunho exclusivamente formal e procedimental,⁶ na conformação da organização social dos Estados Liberais do final do Século XVIII.

Com efeito, conforme Paiano, a partir do surgimento do constitucionalismo de bases liberais “em que o Estado passa a ser limitado pela lei constitucional, estando assegurados os direitos dos seres humanos em lei formal, notamos a consolidação da igualdade como sendo um princípio e um valor fundamental.” (PAIANO, 2015, p. 14).

Assim, a partir desse momento histórico em que se lançaram as bases dos Estados Democráticos de Direito, nos quais a soberania reside na vontade popular e todos se submetem ao império da lei, à

⁶ Convém assinalar, desde logo, antecipando os temas que serão tratados adiante, que esse modelo de igualdade puramente formal, concebido para o fim de abolir privilégios do ancien régime e dar sustentação ao Estado Liberal burguês surgido no final do século XVIII, não atendeu, por si, os valores da igualdade efetiva e da justiça social. Assente dessa realidade, na qual proibir a discriminação não era bastante para a concretização efetiva da igualdade, essa noção estática e de neutralidade do Estado Liberal cedeu lugar, como produto do Estado Democrático Social de Direito, à noção de igualdade material, para a qual a igualdade não deve se dar somente perante a lei, mas também através da lei, como no caso das políticas públicas de ação afirmativa.

igualdade, agora princípio jurídico e norma de direito fundamental, foi creditada a tarefa, juntamente com outros valores de importância central como a separação dos poderes e os direitos da liberdade, de fiel guardadora da proteção eficaz do indivíduo e da sua personalidade, bem como de condição necessária ao estabelecimento, ao aperfeiçoamento e à sobrevivência mesma do regime democrático, passando a figurar, portanto, de forma obrigatória, em todos os textos constitucionais e legislativos surgidos, desde então, sobre os direitos humanos nas democracias ocidentais.

3 A IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL COM A ESTRUTURA DE PRINCÍPIO

Diversas são as construções doutrinárias acerca da definição e da estrutura das espécies normativas,⁷ especialmente com respeito à distinção entre princípios e regras e às consequências decorrentes dessa diferenciação no plano da hermenêutica jurídica e da aplicação do Direito.

Sobre o ponto, inclusive, dispõe Alexy (2015, p. 86) que, entre as diversas diferenciações teórico-estruturais sobre a estrutura das normas jurídicas, para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios:

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais,

⁷ Conforme Alexy, “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.” (ALEXY, 2015, p. 87).

nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico.

É importante, todavia, ressaltar, conforme Silva (2014, p. 44), que sobre a teoria da distinção entre regras e princípios, não existe essa ou aquela classificação que seja melhor ou pior, “em geral, classificações - desde que metodologicamente sólidas - dificilmente podem ser julgadas com base em um maniqueísmo bom/ruim.”

Assim, para o escopo pretendido no presente tópico, que é o da verificação da estrutura da igualdade na Constituição Federal de 1988, e como condição prévia e pressuposto do seu desenvolvimento, valer-nos-emos da classificação feita por Ávila (2016) na sua “Teoria dos Princípios”.

Com efeito, para Ávila (2016, p. 95-102), identificam-se como critérios de dissociação entre princípios e regras: o da “natureza do comportamento prescrito”, o da “natureza da justificação exigida” e o da “medida de contribuição para decisão”.

Com relação ao critério da natureza do comportamento prescrito ou quanto ao modo como prescrevem o comportamento, as regras consubstanciam normas *imediatamente descritivas*, isso porque estabelecem obrigações, permissões e proibições diante da conduta ou do comportamento a ser adotado. Os princípios, ao contrário, são tidos por normas *imediatamente finalísticas*, ao passo que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos, isto é, deve-se percorrer um caminho necessário para sua realização ou preservação (ÁVILA, 2016, p. 95).

Veja-se que a realização ou preservação dos princípios demanda a um estado ideal de coisas, por isso mesmo os princípios podem ser chamados de *normas-do-que-deve-ser*, e. g., o princípio do Estado de Direito enquanto estado ideal de coisas, será realizado ou mantido na medida em que determinados comportamentos ou estado de coisas

sejam observados, como a existência de responsabilidade, de previsibilidade da legislação, de proteção dos direitos individuais, enfim, da promoção de um estado de coisas - bens jurídicos - que impõe condutas necessárias à sua preservação ou realização (ÁVILA, 2016, p. 95).

Ambas as normas, contudo:

[...] podem ser analisadas tanto sob o ponto de vista comportamental quanto finalístico: as regras instituem o dever de adotar o *comportamento descritivamente prescrito*, e os princípios instituem o dever de adotar o comportamento necessário para realizar o estado de coisas; as regras prescrevem um comportamento para atingir determinado fim, e os princípios estabelecem o dever de realizar ou preservar um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. (ÁVILA, 2016, p. 96).

Quanto ao critério da natureza da justificação exigida ou quanto à justificação que exigem, a interpretação e a aplicação das regras demandam a uma correlação ou correspondência dos fatos concretos observados em relação a norma prescrita e sua finalidade, isto é, se a conduta realizada se encaixa na moldura disposta pela norma interpretada levando-se em conta sua finalidade ou a finalidade que lhe serve de suporte. Diferentemente, na interpretação e na aplicação dos princípios, a avaliação de correspondência e correlação se dá entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta tida por necessária (ÁVILA, 2016, p. 97).

Com base nisso, é possível constatar que a diferença entre as categorias normativas não se verifica no seu modo de aplicação (*absoluto* para regras e *relativo* para princípios, isto é, se tudo ou nada ou mais ou menos), mas no modo de justificação necessário para sua aplicação (ÁVILA, 2016, p. 97).

Assim, no caso das regras, como há maior determinação do comportamento pela natureza descritiva dessa espécie normativa, na sua aplicação a fundamentação se cinge em identificar a correlação

da construção factual à descrição normativa e à finalidade que lhe dá suporte, pouco importando um estado futuro de coisas, por isso o seu caráter é descritivo e não finalístico. Nisso reside o seu ônus argumentativo. Já para os princípios, considerando o seu elemento formador finalístico, o aplicador argumenta de modo a fundamentar uma avaliação de correspondência entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização ou manutenção do estado de coisas pretendido ou exigido. Tais constatações, inclusive, permitem concluir pelo caráter *retrospectivo* das regras, na medida em que descrevem uma situação de fato já conhecida pelo legislador; os princípios, ao contrário, possuem natureza *prospectiva*, já que determinam um estado de coisas a ser construído. Não obstante, é importante consignar que para essa determinação de normas para um estado futuro de coisas, também são relevados comportamentos passados e situações já conquistadas, daí a correção de que regras são, em verdade, primariamente retrospectivas e os princípios *primariamente prospectivos* (ÁVILA, 2016, p. 99-100).

Por último, as regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como contribuem para a decisão. Nesse aspecto, os princípios se caracterizam como normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, isto é, por abrangerem apenas aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não geram ou pelo menos não possuem a pretensão de gerar soluções específicas. O exemplo é esclarecedor: do princípio da proteção dos consumidores, não decorre de modo absoluto ou monopolista que todas as medidas e decisões serão no sentido de efetivar essa proteção do consumidor, haverá a necessidade de harmonizar essa medida com outras que visam a finalidades distintas, como no caso da livre iniciativa e da proteção da propriedade (ÁVILA, 2016, p. 100).

De outro lado, as regras qualificam-se como normas preliminarmente decisivas e *abarcantes*, isso porque, na medida em que possuem uma pretensão de abranger todos os aspectos relevantes

para a tomada de decisão, acabam por gerar ou pretender gerar uma solução específica para o conflito entre razões. Assim, ao contrário dos princípios que possuem pretensão de complementaridade, as regras encerram uma pretensão terminativa no sentido de preencher ou pretender preencher todas as condições de aplicabilidade (ÁVILA, 2016, p. 100-101).

Cumprido ressaltar, entretanto,

[...] que as regras são apenas *preliminarmente decisivas*. Isso significa que não são decisivas na medida em que podem ter suas condições de aplicabilidade preenchidas e, ainda assim, não ser aplicáveis, pela consideração a razões excepcionais que superem a própria razão que sustenta a aplicação da regra. Esse fenômeno denomina-se de *aptidão para cancelamento (defeasibility)*. Lembre-se que o tópico ao mencionar a dependência mais intensa dos princípios em relação a outras normas do ordenamento, não exclui nem a ponderação entre razões, nem mesmo a complementaridade no caso de aplicação das regras. (ÁVILA, 2016, p. 101).

Nota-se, inclusive, que diante das características acima delineadas para cada uma daquelas espécies normativas, é possível afirmar que um sistema jurídico para funcionar de modo adequado não pode ser composto apenas de princípios ou somente com regras. No primeiro caso, seria demasiadamente flexível pela ausência de guias claros de comportamento. Na segunda hipótese, seria por demais rígido em razão da ausência de outras possibilidades para solução dos casos concretos cujas particularidades ensejam desfecho diverso daquele estabelecido pela regra ou que não possuam disciplina específica. Com isso, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diversas e complementares,

não se concebendo uma sem a outra para o correto e equilibrado funcionamento do ordenamento jurídico (ÁVILA, 2016, p. 147-148).

Com essas considerações, passa-se agora à verificação da igualdade na Constituição Federal de 1988, sendo certo que da conformação estrutural verificada dessa norma no texto constitucional, conforme já referido, será possível inferir conclusões importantes sobre a sua interpretação e aplicação diante dos casos concretos.

Com efeito, radicam-se nos artigos 3º, incisos III e IV, e 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal de 1988, o conteúdo principal do tratamento normativo deferido pela Carta da República à igualdade, sem embargo, evidentemente, das outras disposições normativas sobre a matéria espalhadas pelo texto constitucional.

Dispõe o artigo 3º da Constituição Federal que

Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 2012, p. 11).

Comentando o aludido dispositivo acima identificado, Streck e Moraes (2013, p. 148-149), argumentam que a Constituição brasileira, com nítido caráter dirigente e compromissório, o qual vem expresso na sua opção finalística, referendada na norma sob comento, no sentido, pois, de perseguir os objetivos que indicam os fins da ação estatal, delimitando, por isso, formal e substancialmente as decisões políticas, pretende a uma noção de Constituição que

[...] contenha uma força normativa capaz de assegurar esse núcleo de modernidade tardia não cumprida. Esse núcleo consubstancia-se exatamente nos fins do Estado

estabelecidos no aludido art. 3º da Constituição. Aqui, mostra-se absolutamente pertinente a análise de Gilberto Bercovici acerca da noção de desenvolvimento nacional enquanto objetivo da República constante do art. 3º da Constituição, quando, ao fixar o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades regionais como fins a serem alcançados, fundamenta a reivindicação e o compromisso do direito e da atuação do poder público à realização de políticas públicas para a concretização do programa constitucional.

Disso resulta concluir, conforme Moraes (2014, p. 20-21), que esses objetivos fundamentais, que definem as finalidades primordiais a serem perseguidas pelo Estado brasileiro, consubstanciam verdadeiras diretrizes ou vetores de interpretação, exigindo o seu fiel cumprimento pelas autoridades constituídas, seja na edição de leis ou atos normativos, seja em suas aplicações.

O artigo 5º, por seu lado, *caput* e inciso I, aduz que

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: (EC no 45/2004)
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Na mesma esteira dos objetivos fundamentais deduzidos no artigo 3º acima transcrito, também esta norma insculpida no mencionado artigo 5º da Constituição Federal dispõe sobre uma diretriz, isto é, um compromisso do Estado brasileiro, sendo correto afirmar que a igualdade ali preconizada, longe de se aplicar apenas à seara legislativa, também se dirige ao Executivo e ao Judiciário (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 218).

Tais características, pois, mencionadas em relação aos artigos 3º e 5º da Constituição brasileira, revelam uma dimensão objetiva da igualdade, isto é, o seu conteúdo descortina uma espécie de norma jurídica informadora de toda a ordem jurídico-constitucional (CANOTILHO, 1999, p. 394).

Assim, constata-se que as normas que dispõe sobre o conteúdo básico da igualdade na Constituição brasileira, para além de representar normas de direitos fundamentais, conquanto diretamente estabelecidas com essa condição,⁸ e sem embargo do seu aspecto material que também lhes confere esse *status*, são elas princípios constitucionais, isto é, a sua conformação dentro das espécies normativas enquadra-se na estrutura de princípio e não de regra.

Com efeito, quando a Constituição dispõe ser um objetivo fundamental do Estado brasileiro “reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos sem discriminação de qualquer natureza”; bem como quando estabelece que “todos são iguais perante a lei” e que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, de modo clarividente prescreve um estado de coisas para cuja realização ou preservação é necessária a adoção de determinados comportamentos, ressaltando, por isso, o aspecto *prospectivo e finalístico* que adjetivam as aludidas normas acima transcritas.

Não se trata, evidentemente, de uma prescrição *abarcante e decisiva* acerca da igualdade, isto é, não possuem uma pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, a fim de, com isso, gerar uma solução específica e terminativa para o conflito entre razões.

⁸ Conforme Alexy (2015, p. 76), “a definição do conceito de norma de direito fundamental baseada no conceito de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais dizia respeito, até aqui, somente às normas de direitos fundamentais atribuídas. Mas ela pode ser estendida também às normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas e pode, nesse sentido, ser generalizada. Uma tal definição geral sustenta que normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Para as normas diretamente estabelecidas normalmente é suficiente uma referência ao texto constitucional.”

Desse modo, portanto, é possível concluir que o conteúdo jurídico da igualdade na Constituição brasileira, a partir do seu modelo básico normativo disposto nos mencionados dispositivos, como já afirmado, induz necessariamente à sua conformação como princípio constitucional. Resultando disso: em primeiro lugar, que a aplicação da igualdade se fundamenta em uma avaliação de correspondência entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização ou a manutenção do estado de coisas pretendido. Assim, tanto no campo da hermenêutica como no da aplicação do direito, o nível de adensamento e alcance operativo do preceito depende das consequências da conduta tomada em relação àquele estado de coisas, sob pena de toda e qualquer regra, o tempo todo, colocar-se sob o crivo do controle judicial da constitucionalidade em relação a igualdade, em situações que, muitas vezes, não se pode e não se deve conferir densidade normativa suficiente para a aplicação do preceito.

Outra consequência diz com o caráter *primariamente complementar e preliminarmente parcial* que aderem aos princípios, isto é, por abrangerem apenas aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não geram ou pelo menos não possuem a pretensão de gerar soluções específicas. Disso resulta que, ao tempo em que a incidência do princípio da igualdade deve ser medida, cotejada e harmonizada com os demais valores constitucionalmente albergados pelo Estado brasileiro, também a justificação dos fatores de discriminação, a partir, evidentemente, de critérios objetivos e racionais, encontra espaço de aplicação.

Por último, revestindo-se a igualdade da qualificação de princípio, por evidente, assume, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, dada a virtude multifuncional que acompanha essa espécie normativa (MENDES; GONET, 2015, p. 72), funções diretiva, interpretativa e argumentativa, cujo conteúdo, como visto, descortina uma espécie de norma jurídica informadora de toda a ordem jurídico-constitucional (CANOTILHO, 1999, p. 394).

4 IGUALDADE, FATORES DE DISCRIMINAÇÃO E PROPORCIONALIDADE: A CONSONÂNCIA DO TRAÇO DESIGUALADOR ESCOLHIDO COM OS VALORES DA CONSTITUIÇÃO

Ao gênio de Aristóteles defere-se a notória afirmação que orienta, ainda hoje, as aspirações de justiça social mediante a realização da igualdade efetiva e material, isto é, a igualdade que não fecha os olhos para a realidade das desigualdades naturais e para a assimetria de poder entre os sujeitos sociais nas suas múltiplas relações. Com efeito, para o maior de todos os filósofos gregos “se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desiguam.”

Apesar disso, e sem qualquer tipo de pretensão no sentido de contestar o acerto da afirmação ou a sua inteira procedência, conforme já referido em tópico anterior, cabe aqui ressaltar como fez Mello (2015, p. 10):

[...] reconhecendo, muito ao de ministro, sua validade como ponto de partida, deve-se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: *Quem são os iguais e quem são os desiguais?* [...] Só respondendo a estas indagações poder-se-à lograr adensamento do preceito, de sorte a emprestar-lhe cunho operativo seguro, capaz de converter sua teórica proclamação em guia de uma *práxis* efetiva, reclamada pelo próprio ditame constitucional.

Assim é que, na definição jurídica das discriminações que são, além de necessárias, toleráveis, isto é, aquelas que podem ser erigidas, validamente, em critérios distintivos justificadores de tratamentos jurídicos díspares mediante a consonância do traço desigualador escolhido e da finalidade pretendida com os demais valores constitucionalmente consagrados (MELLO, 2015, p. 11), é que se

poderá conferir ao preceito os instrumentos necessários para a sua realização no plano material de existência.

Desse modo, diante da constatação de que o princípio da igualdade nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas, bem como da necessidade de tratamento discriminatório em situações específicas como condição mesma de realização da igualdade efetiva e da justiça social, a concretização do princípio depende de um critério-medida objeto de diferenciação e da definição de um fim a ser alcançado (ÁVILA, 2016, p. 193), os quais, evidentemente, devem estar de acordo com os demais valores da Constituição.

Nesse passo, novamente escorado no magistério de Mello (2015, p. 22), tem-se que é preciso investigar:

[...] de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Diante disso, complementa Mello, é que se poderá, a partir da análise de três aspectos principais, quais sejam: o *elemento tomado como fator de diferenciação*; a correlação lógica abstrata entre o fator erigido em critério de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; e à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional, é que se poderá enfrentar o problema da definição jurídica das discriminações que são apoiadas, validamente, em critérios distintivos que justificam tratamentos jurídicos díspares, devendo ser ressaltado que

a hostilidade ao preceito isonômico pode residir em quaisquer deles, isto é, a ofensa a qualquer um daqueles critérios serve para desqualificar a norma por estabelecer injustificável tratamento diferenciador do ponto vista jurídico-constitucional (MELLO, 2015, p. 21-22).

Quanto ao primeiro critério, o do elemento tomado como fator de diferenciação, cumpre observar, em primeiro lugar, que a lei não pode erigir em critério diferencial uma característica específica que singularize, de modo absoluto e definitivo, um sujeito acolhido pelo regime diferenciador. Isso porque a igualdade possui dupla funcionalidade: ao tempo em que se revela como uma garantia individual de proteção contra perseguições também visa tolher privilégios e favoritismos injustificados. Assim é que nem a imposição de um gravame ou a concessão de um benefício pode recair sobre um indivíduo singularizado, de modo a distingui-lo de forma absoluta no presente e definitivamente (MELLO, 2015, p. 23-24).

Com efeito, sem infringência da isonomia a lei pode atingir uma categoria de pessoas ou então voltar-se para um só indivíduo, desde que, evidentemente, em tal caso, vise alcançar a um sujeito indeterminado e indeterminável no presente. Trata-se, destarte, de se verificar se a regra questionada abre a possibilidade da sua eventual incidência futura sobre outros destinatários inexistentes à época da sua edição, ou, se realmente ostenta uma finalidade singularizadora absoluta e definitiva. Nesse último caso, será ela viciosa e, portanto, censurável diante do agravo à isonomia (MELLO, 2015, p. 25).

Também o traço diferencial adotado não poderá residir em característica que não esteja na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, ou seja, elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de fundamento para submetê-las a um regime discriminatório (MELLO, 2015, p. 23).

Assim, um fator neutro em relação às pessoas, coisas ou situações diferenciadas é inidôneo para distingui-las. Em um primeiro aspecto, por exemplo, o elemento espacial, porquanto alheio às

peças, coisas ou situações, como regra, não justifica o tratamento jurídico favorável ou desfavorável, a menos que haja situações e circunstâncias especiais que assujeitam os indivíduos desta ou daquela região, ensejando, por isso, o fator de discrimen por sua presença ali naquelas condições e não pelo elemento geográfico considerado singularmente (MELLO, 2015, p. 30).

De outro lado, também não sucede do *elemento temporal*, por si só, e que também se qualifica como neutro e alheio às pessoas, coisas ou situações diferenciadas, critério válido de discriminação. Quando a lei incide sobre esses ou aqueles indivíduos, coisas ou situações a partir de determinada data ou período, não se está erigindo o tempo, *per se*, como critério qualificador ou elemento diferencial, mas utilizando o tempo como limite, condicionante e referência cronológica da sucessão de fatos ou de estados transcorridos ou a transcorrer que consubstanciam, estes sim, os fatores de desequiparação (MELLO, 2015, p. 31).

Disso, é possível afirmar que aquilo que se coloca igual para todos não pode ser tomado como fator de diferenciação. Diversamente do que ocorre, pois, em relação ao que seja diferenciável, isto é, que pode ser diferenciado fazendo-se remissão específica àquilo que dessemelhou (MELLO, 2015, p. 32).

Sendo assim:

O que se põe em pauta, nuclearmente, portanto, são sempre as pessoas, fatos ou situações, pois só neles podem residir diferenças [...] Em suma: é simplesmente ilógico, irracional, buscar em um elemento estranho a uma dada situação, alheio a ela, o fator de sua peculiarização. Se os fatores externos à sua fisionomia são diversos (quais os vários instantes temporais) então, percebe-se, a todas as luzes, que eles é que distinguem e não as situações propriamente ditas. Ora, o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde

não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais [...]. (MELLO, 2015, p. 23, 35).

Por sua vez, quanto ao critério da *correlação lógica abstrata entre o fator erigido em critério de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado*, “tem-se, pois, que é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles, o *quid* determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia.” (MELLO, 2015, p. 37).

Não se deve admitir, portanto, sob pena de agravo à igualdade, que não exista qualquer relação entre o fator de discriminação escolhido e o tratamento jurídico desequiparador empreendido à vista dele. Assim, e. g., será inconstitucional, *prima facie*, por afronta à isonomia, determinada regra de uma empresa de xerox que disponha sobre um horário diferenciado de trabalho ou um regime de remuneração específico decorrente da diversidade de gênero ou da altura de seus funcionários, não obstante essa tipologia física, em outras relações que não a do exemplo citado, se poderiam erigir em critérios válidos de diferenciação, como no resguardo para mulheres das vagas de concursos para cargos públicos em penitenciárias femininas ou de profissões (atividades policiais, militares, etc.) que exijam certas características físicas para o seu exercício.

Assim, agride-se a igualdade quando o fator de desequiparação adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com o tratamento jurídico diferenciador dele decorrente. Com efeito, deve haver uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo (MELLO, 2015, p. 39).

Por último, cumpre verificar *se existe consonância da correlação lógica supra-referida com os interesses absorvidos no sistema*

constitucional, isto é, se *in concreto* esse vínculo de correlação convive harmoniosamente com os demais valores constitucionalmente protegidos. Aqui se:

[...] encarece a circunstância de que não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexo entre a diferença e um conseqüente tratamento diferenciado. Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente. É dizer: as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva hão de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional. (MELLO, 2015, p. 42).

Logo, não se pode cogitar da desequiparação que se encontre em desconformidade com os demais valores consagrados no sistema constitucional ou que transgrida os padrões ético-sociais referendados neste ordenamento. Trata-se, portanto, da aferição de um critério a mais que restaria por conferir lisura jurídica ao tratamento diferenciador (MELLO, 2015, p. 42).

Exemplifica-se: na hipótese de conferência de favores fiscais a grandes sociedades empresariais em detrimento de empresas de pequeno porte, ter-se-á fator de desequiparação apto a justificar o *discrímen*, porquanto erigida a diferenciação de real elemento de desigualação existente entre elas. Igualmente se verifica, nessa situação concreta, a correlação lógica entre o elemento dessemelhante e o tratamento jurídico diferenciador dele decorrente. Isso porque reside a justificativa racional e o nexo lógico no fato de a concentração de capital melhorar o nível de produtividade e, por isso, aumentar o desenvolvimento econômico com menores níveis de desperdício para aquelas empresas. Ocorre, entretanto, que essa desequiparação em

pauta se mostra ofensiva ao preceito isonômico por afrontar outro valor constitucionalmente albergado, a saber, o artigo 173, § 4º, da Constituição Federal, proíbe situações propiciadoras do domínio dos mercados e da eliminação da livre concorrência, circunstância essa que concorre para o agravamento do quadro de desigualdade e injustiça social (MELLO, 2015, p. 43).

Desse modo, não é qualquer fundamento lógico e racional, ainda que apoiado em um fator de desequiparação válido, que autoriza e justifica o tratamento diferenciado, mas somente aquele que consiga conviver harmoniosamente com os demais valores consagrados constitucionalmente.

Nota-se, por isso, para que as diferenciações normativas possam ser consideradas válidas, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e aos efeitos da medida diferenciadora, deve-se, também, estar presente uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade e harmonia com os demais direitos e garantias constitucionais. Assim, os tratamentos normativos diferenciados serão compatíveis com a Constituição Federal quando for razoavelmente proporcional o fim visado pela desequiparação (MORAES, 2014, p. 35-36).

Inclusive, conforme Barroso, muito embora o princípio da proporcionalidade não esteja expresso na Constituição, tem ele seu fundamento no devido processo legal substantivo e na ideia de justiça, motivo pelo qual se torna um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada para a melhor realização da sua finalidade constitucional ou dos seus fins decorrentes do sistema (BARROSO, 2009, p. 304).

Assim é que, e. g., a estipulação de reserva de vagas em concursos públicos com fundamento no critério racial, conquanto representativa de discriminações positivas que, além de necessárias, são toleráveis, isto é, podem ser erigidas, validamente, conforme se verá

adiante, em critérios distintivos justificadores de tratamentos jurídicos díspares, por guardar consonância e harmonia com os demais valores constitucionais, não podem se prostrar de forma indefinida no tempo, sob pena de agravo à proporcionalidade e à igualdade, tornando-se viciosa e inconstitucional. Veja que, alcançado o percentual quantitativo de participação no serviço público dos beneficiários da regra discriminatória ou as condições materiais de existência e oportunidades se tornem equivalentes a todos, a medida empreendida perde a sua necessidade.⁹

A propósito, não é por outro motivo que Lei Federal n.º 12.990 de 2014, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para órgãos da Administração Pública Federal, dispõe no seu artigo 6º que terá prazo de vigência delimitado em 10 (dez) anos contados da sua publicação (BRASIL, 2014).

Sobre esse respeito, portanto, vê-se que o princípio da igualdade está “umbilicalmente associado à razoabilidade dos critérios distintivos e da correlação das consequências jurídicas adotadas, enveredando pela falta de isonomia todas as medidas que se divorciem dessa fórmula.” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 218).

Com essas considerações, haverá ofensa ao princípio constitucional da igualdade a norma que singulariza de modo absoluto e com definitividade um destinatário específico; extrai como fator de desequiparação elemento externo ou alheio às pessoas, coisas ou situações diferenciadas; não guarda relação lógica de pertinência entre o elemento diferencial e o tratamento jurídico desequiparador dele decorrente; cujo fator de desequiparação erigido conduz a efeitos contravenientes aos demais valores constitucionalmente protegidos

⁹ Conforme Bonavides (2008, p. 397), o “segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é a necessidade (Erforderlichkeit), ao qual também alguns autores costumam dar tratamento autônomo e não raro identificá-lo com a proporcionalidade propriamente dita. Pelo princípio ou subprincípio da necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária.”

ou que transgrida os padrões ético-sociais referendados neste ordenamento (MELLO, 2015); e, por fim, se não existir razoabilidade entre os critérios distintivos proclamados e a correlação das consequências jurídicas que forem adotadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto mais evoluem as civilizações maior é o grau de especificidade das suas legislações, das suas políticas públicas e do tratamento jurídico que deve ser conferido aos diferentes grupos sociais, porquanto impositivo se torna, ao mesmo tempo, o reconhecimento das desigualdades naturais e da assimetria de poder entre os sujeitos sociais, e a necessidade de superação dos seus reflexos nas condições materiais de existência e de oportunidades.

A Constituição Federal de 1988, visando à concretização do ideal democrático e da justiça social para a formação de um “Estado de Justiça”, conferiu à igualdade a qualificação de princípio constitucional, presente o seu conteúdo básico normativo expresso no artigo 3º como objetivo fundamental da República do Brasil, cujo conteúdo jurídico, por isso, e obrigatoriamente, deve dirigir e informar toda a ordem jurídico-constitucional brasileira.

Apesar disso, torna-se imperioso reconhecer que o princípio da igualdade nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas, motivo pelo qual, impõe-se que, para a sua concretização no plano material de existência, deve-se estabelecer um critério-medida objeto de diferenciação e a definição de um fim a ser alcançado (ÁVILA, 2015, p. 193), os quais, evidentemente, sob pena de agravo à isonomia, devem se submeter aos critérios da proporcionalidade e estar de acordo com os demais valores da Constituição.

Nesse sentido, conforme Mello (2015), a partir da análise de três aspectos principais: o elemento tomado como fator de diferen-

ciação; a correlação lógica abstrata entre o fator erigido em critério de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; bem como à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional, é que se poderá enfrentar o problema da definição jurídica das discriminações que são apoiadas, validamente, em critérios distintivos que justificam tratamentos jurídicos díspares, devendo ser ressaltado que a hostilidade ao preceito isonômico pode residir em quaisquer deles, isto é, a ofensa a qualquer um daqueles critérios serve para desqualificar a norma por estabelecer injustificável tratamento diferenciador do ponto vista jurídico-constitucional.

Assim, haverá ofensa ao princípio constitucional da igualdade quando a norma diferenciadora: singularizar de modo absoluto e com definitividade um destinatário específico; extrair como fator de desequiparação elemento externo ou alheio às pessoas, coisas ou situações diferenciadas; não guardar relação lógica de pertinência entre o elemento diferencial e o tratamento jurídico desequiparador dele decorrente; quando o fator de desequiparação erigido conduzir a efeitos contravenientes aos demais valores constitucionalmente protegidos ou que transgrida os padrões ético-sociais referendados neste ordenamento (MELLO, 2015).

A esses critérios, pois, deve se somar os requisitos da proporcionalidade entre os elementos distintivos proclamados e a correlação das consequências jurídicas que forem adotadas, especialmente o subprincípio da necessidade ou proporcionalidade propriamente dita, para o qual a medida diferenciadora não poderá exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, isto é, o tratamento jurídico desequiparador para ser admissível deve ser necessário.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Leonel Vallandro e Gerg Borhein da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Victor Civita, 1984.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CAVALCANTI, J. H. D. *O direito à igualdade na aplicação da lei e do precedente judicial*. 2007. 250 p. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CRUZ, L. F. F. M. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. 2011. 127 p. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- EUA. *Declaração de Direitos da Virgínia*, 12 de junho de 1776. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

EUA. *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776*. Disponível em: <<http://www.uel.br>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

FRANÇA. *Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia no Direito*. 3. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAIANO, Biltis Diniz. *Da igualdade à ação afirmativa: uma análise jurídico-constitucional luso-brasileira*. 2015. 105 p. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Flávia R. B.; LORENTZ, Lutiana Nacur. O princípio da igualdade e as perspectivas antigas e modernas. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 51-79, jan./jun. 2008.

CAPÍTULO IV

O DIREITO À VIDA PRIVADA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Fernanda Tofolo¹

¹ Mestranda em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Advogada. Email: fernandatofolo@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um rol de direitos fundamentais antes inexistentes nas constituições anteriores. Entre estes novos direitos se encontram os que foram destinados a tutelar a vida privada, espécie de direito da personalidade.

Estes direitos, relacionados com a vida privada, tal como a intimidade e a privacidade, ganham tamanha importância diante do progresso tecnocientífico e na chamada sociedade da informação que permitem uma vasta rede de conexões entre pessoas e locais que inovam, entre outros aspectos, o que conhecíamos por comunicação e, até mesmo, relações mercadológicas. Desta forma, áreas antes tidas privadas e impenetráveis tornem-se vulneráveis a intromissões alheias e nesta perspectiva de novas relações passa-se a encontrar dificuldades até mesmo na definição e estabelecimento do que é público e do que é privado.

Concomitante a este processo é que emergem variados desafios sociais e jurídicos a respeito da proteção da vida privada do ser humano. Assim, o intuito deste trabalho é estabelecer o que é o direito à vida privada e qual a proteção que este direito encontra na Constituição Federal brasileira de 1998.

Muitas confusões têm se criado a respeito de alguns termos que são usados como sinônimos por alguns operadores do direito. A vida privada, a privacidade e a intimidade apesar de possuírem algumas semelhanças em seus institutos são bens jurídicos diferentes e possuem funções de proteção de direitos diferentes. Por isso, a estrutura deste artigo inicia através da exposição do que são tais direitos e quais são suas principais diferenças.

Já na segunda parte do trabalho analisou-se o direito à vida privada - como direito que abrange a intimidade e a privacidade, sob a perspectiva de considerá-lo ou não um direito fundamental a partir da análise da proteção jurídica nacional e internacional que tem recebido.

Por fim, na terceira parte discorreu-se sobre o objeto principal deste trabalho que é a análise do direito à vida privada e sua proteção jurídica pela Constituição brasileira de 1988.

2 BREVES DIFERENÇAS ENTRE VIDA PRIVADA, PRIVACIDADE E INTIMIDADE

No antigo Direito Romano, o conceito do que era público e privado tinha a ver com a sua utilidade. Público era o que possuía utilidade comum e privado o que possuía utilidade aos particulares. Com base nisso se afirmava a supremacia do público sobre o privado. Neste sentido, para os romanos e gregos a distinção entre público e privado era clara. No entanto, na era moderna essa diferenciação perde sua nitidez (FERRAZ JÚNIOR, 1993).

Nessa perspectiva, para a compreensão contemporânea, público é o campo dominado pelos princípios da transparência e igualdade e privado é o dominado pelo princípio da diferenciação e exclusividade - comportando três atributos principais: solidão, segredo e autonomia (ALEXY, 2008, p. 360-361).

Assim, apesar de estarem no campo comum que é o privado, e de possuírem de fato algumas semelhanças, os direitos a serem estudados por este trabalho (vida privada, privacidade e intimidade) têm conceitos e níveis de proteção diferentes no ordenamento jurídico.

Na definição desses termos observou-se que não há um consenso dos doutrinadores. Alguns tratam tais termos como sinônimos, o que contribui para uma confusão jurídica na definição e proteção dos bens jurídicos tutelados por estes direitos. No entanto, alguns elementos podem ser observados para o estabelecimento das diferenças consensuais existentes, como se observará.

Há quem analise tal categoria de direitos a partir da teoria das esferas desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão. Utilizar-se-á aqui o que diz Alexy sobre essas teorias, também com base

em outros autores como Rupert Scholz. Para Alexy (2008, p. 360-361), é possível distinguir três esferas de proteção de direitos com intensidade decrescente: uma esfera mais interior, considerada o âmbito mais interno, mais íntimo e inviolável do indivíduo; uma esfera privada ampliada que não pertence à esfera mais interior e por último uma esfera social que compreende tudo o que não foi atribuído nem mesmo à esfera privada ampliada.

Dado um breve contexto sobre em que campo situam-se os direitos aqui estudados, passar-se-á à análise da diferenciação dos termos objetos deste estudo, iniciando-se com a vida privada.

Existem alguns aspectos da vida que o ser humano tem necessidade de guardar em segredo, até mesmo em benefício de sua saúde mental. Desta forma, a reclusão à vida privada é uma necessidade de todo ser humano e sem ela “não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade.” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 408).

Dos três direitos que o presente artigo propõe delimitar, os conceitos o direito à vida privada é o mais amplo. Este direito está relacionado à proteção de formas exclusivas de convivência (FERRAZ JÚNIOR, 1993).

Nota-se que a vida privada não tem um conceito definido entre os doutrinadores. Para alguns o conteúdo da vida privada pode trazer mais elementos na definição e proteção do que as ideias abstratas do que ela representa. Assim, a vida privada pode ser compreendida como a esfera de cada pessoa que só diz respeito a ela e como o espaço onde ninguém pode interferir sem o consentimento do indivíduo. É o resultado da individualidade, autonomia e liberdade de cada ser humano. E é desta perspectiva que surge o direito de cada indivíduo de manter secretas e invioláveis certas manifestações e informações de sua vida (MONREAL, 2001, p. 35).

A vida privada também pode ser compreendida a partir de uma expressão americana “*right to be alone*”, da ideia do direito de estar só e de ser deixado só (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 393).

O segundo direito a ser diferenciado é o direito à privacidade. Ela tem relação com o ato humano: “alguns atos externos, aqueles que a própria natureza reserva ou a pessoa quer reservar e pode reservar para si, por não prejudicarem terceiros, pertencem à privacidade.” Dela fazem parte os atos humanos que são externos, mas que não devem sair do círculo mais próximo (ALONSO, 2005, p. 18). Assim, tal direito tem como objeto as conversações e os episódios mais íntimos envolvendo relações familiares e amizades mais próximas, e como intuito proteger comportamentos, acontecimentos, ou relacionamentos pessoais em geral que o indivíduo não deseja que seja de conhecimento público (MENDES; BRANCO, 2012, p. 407-408). Desta forma, a privacidade situa-se já no âmbito jurídico, pois existem atos que foram confeccionados ou praticados: visíveis, tangíveis e cognoscíveis - diferentemente da intimidade (ALONSO, 2005, p. 17).

Há quem considere ainda a privacidade como direito subjetivo fundamental por possuir todas as características dos direitos subjetivos: sujeito, conteúdo e objeto. No entanto o que é certo sobre ela é que o sujeito titular do direito à privacidade é toda pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país. O conteúdo é a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir a violação do que lhe é próprio, do que deseja manter para si e o objeto é a integridade moral do sujeito (FERRAZ JÚNIOR, 1993).

Por fim, o último direito a ser conceituado é a intimidade. A intimidade possui como atributo básico o “estar só” e é considerada o âmbito exclusivo que alguém reserva para si. Mesmo não existindo um conceito absoluto de intimidade ela pode ser exemplificada pelos seguintes elementos: “o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange.” (FERRAZ JÚNIOR, 1993).

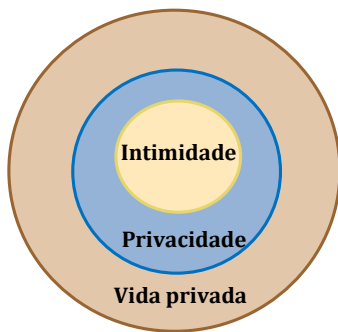
Assim como a privacidade, a intimidade tem relação com o ato humano: a preparação de qualquer ato humano e o que perma-

nece dentro do indivíduo, sendo apenas interno, ou seja, que não aparecem no exterior da pessoa, pertence à intimidade. Ela seria anterior ao direito e sem ela não haveria nem mesmo pessoa, sujeito de direito. Assim, tendo o sujeito seu mundo íntimo, cabe ao direito protegê-lo. Desta forma, em resumo, a intimidade é compreendida como o âmbito mais profundo e secreto do indivíduo (ALONSO, 2005, p. 17-18).

Portanto, o direito à intimidade faz parte do direito à privacidade, que seria mais amplo (MENDES; BRANCO, 2012, p. 407) e intimidade o mais exclusivo dos seus direitos (FERRAZ JÚNIOR, 1993). Ela forma, juntamente com outros direitos, a proteção constitucional da vida privada, é um direito que assegura a proteção de um espaço íntimo e intransponível a interferências ilícitas externas (MORAES, 2002, p. 135).

Para elucidar a compreensão do tema, elaborou-se a seguinte figura com base nos conceitos acima delineados:

Figura 1 - Esferas da vida privada



Através desta figura pode-se observar que a intimidade se apresenta como a esfera mais íntima do indivíduo. Já a privacidade pode ser percebida como algo um pouco mais abrangente e menos íntimo que a intimidade e, por fim, a vida privada pode ser compreendida como um instituto que abarca os outros de forma mais abrangente. Todavia, conforme será abordado posteriormente, as esferas de proteção desses direitos não são rígidas e por vezes se confundem nos seus limites.

Feita, pois, uma breve distinção entre intimidade, privacidade e vida privada percebe-se que o direito à vida privada tem estreita relação com outros direitos fundamentais, como a proteção da intimidade e da inviolabilidade de domicílio, espaço de desenvolvimento da vida privada. Estes direitos nem sempre são positivados, especialmente quanto à intimidade, tendo em vista que é considerado na perspectiva de dimensão da privacidade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 391).

No entanto, o fato de positivizar um direito e, além disso, elevá-lo a um *status* jurídico de direito fundamental significa garantir sua proteção de forma mais objetiva e efetiva por parte do Estado. Desta forma, na sequência o direito à vida privada, objeto deste trabalho, será analisado a partir da perspectiva de considerá-lo como um direito fundamental.

3 A VIDA PRIVADA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito à vida privada tem grande importância na proteção da dignidade humana e de outros direitos fundamentais. No entanto, quanto ao seu reconhecimento como direito fundamental, existem duas principais compreensões: uma que considera que existe uma relação dicotômica entre direitos fundamentais e direitos da personalidade e outra que entende que os direitos da personalidade, especialmente o direito à vida privada, também são direitos fundamentais.

Quanto à primeira compreensão podemos observar autores como Mazur que defendem de forma incontroversa que os direitos da personalidade embora tenham muitas características de direitos fundamentais não o são (embora não existe um exagerado distanciamento entre eles). Para o autor uma das maiores distinções entre tais direitos é o fato de que os direitos da personalidade se inserem no âmbito do direito privado e os direitos fundamentais se encontram no âmbito do direito público. Na sua compreensão, não existe predominância e nem mesmo diferenciação de uns direitos aos outros, tendo

cada um a sua origem, estrutura e aplicação distintas dentro do ramo do direito do qual foram idealizados (MAZUR, 2012, p. 28, 61).

Além disso, Mazur (2012, p. 33, 36) considera que os direitos da personalidade possuem características gerais diferentes dos direitos fundamentais. Para ele os direitos da personalidade são: subjetivos, privados, universais, absolutos, não patrimoniais, inatos, perpétuos e indisponíveis. No entanto, os direitos fundamentais apesar de serem não patrimoniais, perpétuos e indisponíveis não são universais tendo em vista que nem todas as pessoas são titulares de todos os direitos fundamentais, não são direitos subjetivos, nem privados e nem inatos. A diferença geral estabelecida por Mazur entre direitos da personalidade e direitos fundamentais pode ser demonstrada por meio do seguinte Quadro:

Quadro 1 - Diferença estabelecida por Mazur entre direitos da personalidade e direitos fundamentais

Características dos direitos	Direitos da personalidade	Direitos fundamentais
Subjetivos	x	
Privados	x	
Universais	x	
Absolutos	x	
Não Patrimoniais	x	x
Inatos	x	
Perpétuos	x	x
Indisponíveis	x	x

Já autores consagrados na doutrina brasileira por seu posicionamento quanto aos direitos fundamentais como Sarlet, Marneiro e Mitidiero compreendem que, dos direitos fundamentais que dizem respeito à proteção da dignidade e personalidade, o direito à vida privada é um dos mais relevantes, embora nem sempre contemplado nas constituições (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 390).

Isto na perspectiva de que direitos fundamentais são aqueles “direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”, os direitos fundamentais são sempre direitos humanos, tendo em vista que seu titular será sempre o ser humano mesmo que representado por entes coletivos. Assim o principal plano que torna um direito fundamental é a sua positivação (SARLET, 2012, p. 18).

Neste sentido, outra classificação importante encontrada é a de Steinmetz que afirma que direitos como a vida privada e a intimidade são considerados direitos fundamentais individuais de conteúdo pessoal, ou seja, aqueles cujo âmbito de proteção são bens, esferas ou atributos vitais intrínseca ou estritamente pessoais e de transcendental importância para a definição e o desenvolvimento do indivíduo como pessoa livre e autônoma (STEINMETZ, 2004, 222).

Nota-se que por possuírem tamanha importância é que em âmbito do direito internacional a vida privada é encontrada em diversos documentos. Um dos primeiros documentos que conferiu proteção à vida privada foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem aprovada pela XI Conferência Internacional em Bogotá, tal declaração, em seu artigo 5º, dispôs: “toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos a sua honra, a sua reputação e a sua vida privada e familiar.” (CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA, 1948).

Um dos mais importantes destes reconhecimentos se observa ainda na Declaração Universal dos Direitos Humanos que em seu artigo XII dispõe: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969) em seu artigo 11, II, também estabele-

ceu que “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Quanto à legislação nacional pode-se notar que a Lei de Imprensa, Lei nº 5.250/67 (na ADPF 130 esta lei foi declarada não recepcionada pela Constituição de 1988) (BRASIL, 1967), foi considerada o primeiro instrumento legislativo brasileiro a tutelar os institutos como a vida privada, conforme se observa:

Art. 49: Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:

I - os danos morais e materiais, nos casos previstos no art. 16, números II e IV, no art. 18 e de calúnia, difamação ou injúrias;

II - os danos materiais, nos demais casos.

§ 1º Nos casos de calúnia e difamação, a prova da verdade, desde que admissível na forma dos arts. 20 e 21, excepcionada no prazo da contestação, excluirá a responsabilidade civil, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público.

A Lei de Informática (lei 7.232/84) também previu a proteção da vida privada quanto estabeleceu, no seu artigo 8º, XIII, que a Política Nacional de Informática terá como um de seus princípios o “estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas.” (BRASIL, 1984).

A nível constitucional a primeira proteção relacionada à vida privada deu-se com a Constituição de 1824, que assegurava, em seu artigo 179, XXVII, que “O Segredo das Cartas é inviolável”. Da mesma

forma, as Constituições de 1981 e 1934 também asseguravam apenas a inviolabilidade do sigilo das correspondências. Já a Constituição de 1937 avança e estabelece que, além da correspondência, o domicílio também é inviolável (com as exceções expressas em lei).

Posteriormente, em 1946, a Constituição já estabelecia aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, e, dentre seus termos, estabelecia que “é inviolável o sigilo da correspondência”. Já a Constituição de 1967 manteve o texto constitucional anterior e acrescentou a inviolabilidade também das comunicações telegráficas e telefônicas.

Assim, embora as outras constituições previssem alguns direitos relacionados à vida privada (a exemplo da inviolabilidade de domicílio e do sigilo das correspondências e das comunicações), o reconhecimento do direito à vida privada como direito fundamental constitucional brasileiro se apresenta apenas na Constituição Federal brasileira de 1988. Neste sentido, além da proteção de inúmeros outros direitos considerados inéditos no ordenamento jurídico brasileiro, a vida privada também é protegida de forma específica, bem como sua esfera a intimidade, conforme se observará no próximo tópico.

4 O DIREITO À VIDA PRIVADA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Nota-se que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988), logo consagrada em seu artigo 1º. No entanto, mesmo sem um conceito de dignidade da pessoa humana que seja unânime entre os doutrinadores há alguns aspectos comuns considerados para a sua garantia. E dentre esses está o direito à vida privada que garante ao indivíduo proteção e o segredo sobre determinados aspectos de sua vida.

Neste trabalho não se quer discutir o conceito de dignidade da pessoa humana (ou se ela é um direito natural ou positivo), mas é importante trazer ao debate a relação que a dignidade possui com o direito constitucional à vida privada.

Assim trazemos a perspectiva que Sarlet dá a ela: a dignidade implica o reconhecimento de alguns outros direitos e deveres fundamentais que protejam o ser humano de qualquer ato que seja degradante ou desumano, além de implicar a garantia de condições existenciais para uma vida saudável (SARLET, 2009, p. 37).

Neste sentido, nota-se que para proteger de forma efetiva e integral a dignidade da pessoa humana é preciso também proteger os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, dentre eles, o direito à vida privada (incluídos aqui a privacidade e intimidade) tendo em vista que estão intimamente ligados à ideia de proteção e de possibilitar o desenvolvimento integral do indivíduo.

Nesta perspectiva, é que o direito à vida privada é tutelado pela constituição brasileira no título destinado a tratar dos direitos e garantias fundamentais, capítulo destinado aos direitos e deveres individuais e coletivos, no seu artigo 5º, X, que preceitua: “São invioláveis à intimidade, à *vida privada*, à honra e à imagem das pessoas, sendo assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Há autores que entendem que ao usar as expressões intimidade e vida privada o legislador pode ter tido a intenção de ser o mais abrangente possível na ideia de impedir qualquer demarcação conceitual que subtraísse alguma fração da vida do indivíduo da proteção constitucional (CALDAS, 1997, p. 42-43).

Porém, existem autores como Silva Neto que entendem de forma inequívoca que o fato da Constituição ter se referido de modo expresso às duas categorias de direitos torna indispensável o exame individual dos mesmos de modo particularizado e também uma análise

se dos mesmos de forma a reconhecê-los como realidades normativas diferentes (SILVA NETO, 2006, p. 566-567).

Ainda sob a perspectiva da constante revolução tecnológica, é importante que se perceba que cada vez mais o indivíduo vem perdendo a garantia de sua intimidade e de seu direito de estar só. A ideia de que cada um dos direitos seja protegido de forma individual e específica pela Constituição Federal garante o propósito da concepção de um catálogo de direitos fundamentais (SILVA NETO, 2006, p. 567).

Neste sentido Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 391) traz outra importante perspectiva de análise, no entanto agora sobre a questão da privacidade e da intimidade: para ele “embora as dimensões (privacidade e intimidade) tenham sido expressamente referidas, haverão de ser analisadas em conjunto, pois se cuida de esferas (níveis) do direito a vida privada.”

Todavia, é importante observar que a partir da perspectiva da teoria dos círculos concêntricos - tratada no primeiro tópico - não se pode dizer que na esfera privada os círculos teriam limites rígidos. Os círculos não possuem fronteiras que não podem ser ultrapassados, eles são maleáveis pela necessidade que os indivíduos possuem de interação/intercâmbio social (CALDAS, 1997, p. 42-43). Há quem fale ainda que os círculos possuem uma fluidez entre as suas diversas esferas (SARLET; MARINONI; MITIDIERO (2012, p. 392).

Neste sentido, para Silva (2009, p. 208), ao consagrar a vida privada como direito, a intenção do legislador constituinte foi a de proteger os indivíduos quanto a dois institutos: ao segredo da vida privada e à liberdade da vida privada. Para tanto é que se observa que existe a proteção a direitos correlatos ao da personalidade como, por exemplo, o direito à inviolabilidade do sigilo dos dados, prevista no artigo 5º, XII (BRASIL, 1988).

Sendo ainda o direito à vida privada condição de expansão da personalidade, é indispensável que a pessoa tenha total liberdade sobre sua vida privada e sem a perturbação de terceiros

(SILVA, 2005, p. 208). Neste sentido, a proteção conferida pela Constituição brasileira é essencial para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Nota-se que a constituição ainda protege por meio de outros artigos aspectos ligados à vida privada do indivíduo com remédios constitucionais específicos que garantem, por exemplo, por meio de *habeas data* a proteção em relação a informações pessoais e íntimas das pessoas.

Além disso, existe uma proteção constitucional assegurando ao indivíduo que tiver sua vida privada violada o direito a uma indenização decorrente da violação seja ela da intimidade, da privacidade ou da vida privada (parte final do 5º, X). Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que tal indenização deve atender a uma dupla função: punitiva e compensatória (STF, Rel. Min. Celso de Mello, AI 455846, j. 11/10/04). Sendo ainda que a violação desse direito, por vezes constitui até mesmo ilícito penal: a exemplo dos artigos 153, 154, 154-A, 266 do Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940).

Apesar de tal posição não ser unânime entre os doutrinadores que tratam sobre o tema, entende-se que a proteção aos direitos fundamentais, bem como a vida privada, tem o intuito de vincular não somente o Estado, mas também os particulares. Adeptos desta postura são Sarlet (2006, p. 110-111) e Steinmetz (2004), este último considera que, em regra geral os direitos fundamentais vinculam-se aos particulares, com exceção apenas dos direitos cujos sujeitos destinatários (passivos ou obrigados) são exclusivamente os poderes públicos.

Desta maneira, restam evidentes os avanços trazidos pela Constituição Federal de 1988 ao proteger a vida privada. No entanto, cumpre observar ainda que à vida privada se articula com outros direitos fundamentais como a proteção da intimidade, a inviolabilidade do domicílio (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 391), da correspondência, o direito ao segredo, e de forma especial, o direito/princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da Repú-

blica Federativa do Brasil. E portanto, para que se possa efetiva-lá, é preciso que se protejam inúmeros outros direitos, como os já citados, de forma concomitante com o da vida privada.

Com este avanço constitucional pode ser percebido um grande avanço dos demais instrumentos legislativos brasileiros, a exemplo do Código Civil de 2002 (art. 21). Além disso, o chamado Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) (BRASIL, 2014) também tratou de proteger alguns direitos relacionados com a proteção da vida privada. Para tanto estabeleceu como um dos princípios do uso da internet no Brasil a proteção da privacidade e dos dados pessoais (artigo 3º, II e III). Também estabeleceu como direito ao usuário da internet “inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (artigo 7º, I). E ainda estabeleceu que “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet” conforme previsão expressa do artigo 8º.²

Desta forma, a tendência que se apresenta é que cada vez mais se criem mecanismos legais de proteção do indivíduo frente às novas tecnologias. Assim, o direito como disciplina dinâmica deve acompanhar os anseios sociais e cada vez mais tutelar os direitos e proteger a coletividade frente aos novos cenários que vão se construindo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

ALONSO, Félix Ruiz. Pessoa, intimidade e o direito à privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (Org.). *Direito à privacidade*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

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

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 dez. 1940.

BRASIL. Lei n. 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 fev. 1967.

BRASIL. Lei n. 7.232, de 29 de outubro de 1984. Dispõe sobre a Política Nacional de Informática, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 out. 1984.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jan. 2002.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 abr. 2014.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 03 maio 2017.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 03 maio 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 88, p. 439-459, jan. 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONREAL, Eduardo Novoa. *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*. 6. ed. México: Siglo Veintiuno Editores, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. Teoria Geral, comentários aos arts. 1^a a 5^a da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____. *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAPÍTULO V

BREVES APONTAMENTOS SOBRE O SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO: QUEM FINANCIA A DEMOCRACIA NO BRASIL?

Fabricao Rossetti Gast¹

¹ Mestrando em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina. Juiz do Estado de Santa Catarina.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O financiamento de campanhas eleitorais é matéria que tem suscitado intenso debate mundo afora, com constantes modificações visando ao aperfeiçoamento do sistema, sobretudo para evitar ou minimizar a influência do poder econômico sobre o sistema político. Entretanto, ainda não se chegou ao modelo ideal, uma vez que não há fórmula universal. O financiamento de campanhas eleitorais deve observar as características de cada sistema de governo, suas circunstâncias históricas e culturais, as regras eleitorais locais e as práticas políticas regulamentadas.

Países desenvolvidos, com democracias mais maduras que a brasileira, de tempos em tempos se debruçam sobre o tema, mas sem um consenso até o momento sobre qual é o sistema ideal.

Em França, as campanhas políticas são realizadas com financiamento público, sendo admitidas apenas doações de pessoas físicas, até um certo limite definido por lei.

Nos Estados Unidos, são permitidos o financiamento público e o privado, sendo que se o candidato optar pelo financiamento público fica sujeito a um limite de gastos, ao passo que no financiamento privado não há limites, sendo admitidas doações de pequenos doadores individuais e grupos cívicos.

Da mesma forma, o modelo adotado por Alemanha, Inglaterra e Rússia admite o financiamento das campanhas eleitorais com recursos públicos e privados, cada qual com suas peculiaridades,

Sem adentrar na discussão sobre qual é o sistema ideal, já que este não é o objetivo do artigo, é certo que o Brasil adotou o sistema misto de financiamento de campanhas eleitorais e dos parti-

dos políticos (público e privado), com algumas peculiaridades que o distinguem dos demais sistemas adotados mundo afora.²

Necessário questionar então se o sistema eleitoral brasileiro respeita os princípios constitucionais erigidos da Carta Magna de 88 e protege a democracia brasileira contra a influência do poder econômico, constituindo tal particular, nas palavras do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence, no desafio mais dramático do Direito Eleitoral contemporâneo.

E isso porque nos últimos anos verificou-se uma crise de representatividade no sistema político brasileiro, com um evidente distanciamento entre a classe política e a sociedade civil, que compromete o adequado funcionamento das instituições.

O tema em exame já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650/DF, conforme se analisará.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE O FINANCIAMENTO PRIVADO DE PARTIDOS POLÍTICOS E CAMPANHAS ELEITORAIS NO SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO

Até 1993, a legislação brasileira proibia os partidos políticos de receberem direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, auxílio ou recurso procedente de empresa privada, de finalidade lucrativa, entidade de classe ou sindical, admitindo a doação da pessoa física.

Tal regra culminou por reger a eleição de Fernando Collor de Mello, em 1989, que se tornou o primeiro presidente eleito por voto popular (53,03% dos votos) após o regime militar.

No entanto, no final do ano de 1992, Fernando Collor de Mello acabou por sofrer processo de impedimento, renunciado ao cargo de

² É permitida a doação de dinheiro e valores estimáveis em dinheiro aos partidos políticos e candidatos por pessoas jurídicas e físicas (recursos privados), além de recursos do Fundo Partidário (recursos públicos).

Presidente da República, em razão do envolvimento em esquema de corrupção por uso ilegal de recursos em sua campanha eleitoral.

A Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI então instalada para investigar os fatos concluiu que houve várias doações ilícitas efetuadas por pessoas jurídicas a partidos políticos e campanhas eleitorais naquele pleito eleitoral, o que era vedado pela legislação vigente.

Pontuou a Comissão o seguinte:

Essas proibições [referindo-se ao financiamento privado das campanhas políticas por pessoas jurídicas] têm gerado muitas críticas, por serem consideradas irrealis e fantasiosas, constituindo, segundo alguns, um convite à ilegalidade. Esse ponto tem centralizado as discussões sobre as falhas da legislação, produzindo mesmo a impressão de que a legalização das doações de empresas privadas seria a medida fundamental para a moralização e transparência das campanhas políticas. No entanto, a mera legalização dos recursos utilizados nas campanhas praticamente não mudaria a nossa realidade eleitoral, já que se sabe que a grande maioria das campanhas é movida por recursos ilegais - aquilo que agora é ilegal deixaria de sê-lo, convertendo-se o poder do dinheiro em norma legal. A regulamentação das doações de empresas só faz sentido se acompanhada de normas que as disciplinem, para impedir a distorção da representação política pelo poder econômico. Se admitirmos doações irrestritas e a atuação indiscriminada dos interesses econômicos nas campanhas, estaremos comprometendo a normalidade e a legitimidade das eleições. Não apenas por ferir o princípio da igualdade, já que, evidentemente, os candidatos mais fortes economicamente seriam privilegiados, mas, talvez principalmente, por permitirmos que se elejam bancadas representativas de interesses econômicos particulares, o que atingiria frontalmente o princípio da liberdade - a independência ante as potências financeiras é uma das condições para o livre funcionamento dos partidos políticos. Do contrá-

rio, ter-se-ia o Congresso reduzido a uma bancada de transações entre as grandes empresas. Que isso não é mera especulação infelizmente ficou demonstrado na CPI. Várias doações ilícitas, diretamente a candidatos e, inclusive, a deputados eleitos foram aqui comprovadas, em depósitos nominais, oriundas dos generosos fantasmas. [...] De onde vieram esses recursos? Por outro lado, conforme é demonstrado neste Relatório, entre as notas fiscais emitidas pela EPC (Empresa de Participações e Construções, fundada por PC Farias, em 1985) que foram destacadas pela Receita Federal, como suspeitas de acobertar pagamentos ilegais, temos, entre maio de 90 e novembro do mesmo ano, milhões de dólares em notas de grandes fornecedores de cimento e construtoras: a Norberto Odebrecht pagou à EPC em torno de três milhões e duzentos mil dólares, a Andrade Gutierrez, em torno de um milhão e setecentos mil dólares, o Grupo Votorantim, aproximadamente duzentos e cinquenta mil dólares, apenas neste período. Para que foram feitos esses pagamentos? É lícito pelo menos supor que parte desses recursos tenha ido para campanhas eleitorais, já que não é segredo para ninguém que essas empresas estão entre as maiores interessadas nos resultados eleitorais. Não é demais que nos detenhemos por um momento no papel que as grandes empreiteiras e prestadoras de serviços jogam na cena política em nosso País, já que os pagamentos mencionados levantam a ponta do manto obscuro que envolve suas atividades. O crescimento das grandes empresas construtoras dá-se à sombra do Estado brasileiro, nas últimas décadas, de uma forma tal que essas empresas se encontram hoje firmemente encravadas na estrutura da administração pública. Se no início a relação entre Estado e as firmas era externa, isto é, o Estado controla a obra e a empreiteira a realiza, surgindo a corrupção na medida em que a empresa paga a propina para conseguir a concorrência, ou o governante a pede para entregá-la, hoje (em 1992!) a relação é muito mais complexa. As grandes empreiteiras estabele-

cem prioridades de investimento, atuam na elaboração do orçamento, incluindo seus projetos e descobrindo os caminhos da liberação de verbas, contribuem para a eleição de governantes que lhe sejam simpáticos ou de bancadas que votem seus projetos - enfim, influenciam enormemente na formação dos quadros políticos e administrativos e acabam comandando o orçamento público, como denunciou o Ministro Adib Jatene, logo da sua posse. [...] Chama a atenção, porém, que, se o clamor pela transparência das finanças partidárias atinge as páginas dos jornais, raramente se menciona o fato de que não há sanções estabelecidas para os que infringirem a lei. Se a proibição do financiamento por empresas privadas se converteu em letra morta, é porque não há praticamente riscos em receber ou doar recursos ilegais. Mesmo nos casos comprovados, aqui nesta CPI, de candidatos que receberam recursos ilícitos, a única pena possível seria a de perda do registro da candidatura, à época das eleições, prevista no parágrafo segundo do art. 93. (BRASIL, 1992).

Conforme se percebe a conclusão da CPI foi pela necessidade de autorizar e fixar limites para a contribuição financeira das pessoas jurídicas a partidos políticos e campanhas eleitorais, para evitar que os entes políticos trafeguem pela ilegalidade, margeando enquadramento em típicas figuras do Código Penal brasileiro.

Atento a tais desdobramentos, o Congresso Nacional acabou por aprovar a Lei n. 8.713, em 30.09.1993, que disciplinou a administração financeira das campanhas e estipulou formas de recebimento de recursos pelas campanhas políticas e partidos, autorizando a doação de valores pelas pessoas jurídicas, que disciplinou as eleições de 1994.

A partir de 1995 e 1997, as eleições passaram a ser disciplinadas respectivamente e concomitantemente pelas Leis n. 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) e 9.504/97 (Lei das Eleições), pelas quais manteve-se a possibilidade de doações por parte de pessoas físicas e jurídicas, observados limites específicos dispostos na norma para do-

ação, sem estabelecer um teto de gastos, pois não houve norma disciplinando a matéria, relegando aos próprios partidos políticos estipular o máximo de gastos da campanha. Em resumo, o céu era o limite.

Referidas normas regeram os pleitos eleitorais até 2014. Nesse período, em função da ausência de limites, houve um aumento vertiginoso de gastos nas campanhas eleitorais. Para se ter uma ideia, nas eleições de 2002 os candidatos gastaram no total R\$ 798 milhões de reais, ao passo que no ano de 2012 os gastos superaram R\$ 4,5 bilhões de reais, um aumento superior a 450%. Na eleição de 2012, mais de 90% do valor total arrecadado foi proveniente de doações efetivadas por pessoas jurídicas titulares de contratos com o governo federal.³

No ano de 2010 a vitória de um deputado federal custou em média R\$ 1,1 milhão de reais, de um senador R\$ 4,5 milhões de reais e a de um governador 23,1 milhões de reais, a medida que uma campanha presidencial custou mais de R\$ 300 milhões de reais.⁴

E essa abundância de dinheiro (público) acabou por corromper o sistema político brasileiro. Para confirmar tal assertiva, basta analisar as recentes investigações dos chamados “Mensalão”, e “Petrolão”, além da “Operação Lava Jato”, para perceber uma interferência indevida e espúria do fator monetário no processo eleitoral brasileiro, verdadeira captura do poder político pelo poder econômico efetivado através do financiamento privado de campanhas e partidos políticos por grandes empresas, a maioria delas com estreita ligação com o poder público, o que culminou por sequestrar a democracia brasileira de seu verdadeiro titular, o povo, já que os interesses e prioridades do governo passaram a ser os das financiadoras da campanha.

Nesse sistema, se o candidato não tiver influência política e econômica, suas chances de eleição são remotas.

³ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-anos-antiores>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

⁴ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-anos-antiores>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

Diante desse contexto, de crescente influência do poder econômico sobre o processo político surge a dúvida: no Brasil, quem pode financiar a democracia?

3 O JULGAMENTO DA ADI N. 4.650/DF PELO STF

Conforme antes referido, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de manifestar-se sobre tal questionamento no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em setembro de 2011.

Sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, o julgamento teve início em dezembro de 2013 e desfecho em setembro de 2015.

Nele se questionou a constitucionalidade de alguns dispositivos das Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) e da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições), sobretudo a legalidade dos seguintes tópicos:

(I) Se as pessoas jurídicas podem fazer doações e contribuições até o limite de 2% (dois por cento) do faturamento bruto do ano anterior ao da eleição, ressalvados os casos definidos em lei (Lei nº 9.504/97, art. 81, § 1º);

(II) Se as pessoas jurídicas também podem realizar doações diretamente a partidos políticos, hipóteses em que as agremiações poderão aplicar ou distribuir pelas diversas eleições os recursos financeiros recebidos a candidatos, observados os limites impostos pela legislação (Lei nº 9.096/95, art. 39, *caput*, e § 5º; e Resolução TSE nº 23.376/2012, art. 20, § 2º, II c/c art. 25, *caput* e inciso II);

(III) Se as pessoas naturais podem fazer doações e contribuições em dinheiro para campanhas eleitorais, limitadas a até 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior ao pleito (Lei nº 9.504/97, art. 23, *caput*, e § 1º, I);

(IV) Se as pessoas naturais podem fazer doações e contribuições “estimáveis em dinheiro”, relativas à utilização de bens móveis

ou imóveis de propriedade do doador, desde que o valor não ultrapasse R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) - (Lei nº 9.504/97, art. 23, *caput*, e § 7º);

(V) Se o candidato utilizar recursos próprios, o limite de gastos equivalerá ao valor máximo estabelecido pelo seu partido, na forma da lei (Lei nº 9.504/97, art. 23, *caput*, e § 1º, II);

(VI). Se as pessoas naturais também podem realizar doações diretamente para partidos políticos, hipótese em que as agremiações poderão aplicar ou distribuir pelas diversas eleições os recursos financeiros recebidos, observados os limites impostos pela legislação (Lei nº 9.096/95, art. 39, *caput*, e § 5º; e Resolução TSE nº 23.376/2012, art. 20, § 2º, II c/c art. 25, *caput* e inciso I).

O primeiro grande embate da Corte travou-se em torno do cabimento ou não da ação direta de inconstitucionalidade sobre a matéria em exame, em razão da ausência de disciplina específica sobre a matéria na Constituição Federal.

Por maioria de votos, os Ministros entenderam que muito embora a questão de fundo ostentar matéria de cunho nitidamente político, afeto ao Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal teria campo para efetuar o controle jurisdicional sobre o tema.

Conforme bem apontado pelo Ministro Luiz Fux,

Sem dúvidas, a discussão acerca do financiamento de campanhas se afigura como importante ferramenta dentro dessa engenharia democrática, impactando decisivamente no prélio eleitoral. Daí por que a defesa de uma postura mais ativa do Supremo Tribunal Federal em matérias como a presente não se reduz jamais ao campo estrito da hermenêutica constitucional, exurgindo, antes de tudo, como autêntica questão de modelagem institucional no Estado Democrático brasileiro (STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In.: SARMENTO, Daniel (Org.). Filosofia e Teoria Consti-

tucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 540-544). Em outras palavras, a opção (ou não) por uma atuação judicial mais incisiva se traduz, aqui, como uma metadecisão ou decisão de segunda ordem (“second-order decision”) (SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order decisions. Disponível em www.law.uchicago.edu/files/files/57.CRS.SecondOrder.pdf). [...] Pela sensibilidade da matéria, afeta que é ao funcionamento do processo político-eleitoral, acredito que haja sim terreno amplo o suficiente para viabilizar o escrutínio judicial mais estrito e criterioso sobre as opções exercidas pelas maiorias políticas no seio do Parlamento, instância, por excelência, vocacionada à tomada de decisão de primeira ordem sobre a matéria. Há algumas razões para isso. Inicialmente, repiso que me parece indisputável que a Reforma Política deva ser capitaneada pela classe política, e não pelo Poder Judiciário. Sucede que não se pode olvidar que o produto final deste debate interessa, em alguma medida, aos próprios agentes decisórios que estão no exercício do poder e foram eleitos segundo as regras vigentes. Esse cenário coloca uma questão de sinceridade e realidade institucional, que poderia ser resumida em uma pergunta direta e imediata: é factível confiar única e exclusivamente aos agentes políticos a prerrogativa de reformulação das regras concernentes ao financiamento de campanhas, quando, em verdade, foi o exato sistema em vigor que permitiu a sua ascensão aos cargos que ocupam? A resposta é, a meu juízo, negativa [...] É preciso, pois, cautela para com arranjos institucionais que outorguem a competência para reformá-los exclusivamente àqueles diretamente interessados no resultado dessa reforma. As chances de surgirem disfuncionalidades são autoevidentes. A rigor, tais desenhos não oferecem os incentivos corretos e necessários para que os agentes abandonem o *status quo* e, conseqüentemente, implementem as mudanças essenciais ao aprimoramento das instituições democráticas. [...] No caso em comento, confiar a uma

só instituição, ainda que legitimada democraticamente como o Poder Legislativo, a prerrogativa de reformular a disciplina do financiamento de campanhas pode comprometer a própria higidez do regime democrático [...].⁵

E assim o fez a Suprema Corte, pontuando que embora a CF/88 não contenha em qualquer de suas disposições um tratamento específico no que concerne ao financiamento de campanhas eleitorais, em razão da densidade normativa dos princípios matérias dispostos (Democrático, Republicano e Isonomia) forneceu uma moldura que delimita a atuação do legislador infraconstitucional.

Desta forma, concluíram os ministros que competiria à Corte definir se o legislador, ao permitir o financiamento dos partidos políticos e campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, atuou dentro da moldura constitucional disposta sobre a matéria submetida a exame.

E a resposta da Corte foi negativa. De acordo com a maioria dos Ministros, algumas regras sobre o financiamento privado das eleições previstas nas leis n. 9.096/95 e 9.504/97 são claramente inconstitucionais.

E isso porque as normas questionadas infringem diretamente o disposto no art. 14, § 9º da Constituição Federal, que determina que o Estado garanta a proteção, a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico, o que significa impedir que o resultado das eleições seja norteadado pela lógica do dinheiro e também garantir que o valor político das ideias apresentadas pelo candidato disso não dependa, o que efetivamente não vem ocorrendo conforme antes visto.

Na mesma linha, a Corte entendeu que o exercício de direitos políticos é incompatível com a essência das pessoas jurídicas, pois se não podem votar, ser votadas e influir na formação da vontade po-

⁵ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginadorjsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

lítica através de instrumentos da democracia direta com o referendo, plebiscito e iniciativa popular, não estariam autorizadas a participar do processo político, sob pena de ofender os Princípios Democrático e Republicano (art. 1º *caput* e § único da CF).

Acrescentou a Corte que a pessoa jurídica tem apenas interesse financeiro no desfecho do processo eleitoral, enquanto o pessoal natural tem dignidade,⁶ que é a base, o ponto fundamental da democracia.

Por fim, assinalou a Suprema Corte que as normas também são inconstitucionais em razão de ofensa ao Princípio da Isonomia (art. 5º, *caput* da CF), visto que a Lei das Eleições proibiu algumas pessoas jurídicas de efetuar doações a candidatos e partidos políticos, o que não é razoável.⁷

Em defesa da constitucionalidade das normas impugnadas, seus defensores arguiram a necessidade da proteção à liberdade de expressão e à liberdade econômica das pessoas jurídicas, que não poderiam ser tolhidas desses direitos, conforme previsão constitucional.

O Tribunal Supremo afastou tais teses, ao argumento de que embora o ato de doar dinheiro a uma campanha política possa configurar manifestação de preferência ideológica, na imensa maioria dos casos não é o que ocorre, porque o que se percebe na prática é que as empresas efetuam doação à maioria dos participantes do certame, quando não a todos, inclusive rivais com identidade programática distinta. Ainda, pontuou que o ato de doar da pessoa jurídica não

⁶ Segundo Sarlet (2009), “Tem-se por dignidade humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano e que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

⁷ Como bem explica Alexy (2008), “a assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado legal de igualdade como um princípio de igualdade, que *prima facie* exige tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos.”

pode ser concebido como exercício da liberdade de expressão, mas sim como ação voltada à obtenção de possíveis favores dos eleitos.

Nessa linha também se disse que inexistente ofensa à liberdade econômica pois as regras do financiamento eleitoral em nada interferem nas atividades econômicas dos doadores, que podem utilizar seu patrimônio bem como desejarem.

Em síntese, concluiu o Supremo Tribunal Federal que algumas regras dispostas nas Leis n. 9.096/95 e 9.504/97 são inconstitucionais, no ponto em que autorizam a doação de valores por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais e partidos políticos, verberando em várias oportunidades que no Brasil, quem financia a democracia são as grandes empresas, o que resulta na plutocratização da política brasileira, pois pelo sistema atual há irrefragável dependência de partidos políticos e candidatos ao capital das empresas, o que consubstancia em fator de desequilíbrio nos certames eleitorais, e permite a captura do sistema político pelo capital econômico. Por conseguinte, deve ser coibido.

Em relação à doação de pessoas naturais, entendeu o STF pela necessidade de se instituir um limite por cidadão e um teto máximo de gastos de campanha, mas relegou tal análise ao parlamento, o que deveria ser efetivado em um prazo de 18 meses.

De qualquer sorte, a Corte Superior não travou o diálogo sobre a matéria, não encerrando decisão definitiva sobre o tema, mas mantendo aberto o canal de comunicação com os atores do sistema político, visando a elaboração de um modelo constitucionalmente adequado para o financiamento de campanhas, ressaltando a urgente necessidade de efetivação de uma reforma política.

E aparentemente tal iniciativa surtiu efeito.

4 MUDANÇAS EFETIVADAS NO SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO APÓS O INÍCIO DO JULGAMENTO DA ADI N. 4.650/DF

Conforme antes referido, o julgamento da ADI n. 4.650/DF teve início em dezembro de 2013 e desenredo apenas em setembro de 2015, e isso em função dos naturais pedidos regimentais de vista, por compreender matéria constitucional com potencial para influenciar o futuro da democracia brasileira.

Durante os quase dois anos de tramitação, o Poder Legislativo não se manteve alheio às discussões e acabou por elaborar e aprovar no Congresso Nacional e no Senado Federal a Lei n. 13.165/2015, também chamada de minirreforma eleitoral, que restou sancionada pela então Presidente da República em 29 de setembro de 2015.

Tal reforma, ouvindo as vozes das ruas (ou seria do Supremo Tribunal Federal? Ou talvez da Operação Lava-jato?), fulminou a possibilidade do aporte financeiro a candidatos e partidos políticos por pessoas jurídicas. Ainda, apesar de manter a possibilidade de doação de pessoas naturais até 10% dos rendimentos brutos obtidos no ano anterior a eleição, limitou o valor das campanhas para até 70% do valor gasto na última eleição, se tiver havido só um turno; até 50% do gasto da eleição anterior se tiver havido dois turnos. Havendo segundo turno o limite de gastos será de 30% daquele realizado no primeiro turno.

Ainda, nos municípios com até 10 mil eleitores o teto de gastos de campanha foi estipulado em até R\$ 100 mil reais para as majoritárias e R\$ 10 mil reais para as proporcionais.

Por fim definiu-se que os tetos de gastos serão divulgados pela Justiça eleitoral até 20 de julho do ano da eleição e atualizados monetariamente pelo INPC para as eleições subsequentes, instituindo sanção por excesso de gastos na campanha eleitoral, consistente em multa equivalente a 100% da quantia que ultrapassar o limite de gastos, sem prejuízo da apuração da existência de abuso do poder econômico.

Ou seja, entre outras alterações, a normativa manteve o sistema misto de financiamento de campanhas eleitorais e partidos políticos no Brasil, permitindo o aporte financeiro privado por pessoas naturais e o aporte público, através do Fundo Partidário,⁸ estabelecendo limites certos e determinados para os gastos totais da campanha, tudo sob pena de pagamento de multa além da sanção por crime de abuso do poder econômico.

Ao que parece, tais mudanças começaram a surtir os efeitos ansiados pela sociedade brasileira. E isso porque as novas regras passaram a vigor a partir das eleições municipais de 2016 e segundo estudo dos economistas Eric Avis, Claudio Ferraz, Frederico Finan e Carlos Varjão publicado pelo National Bureau of Economic Research (respeitado centro de pesquisa norte americano) e reproduzida de forma resumida pela Folha de São Paulo, a adoção de tetos que limitem os gastos políticos em campanhas eleitorais é positiva para a democracia pois a competição eleitoral cresce onde o teto de gastos é menor.

De acordo com o citado estudo, a nova legislação criou cenários distintos para os gastos dos candidatos em municípios semelhantes [...] Eles descobriram três impactos significativos: em cidades com limites mais restritivos, o número de candidatos foi maior, houve menos vitórias do concorrente mais rico e a taxa de reeleição também foi menor. “Os resultados mostram que a concorrência aumentou e ficou mais equitativa, o que parece bom para a democracia”, diz Ferraz, da PUC-Rio. Segundo o estudo, um teto de gastos 25% menor leva a um crescimento de 9% no número de candidatos a prefeito. Outro efeito uma queda de 40% na renda média dos concorrentes. Os pesquisadores levantam a hipótese de que o limite mais rígido esti-

⁸ De acordo com o Tribunal Superior Eleitoral, “O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos, denominado Fundo Partidário, é constituído por dotações orçamentárias da União, multas, penalidades, doações e outros recursos financeiros que lhes forem atribuídos por lei.” Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/fundo-partidario>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

mula a participação de candidatos que, em outro cenário, considerariam impossível concorrer com oponentes de maior poder de arrecadação. O estudo também mostrou que, nas cidades com gastos menos contidos, a reeleição dos então prefeitos ficou 11 pontos percentuais acima da dos sujeitos a mais restrição. Além disso, governantes que se reelegeram sob tetos de gasto menos rígidos tiveram fatias de votos maiores que os reeleitos sob mais restrito nas despesas. Uma das hipóteses que o teto mais baixo para os gastos restringe o efeito do uso da máquina pública na campanha dos incumbentes que buscam continuar no cargo. "**DINHEIRO IMPORTA**" Ferraz diz esperar que a pesquisa contribua para a discurso sobre como regular dinheiro em política, um dos temas mais discutidos em democracias: "Quem pode contribuir? Com quanto? Como gastar? Há limites?" O trabalho foi motivado por essas questões, tendo em vista duas vertentes diferentes, a americana e a britânica. Nos Estados Unidos, a legislação limita o valor que cada um pode doar individualmente, mas não permite teto para o gasto dos candidatos. Já em países como Reino Unido e Canadá, a Justiça entende que o dinheiro gera desigualdade e impõe limites para gastos, como no Brasil. "Nosso trabalho mostra que o dinheiro de fato importa, e que há impacto sobre o equilíbrio político como um todo", afirma Ferraz. "No se trata apenas de quanto o candidato pode gastar, mas de quem será candidato e com que chances de se eleger." O estudo publicado pela NBER é único porque permite comparar resultados em um mesmo país e em uma mesma eleição. O mais comum é que estudos desse tipo comparem diferentes nações ou, num mesmo país, dois momentos, antes e depois da adoção de novas regras. Isso é possível, diz Ferraz, porque o Brasil tem condições específicas que fazem do país um "excelente laboratório" para pesquisas sobre eleições e política. Uma delas a frequente mudança nas leis, com regras que não são aplicadas de forma equitativa. É essa diferença que permite comparar universos semelhantes, mas sujeitos a condições diferentes. Outro aspecto que facilita os estudos no

Brasil é que a Justiça Eleitoral registra e divulga informações - como gênero, renda e escolaridade - de todos os concorrentes, e não só dos vencedores, como em outros países. [...] O trabalho mostra que, onde o limite era mais rígido, reduziu-se o gasto médio das campanhas e 75% dos recursos vieram dos próprios candidatos. "A questão é quanto há de caixa 2 e como foi a substituição do investimento de empresas, hoje proibido".⁹

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, o financiamento privado de partidos políticos e campanhas eleitorais por pessoas jurídicas mostrou-se extremamente nocivo à democracia brasileira, em razão de que o sistema político acabou sequestrado e corrompido pelo poder do dinheiro e regido por interesses privados.

De acordo com os dados levantados, aproximadamente 90% do dinheiro utilizado para irrigar os partidos e as milionárias campanhas políticas é oriundo de um pequeno grupo de empresas privadas que possuem contratos públicos com o governo. Tal dado é assustador, ainda mais quando investigações apontam que houve o desvio de bilhões de reais em verbas públicas para a compra de apoio político, relegando o exercício do poder às classes mais abastadas da sociedade, que governam de acordo com seus interesses e de seus financiadores.

Na maioria dos casos, a política se tornou um ótimo negócio no Brasil, fonte de enriquecimento fácil pelos detentores do poder, que ao alvedrio das mais mezinhas regras de direito constitucional e administrativo, passaram a tratar o público como privado, como o

⁹ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/06/1893756-competicao-eleitoral-cresce-onde-teto-de-gastos-e-menor.shtml>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

“Homem Cordial” descrito por Sérgio Buarque Holanda no clássico *Raízes do Brasil*.

O certo é que o legislador, imbuído pelo grito das ruas, pelas vozes do Supremo Tribunal Federal ou quem sabe pela espada da justiça, em um bom momento proibiu a ingerência do dinheiro privado de empresas nas campanhas eleitorais, mantendo a possibilidade do financiamento pelo próprio cidadão, mediante um limite máximo de gastos, o que aparentemente representa a devolução da democracia ao seu verdadeiro titular, o povo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito Destinada a Apurar Fatos Contidos nas Denúncias do Sr. Pedro Collor de Mello Referentes às Atividades do Sr. Paulo Cesar Cavalcante Farias, Capazes de Configurar Ilícitude Penal. Relatório final. Brasília, DF, 1992.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ISBN 9788584221530



9 788584 221530