

JUS SCRIPTUM'S
**INTERNATIONAL
JOURNAL OF LAW**
REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO

a. 18 • v. 8 • n. 3-4 • 2023

- 6 Editorial
- 15 **Daniel Freire e Almeida**
Fake news e sua regulação em escala global
- 48 **Rafael Junior Soares**
Constitucionalismo democrático e o efeito backlash: o caso da execução provisória da pena
- 69 **Ana Elizabeth Neirão Reymão e Suzy Elizabeth Cavalcante Koury**
Mudanças climáticas, bioeconomia e trabalho decente na Amazônia
- 107 **Marcelo Labanca Corrêa de Araújo e Juliana do Rêgo Barros Valois**
Direito à Inclusão Cultural no Plano Subnacional: Uma Análise Comparativa da Legislação Estadual para Incentivo ao Cinema no Brasil entre 2017 e 2021
- 148 **Sergio Torres Teixeira e Mayara Schwambach Walmsley**
Um leito e trezentas vidas: o protagonismo do Judiciário e a inconsistência da jurisprudência no Estado de Pernambuco, Brazil
- 178 **Carlos Diego Peixoto de Souza**
Limitação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais (Artigo 5.º, LXXIX): da constitucionalidade do substitutivo ao Projeto de Lei n.º 118/2021
- 243 **Homenagem do Núcleo de Estudo Luso Brasileiro ao Professor Doutor Pedro Romano Martinez em Sessão Solene do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**

JUS SCRIPTUM'S
**INTERNATIONAL
JOURNAL OF LAW**
REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO

Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

2023
a. 18 v.8 n. 3-4

Jus Scriptum's International Journal of Law

Revista Internacional de Direito do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Ano 18 • Volume 8 • Número 3-4 • Julho-Dezembro 2023

Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

Equipe Editorial

Diretor da Revista – Editor-In-Chief

Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Jordano Paiva, Diretor Científico do NELB
Alysson Bezerra Miranda, Diretor Científico do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo
Caio Guimarães Fernandes
Camila Franco Henriques
Leonardo Castro de Bone
Maria Amélia Renó Casanova
Maria Vitória Galvan Momo
Paulo Gustavo Rodrigues
Samara Machado Sucar
Suelen Augusta da Cunha

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
André Saddy, Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (BRA)
Eduardo Vera-Cruz Pinto, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Edvaldo Brito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (BRA)
Fernanda Martins, Universidade do Vale do Itajaí (BRA)
Francisco Rezek, Sociedade de Advogados (BRA)
Janaina Matida, Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado (CHI)
Lilian Márcia Balmant Emerique, Faculdade Nacional de Direito - UFRJ (BRA)
Luciana Costa da Fonseca, Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA (BRA)

Maria Cristina Carmignani, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (BRA)
Maria João Estorninho, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Rosado Pereira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Vaz Freire, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Rute Saraiva, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Sergio Torres Teixeira, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (BRA)
Susana Antas Videira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

Corpo de Avaliadores – Review Board

Anjuli Tostes Faria Melo
Camila Franco Henriques
Carla Valério
Caroline Lima Ferraz
César Fiuza
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Leonardo Castro de Bone
Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Renato Sedano Onofre
Sílvia Gabriel Teixeira
Thais Cirne
Vânia dos Santos Simões

Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da Universidade de Lisboa

Gestão 2022-2023

Assembleia Geral

Leandra Souza, Presidente
Joice Bernardo, Primeira-Secretária
Mylla Purcinelli, Segunda-Secretária

Direção Geral

Diretoria Executiva

André Brito, Presidente
Joice Bernardo, Secretária Executiva
Patrícia Almeida, Tesoureira

Diretoria Científica

Alysson Bezerra, Diretor
Jordano Paiva, Diretor

Cláudio Cardona, Diretor da Revista Jus Scriptum
Thiago Santos Rocha, Observador Externo do Conselho Editorial

Diretoria de Eventos

Maria Eduarda Pinheiro, Diretora
Talita Amaral, Diretora

Diretoria de Comunicação

Andressa Mota, Diretora
Élder Neves, Diretor

Diretoria de Apoio Pedagógico

Ana Alcântara, Diretora

Conselho Fiscal

Jeferson Nicolau, Presidente

Mylla Purcinelli, Secretária

Clarisse Marsicano, Vogal

Conselho de Presidentes

Cláudio Cardona, Presidente

Leandra Souza

Elizabeth Lima

EDITORIAL

Leader

Na presente edição da "Jus Scriptum's International Journal of Law", publicação do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, temos a honra de apresentar uma série de artigos que refletem a dinâmica e a complexidade do Direito em um contexto globalizado. Estamos diante de um período de transições e desafios sem precedentes, em que a interação entre diferentes sistemas jurídicos e a necessidade de compreender fenômenos transnacionais se tornam cada vez mais prementes. Nesta edição, exploramos temas que vão desde a regulação global das fake news até as nuances do direito à inclusão cultural, passando pelos desafios impostos pelas mudanças climáticas e a evolução da jurisprudência no contexto da pandemia de Covid-19.

Um dos destaques desta edição é o artigo de Daniel Freire e Almeida sobre "Fake News e Sua Regulação em Escala Global". Neste trabalho, o autor aborda com perspicácia as implicações jurídicas das fake news, um fenômeno que desafia as fronteiras tradicionais do Direito e exige uma compreensão mais aprofundada do papel da Internet e das redes sociais na disseminação de informações. O artigo oferece uma análise crítica sobre como as fake news afetam a ordem pública e a democracia, e sugere diretrizes para uma regulação eficaz que respeite os princípios de liberdade de expressão e informação.

Por outro lado, Rafael Junior Soares, em "Constitucionalismo Democrático e o Efeito Backlash", traz uma reflexão pertinente sobre as consequências das decisões do Supremo Tribunal Federal, utilizando como exemplo a execução

provisória da pena no Brasil. Este artigo evidencia como decisões judiciais podem gerar reações adversas na sociedade e influenciar o processo legislativo, demonstrando a complexa relação entre a jurisprudência constitucional e a dinâmica política e social.

No campo do Direito Ambiental e do trabalho, Ana Elizabeth Neirão Reymão e Suzy Elizabeth Cavalcante Koury apresentam um estudo sobre "Mudanças Climáticas, Bioeconomia e Trabalho Decente na Amazônia". Este trabalho lança luz sobre a importância de se considerar as dimensões socioambientais e econômicas na busca por um desenvolvimento sustentável na região amazônica. Os autores argumentam a favor de uma abordagem que valorize o diálogo intercultural e a inclusão de comunidades tradicionais na formulação de políticas públicas, destacando a relevância do trabalho decente neste contexto.

A edição também aborda questões de direitos culturais com o artigo de Marcelo Labanca Corrêa de Araújo e Juliana do Rêgo Barros Valois, intitulado "Direito à Inclusão Cultural no Plano Subnacional: Uma Análise Comparativa da Legislação Estadual para Incentivo ao Cinema no Brasil entre 2017 e 2021". Este estudo oferece uma análise detalhada das políticas legislativas estaduais brasileiras voltadas para o fomento do cinema, ilustrando como essas iniciativas refletem a aplicação prática dos direitos culturais assegurados pela Constituição Federal de 1988. Através de uma perspectiva comparativa, os autores demonstram a importância da autonomia estadual no fomento à cultura, contribuindo para a consolidação do direito fundamental à inclusão cultural.

Em "Um Leito e Trezentas Vidas: O Protagonismo do Judiciário e a Inconsistência da Jurisprudência no Estado de Pernambuco, Brasil", Sergio Torres Teixeira e Mayara Schwambach Walmsley discutem o papel do Judiciário frente

aos desafios impostos pela pandemia de Covid-19. Este artigo analisa a judicialização da saúde em Pernambuco, ressaltando as implicações das decisões judiciais e a inconsistência jurisprudencial em um momento crítico de crise sanitária. O trabalho reflete sobre a importância de um sistema judiciário coeso e alinhado aos princípios constitucionais, especialmente em contextos de emergência.

Por fim, Carlos Diego Peixoto de Souza, em "Limitação ao Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais: Da Constitucionalidade do Substitutivo ao Projeto de Lei N.º 118/2021", aborda um tema de crescente relevância no cenário jurídico contemporâneo. Este trabalho analisa a tensão entre a proteção de dados pessoais e a necessidade de acesso a esses dados por autoridades em casos específicos, como em situações de sequestro. O autor examina a constitucionalidade do projeto de lei em questão, ponderando sobre os limites da restrição de direitos fundamentais e os desafios de equilibrar segurança e privacidade na era digital.

Além dos artigos, esta edição é marcada pela homenagem ao Professor Doutor Pedro Romano Martinez, uma figura emblemática no Direito Luso-Brasileiro. Sua contribuição acadêmica e seu legado como educador, autor e líder são reconhecidos e celebrados em um tributo especial. Através de seu trabalho incansável e sua dedicação ao ensino do Direito, o Professor Martinez deixou uma marca indelével na formação de juristas e na promoção do intercâmbio jurídico entre Portugal e Brasil.

A homenagem ao Professor Doutor Pedro Romano Martinez ressalta não apenas sua excelência acadêmica e contribuições literárias, mas também seu papel como uma ponte entre as culturas e sistemas jurídicos de Portugal e Brasil. Sua

liderança na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e seu envolvimento no Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro foram cruciais na formação de uma geração de juristas conscientes e preparados para enfrentar os desafios de um mundo jurídico em constante mudança. Através de sua abordagem pedagógica inovadora e seu compromisso com a excelência, ele deixou um legado duradouro que continuará a inspirar estudantes e profissionais do Direito por muitos anos.

Esta edição da "Jus Scriptum's International Journal of Law" representa um mosaico de ideias e análises que refletem a riqueza e a diversidade do pensamento jurídico contemporâneo. Os artigos selecionados demonstram a importância do diálogo contínuo entre diferentes áreas do Direito, abordando temas atuais e urgentes que ressoam além das fronteiras nacionais. Cada contribuição traz uma perspectiva única, oferecendo insights valiosos e promovendo um entendimento mais profundo dos desafios jurídicos e sociais que enfrentamos hoje.

Em um mundo cada vez mais interconectado, a relevância de uma revista jurídica internacional como a "Jus Scriptum's" se torna ainda mais evidente. Ao proporcionar uma plataforma para a disseminação de conhecimento jurídico e o intercâmbio de ideias entre diferentes culturas jurídicas, contribuímos para a construção de um entendimento jurídico mais inclusivo e globalizado. Esta edição é um testemunho do nosso compromisso com a excelência acadêmica e com o fortalecimento dos laços entre as comunidades jurídicas de Portugal e Brasil.

Encerramos este editorial com um sentimento de gratidão aos autores por suas contribuições enriquecedoras e um agradecimento especial à memória do Professor Doutor Pedro Romano Martinez, cujo espírito de dedicação e paixão pelo Direito continua a iluminar o caminho de todos nós na comunidade jurídica luso-brasileira. Que esta edição inspire não apenas o debate acadêmico, mas também a

reflexão crítica e o compromisso contínuo com a justiça e a integridade no campo do Direito.

Cláudio Cardona¹
Diretor da Revista

In the current edition of the "Jus Scriptum's International Journal of Law", a publication of the Brazilian Center for Studies and Research (NELB) at the Faculty of Law of the University of Lisbon, we are honoured to present a collection of articles that reflect the dynamism and complexity of Law in a globalized context. We find ourselves in an era of unprecedented transitions and challenges, where the interaction between different legal systems and the need to comprehend transnational phenomena become ever more pressing. In this edition, we explore themes ranging from the global regulation of fake news to the nuances of the right to cultural inclusion, traversing the challenges posed by climate change and the evolution of jurisprudence in the context of the Covid-19 pandemic.

A highlight of this edition is Daniel Freire e Almeida's article on "Fake News and Its Regulation on a Global Scale". In this work, the author astutely addresses the legal implications of fake news, a phenomenon that challenges the traditional boundaries of Law and requires a deeper understanding of the role of the Internet and social networks in the dissemination of information. The article offers a critical analysis of how

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Especialista pós-graduado em Processo Civil Contemporâneo e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Conselheiro Académico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Presidente do Conselho de Presidentes do Núcleo de Estudos Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Diretor da Revista International Journal of Law, do mesmo Núcleo. Advogado e consultor jurídico.

Foi Conselheiro Pedagógico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2019-21), Diretor (2018-19), Presidente (2019-20) e Presidente da Assembleia (2020-21) do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vice-Presidente do Núcleo de História do Direito também da FDUL (2020-21) e Vice-Presidente do Núcleo Académico de Lisboa do IBDFAM (2019-2020).

fake news affects public order and democracy, suggesting guidelines for effective regulation that respect the principles of freedom of expression and information.

Conversely, Rafael Junior Soares, in "Democratic Constitutionalism and the Backlash Effect", presents a pertinent reflection on the consequences of decisions made by the Brazilian Supreme Court, using the provisional execution of sentences in Brazil as an example. This article highlights how judicial decisions can elicit adverse reactions in society and influence the legislative process, demonstrating the complex relationship between constitutional jurisprudence and political and social dynamics.

In the field of Environmental Law and labour, Ana Elizabeth Neirão Reymão and Suzy Elizabeth Cavalcante Koury present a study on "Climate Change, Bioeconomy, and Decent Work in the Amazon". This work sheds light on the importance of considering the socio-environmental and economic dimensions in the pursuit of sustainable development in the Amazon region. The authors argue for an approach that values intercultural dialogue and the inclusion of traditional communities in public policy formulation, highlighting the relevance of decent work in this context.

This edition also addresses cultural rights issues with the article by Marcelo Labanca Corrêa de Araújo and Juliana do Rêgo Barros Valois, titled "Cultural Inclusion at the Subnational Plan: A Comparative Analysis of State Legislation for the Incentive of Cinema in Brazil between 2017 and 2021". This study provides a detailed analysis of Brazilian state legislative policies aimed at promoting cinema, illustrating how these initiatives reflect the practical application of cultural rights guaranteed by the Federal Constitution of 1988. Through a comparative perspective, the authors demonstrate the importance of state autonomy in fostering culture, contributing to the consolidation of the fundamental right to cultural inclusion.

In "A Bed and Three Hundred Lives: The Judiciary's Protagonism and the Inconsistency of Jurisprudence in the State of Pernambuco, Brazil", Sergio Torres Teixeira and Mayara Schwambach Walmsley discuss the role of the Judiciary in addressing the challenges posed by the Covid-19 pandemic. This article analyses the judicialisation of health in Pernambuco, underscoring the implications of judicial decisions and the inconsistency of jurisprudence during a critical public health crisis. The

work reflects on the importance of a cohesive judicial system aligned with constitutional principles, especially in emergency contexts.

Finally, Carlos Diego Peixoto de Souza, in "Limitation to the Fundamental Right to Protection of Personal Data: The Constitutionality of the Substitute for Draft Law No. 118/2021", tackles a topic of increasing relevance in contemporary legal discourse. This work examines the tension between the protection of personal data and the necessity of access to such data by authorities in specific cases, such as in kidnapping scenarios. The author scrutinises the constitutionality of the proposed law, weighing up the limits of restricting fundamental rights and the challenges of balancing security and privacy in the digital age.

In addition to the articles, this edition is marked by a tribute to Professor Doctor Pedro Romano Martinez, an emblematic figure in Luso-Brazilian Law. His academic contribution and legacy as an educator, author, and leader are recognised and celebrated in a special homage. Through his tireless work and dedication to the teaching of Law, Professor Martinez has left an indelible mark on the training of jurists and the promotion of legal interchange between Portugal and Brazil.

The homage to Professor Doctor Pedro Romano Martinez underscores not only his academic excellence and literary contributions but also his role as a bridge between the cultures and legal systems of Portugal and Brazil. His leadership at the Faculty of Law of the University of Lisbon and his involvement in the Luso-Brazilian Study Centre were pivotal in shaping

a generation of jurists who are conscious and prepared to face the challenges of an ever-changing legal world. Through his innovative pedagogical approach and commitment to excellence, he has left a lasting legacy that will continue to inspire students and legal professionals for many years to come.

This edition of the "Jus Scriptum's International Journal of Law" represents a mosaic of ideas and analyses that reflect the richness and diversity of contemporary legal thought. The selected articles underscore the importance of ongoing dialogue between different areas of Law, addressing current and pressing themes that resonate beyond national borders. Each contribution brings a unique perspective, offering valuable insights and fostering a deeper understanding of the legal and social challenges we face today.

In an increasingly interconnected world, the relevance of an international legal journal such as "Jus Scriptum's" becomes even more apparent. By providing a platform for the dissemination of legal knowledge and the exchange of ideas between different legal cultures, we contribute to the building of a more inclusive and globalized legal understanding. This edition is a testament to our commitment to academic excellence and to strengthening the ties between the legal communities of Portugal and Brazil.

We conclude this editorial with a sense of gratitude to the authors for their enriching contributions and a special thanks to the memory of Professor Doctor Pedro Romano Martinez, whose spirit of dedication and passion for Law continues to illuminate the path for all of us in the Luso-Brazilian legal community. May this edition not only inspire academic debate but also critical reflection and continued commitment to justice and integrity in the field of Law.

ARTIGOS CIENTÍFICOS

FAKE NEWS E SUA REGULAÇÃO EM ESCALA GLOBAL

Fake News and its Regulation on a Global Scale

Daniel Freire e Almeida*

Resumo: O presente artigo analisa os aspectos conceituais das fake news, e seus impactos no ambiente digital. No mesmo sentido, apresenta um panorama das características desafiadoras da Internet ao Direito. Como ponto finalístico, traça diretrizes para a regulação das fake news em escala global. Para tanto, o ensaio está dividido em cinco partes. Primeiramente, introduz o tema na esfera jurídica, com sua problemática no contexto digital. Em seguida, trata das fake news, incluindo casos representativos de sua relevância hodierna. Em sede do terceiro capítulo, eleva algumas características da Internet que representam desafios ao ambiente regulatório, com ênfase para a globalidade da Internet, a digitalização de provas, a internacionalidade dos atores, incluindo empresas, usuários e dados, e o impacto das notícias falsas no ambiente digital. Como ponto central, apresenta diretrizes e critérios para a regulação das fake news em nível global. Por derradeiro, desenvolve considerações finais sobre o tema.

Palavras-chave: Fake News; Regulação Global; Direito Internacional; Direito Digital.

Abstract: This article analyzes the conceptual aspects of fake news, and its impacts on the digital environment. In the same sense, it presents an overview of the challenging characteristics of the Internet to Law. As a final point, it outlines guidelines for the regulation of fake news on a global scale. Therefore, the essay is divided into five parts. First, it introduces the subject in the legal sphere, with its problematic in the digital context. It then deals with fake news, including representative cases of its current relevance. In the third chapter, it raises some characteristics of the Internet that pose challenges to the regulatory environment, with emphasis on the globality of the Internet, the digitization of evidence, the internationality of actors, including companies, users and data, and the impact of fake news on the digital environment. As a central point, it presents guidelines and criteria for the regulation of fake news at a global level. Finally, it develops final considerations on the subject.

Keywords: Fake News; Global Regulation; International Law; Digital Law.

Sumário: 1. Introdução; 2. Fake News; 3. Características desafiadoras da Internet e do ambiente digital; 4. A regulação de Fake News em Escala Global; 5. Considerações finais; Referências bibliográficas.

1. Introdução

Uma nova dimensão digital surge para o Direito Internacional, estabelecendo cenário que clama por soluções regulatórias e judiciais¹.

De fato, entre os novos paradigmas do Direito Internacional, em que se discute a necessidade deste ramo do Direito participar das novas questões que afloram, está o ambiente digital².

Neste desenrolar, ao longo do tempo, o Direito Internacional foi chamado a responder a inúmeros desafios, em diferentes cenários. Primeiramente, na dimensão dos territórios, apresentava soluções para conflitos fronteiriços, tratados internacionais conciliatórios, cooperação internacional, aspectos fiscais e de paz

* Daniel Freire e Almeida é um advogado e acadêmico com ampla formação e experiência no Direito Internacional. Possui Pós-Doutorado pela Georgetown University, Law Center, em Washington DC, Estados Unidos da América (2015-2017). Concluiu seu Doutorado em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, com reconhecimento e revalidação pela Universidade de São Paulo-USP (2008-2012), e também detém um Mestrado na mesma área e instituição, igualmente reconhecido pela USP (1999-2002). Atualmente, é Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Doutorado e Mestrado) em Direito na Universidade Católica de Santos, São Paulo, Brasil. Paralelamente, exerce a advocacia, tanto no Brasil quanto no exterior, especializando-se em Direito Internacional, Direito Digital, Direito Desportivo e Direito Espacial.

¹ O presente texto é baseado em nossa Conferência, intitulada de “O Combate às Fake News em Escala Internacional”, por ocasião do encerramento do II Congresso Luso-Brasileiro de Direito Internacional Público | Os Novos Paradigmas do Direito Internacional Público. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Portugal, 2023.

² Vide FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *International Law under a new Digital Dimension*. CIFILE-Canadian Journal of International Law. Volume 1, Issue 1, Summer 2019. Disponível em: http://www.cifilejournal.com/article_94053_950bffb78a3daaf441afc9fdd284653c.pdf

entre as nações. Mais à frente, a iniciativa dos portugueses, espanhóis, e italianos, integrou o mundo através das navegações, com o mar tornando-se o cenário onde se delimitariam questões de soberania, comércio internacional, imigração, envolvendo definições para o mar territorial, a zona econômica exclusiva, entre muitos outros institutos.

Nesta sequência, com a ajuda de Alberto Santos Dumont, na França, e dos irmãos Wright nos Estados Unidos da América, tivemos o espaço aéreo como novo contexto a ser delimitado pelo Direito Internacional. Também, no século XX, principalmente na segunda parte, o espaço extra-atmosférico foi o caminho para que o Direito Internacional elevasse cinco tratados, basilares para a regulação do espaço³.

Agora, destaca-se, que a dimensão é outra, é a digital. A Internet passou a ser o veículo que proporciona a constituição da nova dimensão digital. Sendo assim, o Direito em geral, e mais especificamente o Direito Internacional, foi chamado para procurar estabelecer as relações entre as partes.

Em especial, neste contexto digital, emergem as fake news como novo desafio a ser compreendido e regulado internacionalmente.

Por conseguinte, este artigo tem endereço certo: estabelecer aspectos conceituais das fake news, apresentando algumas das principais características peculiares da Internet e do ambiente digital, e estabelecer diretrizes de regulação e judicialização desta nova problemática em âmbito global.

³ Vide United Nations Office for Outer Space Affairs. *International Space Law: United Nations Instruments*. Disponível em: https://www.unoosa.org/oosa/oosadoc/data/documents/2017/stspace/stspace61rev.2_0.html .

Neste sentido, o primeiro capítulo busca conceituar as notícias falsas e trazer os principais fatores que contribuem para a sua disseminação e impactos. No segundo tópico, as peculiares características desafiadoras da Internet e do ambiente digital serão elevadas, com o objetivo de estabelecer critérios a serem considerados para a ordenação jurídica internacional deste inovador problema. Por fim, no capítulo terceiro, buscar-se-á apresentar algumas diretrizes para a regulação das fake news em escala global.

1. Fake News

Em constante desenvolvimento nas últimas décadas está o ambiente digital, com profundas transformações que demonstram que a Internet passou a fazer parte do cotidiano de todos nós. De fato, a Internet, e suas múltiplas utilidades, representa uma porção significativa de nossas vidas no contexto social, no âmbito comercial, e também laboral. Logo, percebemos que estamos cada vez mais próximos uns dos outros em virtude das inovações tecnológicas. A este respeito, a Internet veio a integrar o planeta, de maneira impensável anteriormente, e vem servindo como condutora das novas tecnologias globais, tornando o mundo, também, um ambiente digital⁴.

Como decorrência, então, temos hodiernamente a possibilidade de inúmeras aplicações em relações sociais e em relações jurídicas, provocando atos, fatos jurídicos, que então despertam o interesse de estudiosos em todas as searas, em todas as ciências. Mas o que começa, pois, a se alinhar à questão específica do Direito Internacional é que com a Internet o mundo ficou maior, quer dizer,

⁴ Vide BASTOS, Alder Thiago. *O Reconhecimento da Dimensão Autônoma do Meio Ambiente Digital em um Contexto Global*. New York: Lawinter Editions, 2023.

conseguimos chegar mais longe, na distância de um clique. Assim, nos integrarmos, nos conectarmos, estabelecemos relações internacionais mais facilmente. Contudo, ao mesmo tempo e de forma paradoxal, o mundo também ficou menor. De fato, basta uma simples conexão e nós estamos lá e cá ao mesmo tempo.

Todos esses fenômenos que vão sendo acompanhados pela juridicidade, permitem vislumbrar contatos internacionais, relações internacionais, contratos internacionais, importações e exportações. O cenário se ampliou, e este momento da história é aquele em que estamos nos encontrando novamente, ou seja, aquilo que os portugueses iniciaram com as navegações, aproximando pontos distantes da Terra que estavam sem comunicação há milênios, agora estão à distância de um “enter”. Por conseguinte, estamos cada vez mais nos comparando, aprendendo uns com os outros, e percebendo que essa nova era é a das questões globais, dos desafios internacionais.

Em consequência, o Direito procura dar a sua contribuição, na medida em que, de um lado, temos enormes oportunidades, possuindo a Internet um potencial imenso de aproveitamento dos seus benefícios, das suas virtualidades. Mas, de outro, temos implicações jurídicas que são crescentes, tanto para as questões envolvendo pessoas, como para as empresas, no âmbito nacional, internacional e global.

Contudo, o jurista menos atento, por vezes, tem a tendência de afirmar que o Direito já tem instrumentos para responder aos novos fenômenos⁵. No afã de responder a uma determinada nova problemática, o profissional do Direito se

⁵ Vide, basilaramente a este respeito, LEITE DE CAMPOS, Diogo. *A Internet e o Princípio da Territorialidade dos Impostos*. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, ano 58, 1998, p. 640.

coloca como que a buscar instrumentos jurídicos, ferramentas e normas que foram construídas em outro momento histórico, não imaginando esse fenômeno tão insidioso, tão ubíquo, que envolve tantas pessoas, e para tantas outras, como é a Internet.

Então, o Direito passa a ser questionado em diversos setores, em questões de cybersecurity, cyberspace, cyberattacks, cyberespionagem, comércio eletrônico, invasões de hackers, tratamento de dados, responsabilidade, inteligência artificial, entre muitas outras problemáticas. Enfim, estamos conhecendo não só a criação de um novo ramo do Direito, o Direito Digital, mas também observando repercussões jurídicas em todos os outros ramos do Direito. Trata-se de um fenômeno revolucionário: a Internet.

Nesta esteira, as fake news surgem como o tópico, o assunto do momento digital. Desde o início, observamos diversas repercussões advindas dessa nova terminologia⁶. A este respeito, é importante, antes de mais nada, indicar que, conceitualmente, há uma compreensão global de que as fake news equivalem às notícias falsas. Em um primeiro momento, não trariam nenhum prejuízo, ou preocupação aparente. Mas, já observamos, nos últimos tempos, que a desinformação, a distorção da informação, pode trazer consequências muitas vezes graves, e que é preciso um olhar mais cuidadoso a respeito deste novo acontecimento⁷.

⁶ FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Fake News and The Liability of Social Networks*. Revista Científica sobre Cyberlaw do Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço – CIJIC – da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Portugal. Lisboa: Cyberlaw, Edição N.º X – Setembro de 2020, p. 203/219.

⁷ Vide RUBIN, Victoria L. *Misinformation and Disinformation: Detecting Fakes with the Eye and AI*. Swiss: Springer, 2022.

De forma mais específica, também podemos compreender que a deep fake, com vídeos e áudios, que se utilizam da inteligência artificial e da manipulação digital podem provocar, sim, prejuízos muito graves, com consequências perigosas, e para as quais o Direito não pode ficar alheio. Em verdade, deve apresentar uma visão mais atenta e cautelosa⁸.

Em prosseguimento, o fenômeno passou a ser tão poderoso que o clickbait surgiu, com a ideia de monetizar os “views”, “likes”, curtidas, encaminhamentos, “reposts”. Enfim, percebemos que quanto mais a informação circular, mais possibilidade ela tem de ser conhecida e conseqüentemente serem angariados fundos financeiros. Já são centenas de milhares de canais no YouTube, no Instagram, e muitos outros, que conseguem ganhos financeiros a partir das suas visualizações. Isso tudo, a respeito dos lucros, parece ser saudável e oportuno, e deve ser incentivado. No entanto, quando isso se utiliza de conteúdos enganosos ou sensacionalistas, com manchetes que não necessariamente correspondem ao teor que ali está noticiado, é claro que temos que nos preocupar, e é isso que vem ocorrendo⁹.

Não se trata, em um primeiro momento, de coibir a liberdade de expressão. Essa deve existir, deve ser defendida. Desde os primórdios da humanidade, lutamos para poder falar, poder expressar nossa opinião, a nossa ideia, a nossa perspectiva de determinado tema e tópico. Com efeito, esse direito deve ser protegido de todas as formas, em especial pela Internet, que provisiona ferramentas poderosas para

⁸ Vide FILIMOWICZ, Michael. *Deep Fakes. Algorithms and Society*. New York: Routledge, 2022.

⁹ Vide TERRONES, Pedro Chirinos. *Clickbait: Can it Be an Unfair Competition Practice?* Michigan Technology Law Review. Disponível em: <https://mtlr.org/2023/01/clickbait-can-it-be-an-unfair-competition-practice/>.

tanto. Mas quando uma publicação se torna um crime, ou pode levar a um, então estamos falando de uma lesão, de uma infração penal, de uma atitude delituosa e, portanto, ela deve ser coibida. A liberdade de expressão não está acima da atitude criminosa, não podendo acobertá-la¹⁰.

Em consequência, esse emaranhado de conceitos torna a discussão enredada, complexa e oportuna. Ao analisarmos algumas formas e consequências que tivemos nesses últimos anos a respeito da utilização das fake news, podemos citar, primeiramente, o caso das eleições norte-americanas, de 2016, que elegeu Donald Trump¹¹. Não se trata, necessariamente, de avaliar se foi bom ou se foi ruim Trump ter exercido a presidência. Isso permanece dentro da liberdade de opinião de cada um, da liberdade de pensamento de um e de outro, da liberdade de escolha própria da democracia. Também, não se refere à avaliação sobre os quatro anos de sua administração, se foi satisfatória ou não. Mas, sim, sobre a forma que se chega ao resultado, fator que adentra ao âmbito das fake news¹². Isso porque, durante as referidas eleições, muito foi utilizado pelos seus estrategistas de propaganda, e de marketing digital, de procedimentos baseados em notícias falsas, impulsionadas pelas redes sociais, remuneradas para isso ocorrer. Por exemplo, ao ser publicado que Hillary Clinton, que era sua concorrente democrata na época, caso vencesse,

¹⁰ Vide FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Trump vs Twitter: "Ninguém está imune à lei". Liberdade de expressão "não está acima de crimes" e as redes sociais "não são imunes à lei"*. Rádio Observador, Portugal, 2020. Disponível em: <https://observador.pt/programas/resposta-pronta/trump-vs-twitter-ninguem-esta-immune-a-lei/>

¹¹ Vide KAREY, Kelly. *Fake News. How Propaganda Influenced the 2016 Election, a Historical Comparison to 1930's Germany*. Marzenhale Publishing, 2017.

¹² Vide KUYPERS, Jim A. *The 2016 American Presidential Campaign and the News: implications for American Democracy and Republic*. New York: Lexington Books, 2018.

iria proibir a utilização de armas de fogo, desagradando os defensores do porte de armas.

Nesta linha, quando uma rede social, paga para isso, faz o tratamento dessa informação e distribui, através dos seus algoritmos, para milhões de seguidores no Facebook, no YouTube, no Instagram, ela provoca a chegada dessa informação quase que instantaneamente a eleitores norte-americanos, interessados em armas de fogo que, ao receberem a informação acabam, de uma maneira ou de outra, acreditando naquilo que foi veiculado. É muito difícil ser contestada instantaneamente qualquer tipo de publicação como essa, com a mesma repercussão e amplitude, que evite a consequência, que é votar no candidato impulsionador. Por outro lado, dificilmente alguém que seja defensor da possibilidade de portar armas votaria em Hillary Clinton, após se deparar com a falsa publicação.

Deve-se salientar, neste plano, que esse fenômeno tem sido observado em muitos outros temas e situações. Para além da publicação com informações falsas, as redes atuam no tratamento da informação, no encaminhamento, no impulsionamento, interferindo no resultado da ação das pessoas. Isso ficou mais aparente e evidente quando dá veiculação e da descoberta do caso da Cambridge Analytica, empresa de consultoria política britânica que ganhou destaque por meio do escândalo de dados Facebook–Cambridge Analytica¹³. A empresa adquiria e se utilizava de bases de dados do Facebook, resultado de um primeiro tratamento para seleção. Em seguida, de acordo com o pedido do cliente, tratava os dados e aplicava

¹³ Vide KAISER, Brittany. Targeted. *The Cambridge Analytica Whistleblower's Inside Story of how Big Data, Trump, and Facebook Broke Democracy and how it Can Happen Again*. HarperCollinsPublishers, 2019.

técnicas de programação para provocar a sua disseminação proposital, atingindo pessoas específicas, com consequências e repercussões alinhadas com o interesse do cliente (daquele que estava comprando aquela campanha).

Este contexto digital está envolto em algoritmos, em programação avançada, em coleta de dados, em tratamento de dados, em impulsionamento de conteúdos, em conteúdos falsos ou distorcidos, configurando cenário distante daquilo que se intitula de liberdade de expressão. Tão grande foi a importância do caso, que tanto os órgãos institucionais dos Estados Unidos da América como também da União Europeia se movimentaram em busca da compreensão e da coibição dessas práticas¹⁴.

Em verdade, no caso europeu, a relevância principiou quando da análise do Brexit. Como é de conhecimento público, muitas notícias falsas e distorcidas foram utilizadas durante a campanha do “sim ou não”, da permanência ou do “leave”. Sem desejar adentrar no mérito da consequência da saída do Reino Unido, se foi produtiva para as partes envolvidas, a questão é que ficou evidenciada a força das fake news em provocar resultados. Logo, o tratamento da informação, o tratamento de dados, a estruturação dos dados, a utilização avançada de algoritmos,

¹⁴ Vide FEDERAL TRADE COMMISSION. *FTC Imposes \$5 Billion Penalty and Sweeping New Privacy Restrictions on Facebook*. 2019. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2019/07/ftc-imposes-5-billion-penalty-sweeping-new-privacy-restrictions-facebook> . Vide EUROPEAN PARLIAMENT. The use of Facebook users' data by Cambridge Analytica and the impact on data protection. European Parliament resolution of 25 October 2018 on the use of Facebook users' data by Cambridge Analytica and the impact on data protection (2018/2855(RSP)). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018IP0433> .

pode causar a alteração da opinião das pessoas, a partir do ambiente digital, nas redes sociais, e isso não deve ser ignorado¹⁵.

Mais recentemente, um caso com repercussão ainda mais insidiosa foi aquele julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Trata-se do julgamento do caso *González v. Google*, em que a família de Noheми Gonzalez afirma que o Youtube, empresa pertencente ao Google, por meio de seu algoritmo de recomendação, agiu como uma plataforma de recrutamento para o grupo Estado Islâmico, violando as normas norte-americanas contra a cumplicidade com organizações terroristas. Gonzalez foi morta em Paris, em atentado terrorista de 13 de novembro de 2015. Os advogados que representam a família de González compreendem que o Google deve ser considerado responsável pelo resultado final em virtude de ter impulsionado vídeos terroristas da rede ISIS que foi uma das que perpetrou os ataques terroristas naquela ocasião em Paris¹⁶.

O Google, a seu turno, se defende fundamentado na Seção 230 dos EUA (originalmente parte do Communications Decency Act), que estipula que nenhum provedor ou usuário de um serviço de computador interativo deve ser tratado como o editor ou orador de qualquer informação fornecida por outro provedor de conteúdo de informação. Em outras palavras, uma rede social, no caso uma

¹⁵ REUTERS. *Facebook agrees to pay UK fine over Cambridge Analytica scandal*. 2019. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-facebook-privacy-britain-idUSKBN1X9130> .

¹⁶ Cfr. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *REYNALDO GONZALEZ, ET AL., PETITIONERS v. GOOGLE LLC*. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1333_6j7a.pdf .

plataforma de conteúdos, não poderia ser responsabilizada pelo conteúdo veiculado por terceiros¹⁷.

Por outro lado, no Brasil, um caso de enorme conhecimento público, e que inclusive foi tratado recentemente pela novela brasileira *Travessia*, envolve o Facebook e a família de Fabiane de Jesus. Neste caso, a justiça brasileira analisa a potencial responsabilidade da rede no resultado, no qual Fabiane de Jesus foi torturada e morta por pessoas no Guarujá, depois de uma publicação postada e impulsionada no Facebook. A rede, não só permitiu a publicação, como a manteve e a impulsionou, com conteúdo falso, sobre um retrato falado de uma suposta sequestradora de crianças que atuava no Guarujá. A rede social também se utilizou de suas ferramentas de trabalho, tratando a publicação, inserindo-a nas linhas do tempo de milhares de usuários, solicitando reações por e-mail, encaminhando para usuários que possuíam atitudes digitais ou interesses que de alguma forma se relacionavam com a postagem, ensejando muitas curtidas, muitos views, e ampliando ainda mais o público-alvo daquela informação¹⁸.

Tais fatos levaram dezenas de pessoas a se aglomerarem numa região do Guarujá, e escolherem a Fabiana de Jesus como vítima, por se parecer, supostamente, à imagem do retrato falado. Ela morreu, e isso traz um despertar para um olhar sobre qual é, de fato, a responsabilidade de uma rede social em casos similares. Se somente dos autores da publicação, dos agentes que a mataram, da

¹⁷ Vide COMMUNICATIONS DECENTENCY ACT OF 1996. *United States Code/Title 47/Chapter 5/Subchapter II/Part I/Section 230*. Disponível em: <https://transition.fcc.gov/Reports/tcom1996.txt> .

¹⁸ Vide FREIRE E ALMEIDA, D. *A Responsabilidade das Redes Sociais sobre as Fake News*. in: Daniel Freire e Almeida. (Org.). *Os Cybercrimes na Perspectiva do Direito Internacional na Internet*. New York: Lawinter Editions, 2020, v. 1, p. 145-182.

rede que impulsionou a postagem, ou de todos os envolvidos, analisando-se o grau de acordo com sua participação.

É de se lembrar, neste ponto, que quando a Seção 230 foi aprovada em 1996, apenas cerca de 40 milhões de pessoas usavam a Internet em todo o mundo, e havia a percepção de que os websites eram apenas passivos naquilo que havia disponível na Internet. Mas, de lá para cá a mudança foi total. Além da postagem de um autor, com determinada fake news, as plataformas tratam essa informação, espalham por sua rede, por todas as formas, até mesmo com o envio de e-mails, e também com postagens nas linhas do tempo de todos os usuários que podem ter algum tipo de relação com aquela região, tema ou interesse.

Os casos trazidos à tona encontram um ponto em comum, que é a fake news. Acrescente-se, que, para além da questão das notícias falsas, alguns motivos tornam as fake news virais na Internet. Em primeiro lugar porque, segundo os estudiosos que compreendem melhor o ambiente digital¹⁹, nós ansiamos pela confirmação das nossas visões do mundo, e queremos encontrar alguém que tem a mesma opinião, para nos alinharmos. Os algoritmos fazem isso invisivelmente por todos nós, nos aproximando das publicações e das produções de conteúdo que se assemelham aos nossos perfis, ou aquilo que nós fizemos (nossas atitudes digitais).

Por outro lado, a informação falsa, a notícia em geral, é a nova moeda social, mesmo que ela seja imprecisa. Os usuários profissionais da Internet, incluindo aqueles que desejam ter ganhos, sejam eles monetários ou mesmo de repercussão através da rede, precisam que a notícia viralize. Logo, “uma certa

¹⁹ Vide KIRCH, Vanessa. *Social Networks - The Modern-Day Family: Law and Policy of Law and Policy of Regulation*. Swiss: Springer, 2022.

distorção, aqui ou ali, não faz mal a ninguém”, na lógica destes influenciadores. Portanto, “views”, “likes”, “se inscreva no canal”, “compartilhe”, “escreva nos comentários”, e “hashtag”, são formas de incentivar o algoritmo a puxar aquela informação e disseminá-la pela Internet.

Adicionalmente, muitas pessoas adoram um boato. Infelizmente, o ser humano tem uma certa propensão aos comentários, aos boatos, às fofocas, e este contexto encontra um cenário ideal na Internet. Trata-se, pois, de excelente ambiente, digital, para que isso aconteça e repercuta de maneira mais rápida. Hodiernamente, possuímos um sistema digital atual avançado que permite que as notícias atuem como contágio, sendo impulsionadas pelas estruturas de programação das redes sociais e das “big techs”. Dentro dos novos conglomerados digitais, empresas como o Google (Alphabet), o Facebook, o Instagram (Meta), reúnem habilidosos engenheiros e cientistas de dados, que aplicam suas competências na coleta, no tratamento e na programação de dados estruturados e não estruturados. Tudo isso é feito de maneira proposital. Contudo, da mesma forma que fazem isso propositalmente para o bem, objetivando a propagação da informação, pode acontecer, também, para o mal, como os casos citados. Os algoritmos podem ser sorrateiros, trabalhando em segundo plano, se utilizando inclusive da robótica. Como resultado, mostram o que queremos ver, e sempre encontraremos alguém com viés similar, no sentido ideológico, político ou social.

Consequentemente, os editores de notícias falsas são, infelizmente, motivados pelo aspecto financeiro, os “clickbaits”, e isso deve ser considerado pelo fenômeno jurídico aquando da responsabilização civil e até criminal. Além disso, insta mencionar que as notícias, principalmente quando são controversas, levam a um cenário de polarização, de discussão, de embates políticos e ideológicos,

resultando em mais conteúdo sendo gerado. Isto reflete em mais pessoas participando, mais atitudes digitais sendo coletadas, tratadas, e o marketing digital aplicado em virtude de tudo isso passa a atingir valores vultosos.

Como decorrência, então, constatamos que as companhias que organizam, que tratam os dados, usam as fisgas das redes sociais, das mensagens instantâneas, para conhecer os padrões de comportamento digital de seus usuários. Logo, são as empresas mais valiosas do mundo, e com potencial de influenciar resultados através das ferramentas digitais.

2. Características desafiadoras da Internet e do ambiente digital

O fenômeno das fake news, que temos reportado acima, está dentro de um ambiente que traz certas características às quais o direito não deve ignorar. Em verdade, esse pode ser um enorme risco para o futuro da justiça na busca por soluções aos novos problemas que se colocam.

A seu turno, os operadores do Direito devem demonstrar certa cautela, ou mesmo receio, em analisar esses novos acontecimentos baseados em velhas receitas. Conforme o caso, poderíamos considerar aqui, que o Direito não tem respostas prontas, construídas historicamente ao longo do tempo, para o fenômeno da Internet. Deve ser notado, que o Direito na Internet não é igual. De fato, é diferente. Releva esses novos contextos e conceitos digitais trará regulações inapropriadas, decisões não cumpridas, regulações sem efeitos.

Isto porque, a Internet reúne certas características que desafiam antigas experiências judiciais e prescrições regulatórias para a resolução de conflitos jurídicos, em âmbito local e internacional.

Em breve panorama, as referidas características, inicialmente, passam pela constituição da Internet. A rede foi criada sem um ponto central, e os pontos de conexão seriam equivalentes. A ideia era que se fosse destruído um dos pontos de conexão, os restantes continuariam conectados. Com efeito, é o que acontece atualmente. Se um computador for desligado, as demais conexões prosseguem. Portanto, a Internet não traz esse ponto de contato central, territorial. Sendo um quadro arquitetado com ausência de ponto central, é difícil destruir, é mais difícil regular, e é ainda mais difícil de julgar. Tudo porque nossos sistemas jurídicos foram construídos com bases territoriais²⁰. O Direito se adapta bem com delimitações, jurisdições, competências, comarcas e condados. Mas a Internet é global, está em todos os lugares ao mesmo tempo, não tendo fronteiras estabelecidas. Os dados estão espalhados por diversas partes do mundo. Logo, permanece muito difícil um tribunal exercer sua jurisdição quando o réu está à distância, ou os dados (que são as provas) estão em outras jurisdições, ou em nuvens por exemplo. Os nossos tribunais são nacionais, as legislações também são feitas com bases territoriais, mas a Internet é global.

Em breve apartado, os castelos que fazem parte da arquitetura histórica de países europeus, por exemplo, representam muito bem esse contexto. Os castelos eram murados, e o rei exercia jurisdição dentro deste território, dentro de sua cidade. Se ele desejasse expandir seus muros, surgiam os conflitos, as guerras, e ele estaria extrapolando a sua jurisdição, ou as suas fronteiras. Por isso as conquistas, as invasões. Por conta deste cenário, o Direito Internacional pós Westphalia consolidou institutos jurídicos como a extradição, a expulsão, a deportação, os

²⁰ Vide SCHUSTER, Ernest Joseph. *The Principles of German Civil Law*. Creative Media Partners, 2022.

tributos aduaneiros, a soberania das outras partes, a autodeterminação, a auto-organização, o exercício dos órgãos de soberania nacionais, entre outros²¹.

Em prosseguimento, os atores do jogo digital, como as redes sociais, são globais. Os dados estão hospedados no exterior, e as redes que nós utilizamos, como Facebook, WhatsApp, Instagram, Telegram, e que são o cenário perfeito para a publicação e disseminação das fake news, são globais. A “voz” digital está nas mãos de todos, portanto o potencial de repercussão é enorme, nunca antes vivenciado pelo Direito. Se, por um lado, a Internet com as conexões, publicações e ligações, que envolvem o planeta, trazem inúmeras oportunidades de integração global, de negócios, e de novas aplicações, de outro lado, traz ao Direito inúmeros desafios. Porque quando são carregadas notícias falsas, por exemplo, o Direito precisa utilizar seu aparato tradicional para lidar com um fenômeno digital, viral, sem fronteiras e com dados (provas) espalhados por todo o mundo.

De fato, o Direito estava habituado com o jornal de papel (prova), com a televisão, com o rádio, onde a edição (Editor) realizava o filtro das publicações. A edição se responsabilizava caso não coibisse certa publicação que extrapolasse o normal, as regras de sua jurisdição. Agora, nós temos as redes que se utilizam da globalidade da Internet justamente para angariar cada vez mais usuários, como o TikTok, Telegram, entre outros.

Daí surge a discussão acerca de qual tribunal será hábil a julgar esse caso, e a lei de qual país será aplicada. Trata-se, pois, de um dos fundamentos clássicos

²¹ O presente texto é baseado em nossa Conferência, intitulada de “O Combate às Fake News em Escala Internacional”, por ocasião do encerramento do II Congresso Luso-Brasileiro de Direito Internacional Público | Os Novos Paradigmas do Direito Internacional Público. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Portugal, 2023.

do Direito Internacional Privado em ação, que é o de definir, em determinado caso internacional, quem exerce a jurisdição judicante, e qual lei deverá ser utilizada. Contudo, estas redes digitais privadas apresentam termos de serviço, que estabelecem qual regra irão utilizar, normalmente a estrangeira (em relação ao usuário), e qual o tribunal irão se submeter, normalmente o estrangeiro. Dificilmente se submetem ao tribunal local. Apenas o fazem em casos de notório conhecimento, cuja repercussão será negativa em caso de não colaboração. Mas, em todos os demais episódios, para as pessoas comuns, indicam os termos de serviço, cujo tribunal é californiano, irlandês, ou de lugar nenhum, como o caso do Telegram. Assim também ocorrem com as normas. Por isso a dificuldade em se fazer cumprir normas protetivas de dados, como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados 2016/679, para casos extraterritoriais, em questões de dados pessoais e seu referido tratamento²².

As mencionadas empresas também têm se colocado, constantemente, na perspectiva de obstaculizar leis que as responsabilizem, seja na União Europeia, seja nos Estados Unidos, seja no Brasil. O que desejam é que, dentro do seu ambiente digital, mesmo sendo fechado por senha, e mesmo sendo estabelecida a sua regra, não haja a sua responsabilização²³.

²² REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 April 2016

on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

²³ O presente texto é baseado em nossa Conferência, intitulada de “O Combate às Fake News em Escala Internacional”, por ocasião do encerramento do II Congresso Luso-Brasileiro de Direito Internacional Público | Os Novos Paradigmas do Direito Internacional Público. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Portugal, 2023.

Ora, que outro fenômeno enfrentado pelo Direito, em qualquer momento da história, foi beneficiado com isso? Que se fechassem algum lugar, algum ambiente, a regra seria ali definida, com imunidade ao Direito? Ainda mais quando estão integrando bilhões de pessoas dentro dessas redes. Elas não podem estar imunes à lei²⁴.

Um outro ponto relevante entre as características da Internet é que, atualmente, a rede abriga tudo. Tudo está na Internet, ou passa pela Internet. Entretanto, os cenários jurídicos, bem sabemos, não lidam muito bem com a quantidade. Com ela são gerados atrasos, decisões são prolatadas anos depois dos acontecimentos, surgem as prescrições, as decadências, as ausências de aparatos investigatórios que consigam dar conta, principalmente em países que estão buscando o desenvolvimento judicial. Isto tudo leva a um menor grau de creditação da justiça, no sentido de que o tempo talvez, lá na frente, não resolva o caso do jurisdicionado.

Mas quando o fenômeno abriga milhares de relações, milhões de negócios jurídicos, como é a Internet, precisamos, pois, encontrar outras formas de resolução, sob pena de não respondermos aos anseios de justiça das pessoas²⁵.

Por sua vez, a digitalização de conteúdos que permite essa propagação infinita da informação, da notícia falsa, ou das fake news, é uma característica que o direito em geral não foi estruturado para responder. Isto porque é baseado em

²⁴ Vide FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Trump vs Twitter: "Ninguém está imune à lei". Liberdade de expressão "não está acima de crimes" e as redes sociais "não são imunes à lei"*. Rádio Observador, Portugal, 2020. Disponível em: <https://observador.pt/programas/resposta-pronta/trump-vs-twitter-ninguem-esta-imune-a-lei/>

²⁵ Vide FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. São Paulo: Almedina, 2015.

provas físicas, em oitivas, e na materialização do processo jurídico. Mas, o Direito na Internet é digital, e exige novas formas de investigação, novos institutos para a recolha de provas distantes, que são os dados, novas maneiras para a leitura destes dados, normalmente acobertados pela criptografia, novos profissionais, uma nova justiça, um novo Direito.

Vale mencionar, neste contexto, que a utilização de criptografia de ponta a ponta, por parte de companhias como o WhatsApp e o Telegram, têm criado escusas, por parte destas empresas, para atender ordens judiciais de fornecimento e interceptação de mensagens (provas) de seus usuários. Aliás, o Telegram, mensageiro baseado em nuvem, explica que o processamento de solicitação de dados, por parte de órgãos judiciais, é obstaculizado por sua arquitetura digital, nestas palavras:

“Chats secretos usam criptografia de ponta a ponta, graças à qual não temos dados a serem divulgados ou compartilhados.

Para proteger os dados que não são cobertos pela criptografia de ponta a ponta, o Telegram usa uma infraestrutura distribuída. Os dados dos chats em nuvem são armazenados em vários data centers em todo o mundo, controlados por diferentes entidades jurídicas espalhadas por diferentes jurisdições. As chaves de decodificação relevantes são divididas em partes e nunca são mantidas no mesmo lugar que os dados que elas protegem. Como resultado, várias ordens judiciais de diferentes jurisdições são necessárias para nos obrigar a desistir de quaisquer dados. Graças a essa estrutura, podemos garantir que nenhum governo ou bloco de países com ideias afins possa invadir a privacidade e a liberdade de expressão das pessoas. O Telegram só pode ser forçado a entregar dados se um assunto for grave e universal o suficiente para passar pelo escrutínio de vários sistemas jurídicos diferentes em todo o mundo.

Até hoje, divulgamos 0 bytes de dados de usuários para terceiros, incluindo governos.²⁶

Em continuidade, para enredar ainda mais o cenário, temos o metaverso, a realidade virtual, a realidade aumentada, o ciberespaço, as presenças dualísticas, o big data, com a ideia de obter, analisar, e tratar as informações, chegando a conclusões a respeito delas, com interferências muito significantes na área jurídica, e que não podem ser deixadas de lado²⁷.

Os algoritmos, dentro desse cenário, acabam por permitir, através da sua utilização avançada, interferências em decisões das pessoas. Em ilustração, trazem aquela eventual notícia (falsa), que seria inofensiva se estivesse sendo veiculada em um círculo pequeno de usuários, mas que, no ambiente de rede, é disseminada, e viralizada pela Internet. Isso traz potenciais de responsabilização às pessoas pelas consequências trazidas, mas também para aquelas empresas responsáveis por sua propagação, pelo seu impulsionamento, resultado do tratamento de dados.

Os dados, conteúdo das fake news, estão em nuvens como já referenciado, estão em todos os lugares, mas paradoxalmente nunca estão hospedados no país de interesse processual, em determinada demanda judicial. Quando o processo é europeu, as empresas pronunciam que os dados estão na Irlanda, mas que são tratados na Califórnia. Quando estamos em uma demanda nos Estados Unidos da América, as empresas mencionam que os dados estão na Irlanda²⁸. Quando a ação

²⁶ Cfr. Telegram. *Perguntas Frequentes*. Disponível em: <https://telegram.org/faq> .

²⁷ Vide ARMSTRONG, Paul. *Disruptive Technologies. A Framework to Understand, Evaluate and Respond to Digital Disruption*. Kogan Page, 2023.

²⁸ Vide Statement on the Court of Justice of the European Union Judgment in Case C-311/18 - Data Protection Commissioner v Facebook Ireland and Maximillian Schrems. Disponível em: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other-guidance/statement-court-justice-european-union-judgment-case-c_pt .

judicial é no Brasil, os dados estão nos Estados Unidos. Quando não desejam definir, informam que os dados estão em nuvem. Por conseguinte, os interessados em um processo judicial se deparam com muitas dificuldades em resolver casos, em virtude da potencial evasão das provas que serviriam de fundamentação jurídica.

Em adição, a inteligência artificial, definida como a automação do comportamento inteligente, utilizada de forma digital, pode provocar uma disseminação por vezes irresponsável de fake news. Não se trata de dizer o que é certo ou errado. Em termos práticos, pois, o que se verifica, em verdade, é que temos um potencial, não só positivo, mas também negativo, de que quando uma notícia é distorcida pelos mecanismos de inteligência artificial, e se configura dentro da definição do que é uma notícia falsa (fake news), podem contribuir para enredar o problema. Ainda, vale ressaltar, que os robôs podem ajudar neste sentido, negativo, de produção e disseminação de notícias falsas, dentro da perspectiva da Internet das coisas, tornando muito mais difícil encontrarmos maneiras efetivas de responsabilização²⁹. Porque já não são pessoas, ou empresas. São aparelhos, programados, que exigem um olhar digital dos juristas na configuração das normas que serão aplicadas.

Tais preocupações, normativas, já são discutidas em todo o mundo³⁰. Isto provoca uma rediscussão acerca da personalidade no Direito Civil, na autoria do

²⁹ Vide BECKERS, Anna; TEUBNER, Gunther. *Three Liability Regimes for Artificial Intelligence Algorithmic Actants, Hybrids, Crowds*. Bloomsbury Publishing, 2021.

³⁰ Vide UNITED NATIONS. *UN's rights council adopts 'fake news' resolution, States urged to tackle hate speech* (2022). Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2022/04/1115412> .

Direito Penal, na responsabilidade civil e penal, e nas consequências já observadas no ambiente digital.

A realidade que se coloca é essa, envolta em novas formas digitais. Um novo fenômeno, com peculiares características, que não são aquelas encontradas em nenhum outro momento histórico do Direito. Trata-se da era digital.

3. A regulação de Fake News em Escala Global

Partindo-se da essência dos pontos investigados, consideramos em nosso estudo a necessidade de um olhar digital para essas questões dentro da esfera jurídica. Caso contrário, dificilmente responderemos aos desafios que se colocam. Arduamente, teremos condições de responder aos inúmeros problemas que já se colocam nos tribunais e nas relações sociais no mundo todo.

Perceba-se, também e por fundamental, que a Internet interessa a todas as gentes, a todos os povos. Então, surge o Direito Internacional como uma opção necessária para lidar com esses fenômenos internacionais. Se temos aparatos jurídicos nacionais para uma Internet global, como elevado durante este artigo, precisamos encontrar o caminho para se analisar alternativas internacionais.

Pelas mesmas razões explicitadas acima, a utilização de normas nacionais, ou mesmo comunitárias, por exemplo, para enfrentar casos internacionais, com atores (empresas, usuários e dados) globais, limitarão os resultados, em sua plena efetividade.

Por todos os títulos, em nossa perspectiva, precisamos de um quadro legal global para a governança da Internet. Com regras internacionais, específicas para o fenômeno da Internet, e com um tribunal próprio³¹.

Torna-se fundamental, na consideração dos novos desafios que se colocam, a consolidação dos instrumentos já existentes no cenário internacional, como a Convenção de Budapeste, por exemplo, bem como novas soluções internacionais, como os tratados e acordos, que regulem a complexa dinâmica digital.

O Direito Internacional, nesta vertente, é o caminho, é a saída, é o fim a ser buscado. Isto porque, não existe dentro de ambientes internacionais, com aspectos internacionais, saídas locais de regulação e resolução de litígios. O próprio Direito Internacional moderno, consequência de seu desenvolvimento histórico, foi se consolidando em virtude dos acontecimentos internacionais.

Por tais motivos, consideramos que, em virtude da análise dos casos hodiernamente vivenciados no planeta, elevam-se situações cada vez mais difusas globalmente, e que exigem saídas globais. Quer isso dizer, que quando tratamos do ambiente, não podemos ignorar que é global. Quando tratamos da parte humanística, os Direitos Humanos são globais. O que compreendemos como correto, na perspectiva humana, é “mais ou menos a mesma coisa” que um japonês também entende, que um português, que um alemão, que um brasileiro³². Ao analisarmos as constituições, os direitos fundamentais de cada país, vamos perceber

³¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Brasileiro defende Tribunal para a internet*. New York: ONU News, 2012. Disponível em: <https://news.un.org/pt/audio/2012/08/1040211> .

³² O presente texto é baseado em nossa Conferência, intitulada de “O Combate às Fake News em Escala Internacional”, por ocasião do encerramento do II Congresso Luso-Brasileiro de Direito Internacional Público | Os Novos Paradigmas do Direito Internacional Público. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Portugal, 2023.

que nós queremos “mais ou menos as mesmas coisas”. Por isso, os instrumentos internacionais ganharam o mundo neste sentido, e são bases para a construção dos Direitos Humanos. Por conseguinte, nessa nova era em que nós nos confrontamos, nos conhecemos uns aos outros mais rapidamente em virtude da Internet, percebemos que nações estão à frente, quais estão atrás, e observamos a necessidade de atingirmos um desenvolvimento sustentável global (ODS), não local. Através dessas diretrizes globais, é que buscamos melhorar, cada qual a partir da sua realidade³³.

A seu turno, o fenômeno da Internet é nitidamente global. Então, precisamos de ferramentas globais para resolvê-los. Neste sentido, diversas iniciativas buscam esta linha, como as propostas para um corpo específico de tratados e melhores práticas no mundo, que procuram estabelecer as fundamentações regratórias para o fenômeno digital. Por outro lado, a saída comparativa, que pode ser reverberada para os demais países, não deve ser minimizada.

Também, já observamos que o fenômeno necessita de uma uniformidade global, com conceitos e regras que organizem a vida digital. Como exemplo, a Convenção de Budapeste ao estabelecer certas definições para os crimes online, passam a dar linhas direcionadoras para os países sobre o que é um crime eletrônico³⁴. Assim, as diferentes jurisdições conseguem se compreender, os órgãos

³³ UNITED NATIONS. *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015. A/RES/70/1. New York: United Nations, 2015.

³⁴ COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*, Budapest, 2001. Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680081561>.

investigatórios podem cooperar mais facilmente em face dos crimes internacionais digitais. Nesta linha, os diferentes países da União Europeia vêm dando exemplos significativos de integração dos seus vinte e sete países no cenário da Internet, com inúmeros regulamentos, diversas diretivas e centenas de julgados. Aliás, não existe mais nenhuma área das políticas comunitárias que não se envolva com o contexto digital³⁵.

Portanto, o novo modelo a ser alcançado, de fato, caminha para uma ordem internacional, que extrapola as fronteiras, rumo ao Direito global³⁶.

Contudo, e por outro lado, não podemos ignorar as empresas digitais neste contexto regravatório. Isto porque, é a primeira vez na história, em que os governos, os Estados não podem mais fazer tudo. Justamente porque quem provisiona o código³⁷, quem cria e oferece o programa, quem configura o ambiente digital não é o país. Antes, o Estado fazia a estrada, construía a cidade, edificava os muros, defendia as fronteiras, e dava guarida ao cidadão. Agora, nós estamos discorrendo acerca de um fenômeno que depende, diametralmente da cooperação das empresas. Elas são, sim, os atores principais. Nesta ótica, precisaremos chamá-las para a formulação dos novos tratados, em uma maneira diferente dos anteriores. Elas

³⁵ Vide EUROPEAN COMMISSION. *Shaping Europe's digital future*. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en>.

³⁶ O presente texto é baseado em nossa Conferência, intitulada de “O Combate às Fake News em Escala Internacional”, por ocasião do encerramento do II Congresso Luso-Brasileiro de Direito Internacional Público | Os Novos Paradigmas do Direito Internacional Público. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Portugal, 2023.

³⁷ Vide LESSIG, Lawrence. *Code. Version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.

deverão ter voz, participação e, também, terão que se submeter às tratativas decididas em termos internacionais³⁸.

De fato, as novas regras internacionais passam pelo fenômeno da integração, da inclusão, desses novos atores. Em nenhum outro momento da história isso foi tão determinante quanto agora, com a Internet.

Mas do que adiantam regras internacionais se não temos onde aplicá-las? Por conseguinte, precisamos de um Tribunal Internacional para a Internet³⁹.

Dentro da configuração das normas que o Direito Internacional deve utilizar-se para configurar um novo contexto que se espera, temos que ter a visão da inclusão desses novos participantes, criar instrumentos para evitar consequências desastrosas através das fake news, precisamos que as pessoas e as empresas possam ser responsabilizadas, necessitamos de definições claras acerca das fake news, porque obviamente isso não pode contrariar a possibilidade que temos de nos expressarmos, devemos efetivamente considerar as características que foram levantadas sobre a Internet, não podemos deixar de lado a responsabilização penal, e a responsabilização digital (*isso mesmo, porque o ambiente é digital, então não basta apenas retirar um conteúdo, não basta apenas derrubar um perfil falso, ou tirar uma notícia falsa*). Em adição, precisamos adentrar juridicamente no cenário no qual aqueles que estão usufruindo da informação falsa, e estão se utilizando dela (e não é um cenário físico), possam ser coibidos. E, para tanto, devemos criar instrumentos claros e rápidos para constranger as empresas na

³⁸ Vide FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. São Paulo: Almedina, 2015.

³⁹ Vide FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. São Paulo: Almedina, 2015.

retirada de conteúdos falsos, e na entrega de provas e dados que permitam a qualificação dos envolvidos⁴⁰.

Em síntese tópica, um contexto regulatório global para as fake news deve ser constituído por:

- Institutos do Direito Internacional;
- Um Tratado Internacional – Digitalizado;
- Iniciativas preventivas para evitar consequências negativas;
- Definições globais das Fake News;
- Consideração efetiva das características da Internet;
- Responsabilização Civil (da pessoa e da rede);
- Responsabilização Penal (da pessoa e da rede);
- Responsabilização Digital (da pessoa, da rede e dos robôs, incluindo a utilização de ferramentas de inteligência artificial);
- Instrumentos digitais de retirada;
- Instrumentos prévios (filtros - algoritmos – que evitem a omissão);
- Conciliação da Liberdade de expressão com a devida responsabilidade;
- Com a participação das Big techs;
- A Criação de um Tribunal Internacional para a Internet.

Todo esse contexto leva a um ponto fulcral. A configuração normativa internacional, que se iniciou muito bem com a Convenção de Budapeste, precisa encontrar um lugar adequado para ser aplicado: Um Tribunal Internacional para a Internet⁴¹.

⁴⁰ O presente texto é baseado em nossa Conferência, intitulada de “O Combate às Fake News em Escala Internacional”, por ocasião do encerramento do II Congresso Luso-Brasileiro de Direito Internacional Público | Os Novos Paradigmas do Direito Internacional Público. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, 2023.

⁴¹ Vide FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. São Paulo: Almedina, 2015.

Consideramos que, em verdade, a urgente incorporação desses novos fenômenos que são globais, como a Internet, com as repercussões das fake news, in casu, necessitam da configuração de quadros normativos que respondam à essa nova realidade digital.

A compreensão qualificada das características da Internet, com todos os desafios que se colocam, ensejam a conclusão sobre a necessidade de um tribunal para aplicar tudo isso. E não é um tribunal tradicional, um tribunal não específico para essas questões, vagaroso e que não está dentro dos tempos e eras da Internet. Mas, sim, um Tribunal Internacional para a Internet⁴².

4. Considerações Finais

Por tudo quanto examinado, é de se destacar, por fim, que para além das potencialidades e grandes oportunidades que encontramos na Internet, há implicações para a sociedade digital, devido às intensas modificações nos quadros de comportamento, em especial nas redes sociais.

É mister salientar, que o fenômeno das redes sociais conquistou o interesse das pessoas de forma impactante e global. De fato, as redes sociais estão entre os motivos e interesses centrais para acesso, de milhares de pessoas, ao mundo da Internet.

Logo, o poderoso instrumento de disponibilizar informações, pode mais facilmente ser realizado pelos usuários, ao contrário das restritas possibilidades anteriores da televisão, do rádio, da editoria jornalística, concentradas nas mãos de

⁴² Vide FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. São Paulo: Almedina, 2015.

poucos. Neste contexto, um website, blog ou perfil em rede social permite a qualquer um, de qualquer lugar, para o mundo, divulgar suas ideias e seus assuntos de interesse, nas mais variadas áreas, por todo o globo, e sem ter que lidar com os filtros tradicionais.

No entanto, como verificamos, as fake news, neste ambiente digital, acabam por trazer repercussões jurídicas. Vale recordar que as informações falsas ou a desinformação acabaram por trazer consequências nas nossas decisões, como foi observado nas eleições norte-americanas de 2016, na consulta realizada por ocasião do Brexit, no contexto da Covid-19 em muitos pontos relevantes, como a vacinação, entre diversos outros.

Como um desafio global, as fake news trazem a desinformação e questionam a capacidade das pessoas de compreensão dos seus problemas. Isto porque, muitas vezes, vídeos montados e informações que não são verdadeiras provocam a distorção da informação, e levam dezenas de milhares de pessoas a acreditarem naquilo, com repercussões negativas.

Surge, pois, a necessidade de regulação. Pelas características da Internet, como a internacionalidade, a digitalização, os novos atores globais, como as empresas, propomos um quadro legal global para a governança da Internet, com a consequente regulação das fake news.

A partir do exposto, concluímos que pela necessidade de regras internacionais, específicas para o fenômeno da Internet em geral, e das fake news em especial, e com um tribunal próprio, como um Tribunal Internacional para a Internet.

Em ponteamento final a respeito, salienta-se que, estamos, cada vez mais, compreendendo que o fenômeno da Internet é global, pelas ferramentas, pelas empresas, pelas possibilidades, pelos dados hospedados no estrangeiro, e pelas repercussões.

Por conseguinte, situações globais exigem normas globais. Cenários globais, com regras globais dependem de um tribunal para aplicá-las. Neste sentido é que defendemos um Tribunal Internacional para a Internet, no contexto de regulação global da Internet.

Bibliografia

ARMSTRONG, Paul. *Disruptive Technologies. A Framework to Understand, Evaluate and Respond to Digital Disruption*. Kogan Page, 2023.

BASTOS, Alder Thiago. *O Reconhecimento da Dimensão Autônoma do Meio Ambiente Digital em um Contexto Global*. New York: Lawinter Editions, 2023.

BECKERS, Anna; TEUBNER, Gunther. *Three Liability Regimes for Artificial Intelligence Algorithmic Actants, Hybrids, Crowds*. Bloomsbury Publishing, 2021.

COMMUNICATIONS DECENCY ACT OF 1996. United States Code/Title 47/Chapter 5/Subchapter II/Part I/Section 230. Disponível em: <https://transition.fcc.gov/Reports/tcom1996.txt> .

COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*, Budapest, 2001. Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680081561> .

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. *Statement on the Court of Justice of the European Union Judgment in Case C-311/18 - Data Protection Commissioner v Facebook Ireland and Maximillian Schrems*. Disponível em: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other-guidance/statement-court-justice-european-union-judgment-case-c_pt .

EUROPEAN COMMISSION. *Shaping Europe's digital future*. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en> .

EUROPEAN PARLIAMENT. *The use of Facebook users' data by Cambridge Analytica and the impact on data protection. European Parliament resolution of 25 October 2018 on the use of Facebook users' data by Cambridge Analytica and the impact on data protection (2018/2855(RSP))*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018IP0433> .

FEDERAL TRADE COMMISSION. FTC Imposes \$5 Billion Penalty and Sweeping New Privacy Restrictions on Facebook. 2019. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2019/07/ftc-imposes-5-billion-penalty-sweeping-new-privacy-restrictions-facebook> .

FILIMOWICZ, Michael. Deep Fakes. Algorithms and Society. New York: Routledge, 2022.

FREIRE E ALMEIDA, D. A Responsabilidade das Redes Sociais sobre as Fake News. in: Daniel Freire e Almeida. (Org.). Os Cybercrimes na Perspectiva do Direito Internacional na Internet. New York: Lawinter Editions, 2020, v. 1, p. 145-182.

FREIRE E ALMEIDA, Daniel. Fake News and The Liability of Social Networks. Revista Científica sobre Cyberlaw do Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço – CIJIC – da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Portugal. Lisboa: Cyberlaw, Edição N.º X – Setembro de 2020, p. 203/219.

FREIRE E ALMEIDA, Daniel. International Law under a new Digital Dimension. CIFILE-Canadian Journal of International Law. Volume 1, Issue 1, Summer 2019. Disponível em: http://www.cifilejournal.com/article_94053_950bffb78a3daaf441afc9fdd284653c.pdf .

FREIRE E ALMEIDA, Daniel. Trump vs Twitter: "Ninguém está imune à lei". Liberdade de expressão "não está acima de crimes" e as redes sociais "não são imunes à lei". Rádio Observador, Portugal, 2020. Disponível em: <https://observador.pt/programas/resposta-pronta/trump-vs-twitter-ninguem-esta-imune-a-lei/>

FREIRE E ALMEIDA, Daniel. Um Tribunal Internacional para a Internet. São Paulo: Almedina, 2015.

https://www.unoosa.org/oosa/oosadoc/data/documents/2017/stspace/stspace61rev.2_0.htm
1.

KAISER, Brittany. Targeted. The Cambridge Analytica Whistleblower's Inside Story of how Big Data, Trump, and Facebook Broke Democracy and how it Can Happen Again. HarperCollinsPublishers, 2019.

KAREY, Kelly. Fake News. How Propaganda Influenced the 2016 Election, a Historical Comparison to 1930's Germany. Marzenhale Publishing, 2017.

KIRCH, Vanessa. Social Networks - The Modern-Day Family: Law and Policy of Law and Policy of Regulation. Swiss: Springer, 2022.

KUYPERS, Jim A. The 2016 American Presidential Campaign and the News: implications for American Democracy and Republic. New York: Lexington Books, 2018.

LEITE DE CAMPOS, Diogo. A Internet e o Princípio da Territorialidade dos Impostos. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, ano 58, 1998, p. 640.

LESSIG, Lawrence. Code. Version 2.0. New York: Basic Books, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Brasileiro defende Tribunal para a internet. New York: ONU News, 2012. Disponível em: <https://news.un.org/pt/audio/2012/08/1040211> .

REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the

processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

REUTERS. Facebook agrees to pay UK fine over Cambridge Analytica scandal. 2019. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-facebook-privacy-britain-idUSKBN1X913O> .

RUBIN, Victoria L. Misinformation and Disinformation: Detecting Fakes with the Eye and AI. Swiss: Springer, 2022.

SCHUSTER, Ernest Joseph. The Principles of German Civil Law. Creative Media Partners, 2022.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. REYNALDO GONZALEZ, ET AL., PETITIONERS v. GOOGLE LLC. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1333_6j7a.pdf .

TELEGRAM. Perguntas Frequentes. Disponível em: <https://telegram.org/faq> .

TERRONES, Pedro Chirinos. Clickbait: Can it Be an Unfair Competition Practice? Michigan Technology Law Review. Disponível em: <https://mttlr.org/2023/01/clickbait-can-it-be-an-unfair-competition-practice/> .

UNITED NATIONS OFFICE FOR OUTER SPACE AFFAIRS. International Space Law: United Nations Instruments. Disponível em:

UNITED NATIONS. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development. Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015. A/RES/70/1. New York: United Nations, 2015.

UNITED NATIONS. UN's rights council adopts 'fake news' resolution, States urged to tackle hate speech (2022). Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2022/04/1115412> .

CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E O EFEITO BACKLASH: O CASO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Democratic constitutionalism and the backlash effect: the case of the provisional execution of the penalty

Rafael Junior Soares*

Resumo: O presente examina o efeito backlash na jurisdição constitucional brasileira, tendo em vista os impactos econômicos, sociais e jurídicos produzido por decisões tomadas no Supremo Tribunal. O exemplo do fenômeno estudado diz respeito à posição adotada quanto à execução provisória da pena, que resultou na imediata reação por setores da sociedade na busca de mudança da Constituição Federal como claro contraponto à orientação firmada pela Corte Suprema.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; efeito backlash; execução provisória da pena.

Abstract: This article intends to examine the backlash effect in the Brazilian constitutional jurisdiction, considering the economic, social and legal impacts produced by decisions taken by the Supreme Court. The example of the studied phenomenon concerns the position adopted regarding the provisional execution of the sentence, which resulted in the immediate reaction by sectors of society in the search for a change in the Federal Constitution as a clear counterpoint to the guidance established by the Supreme Court.

Keywords: Federal Court of Justice; backlash effect; provisional execution of the penalty.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Constitucionalismo democrático e efeito backlash; 3. Execução provisória da pena na visão do supremo tribunal federal; 4. Efeito backlash da decisão do Supremo Tribunal Federal; 5. Conclusão; Referências.

5. Introdução

O presente artigo examina a importância da jurisdição constitucional no cenário jurídico nacional, em especial diante do protagonismo judicial que se vê atualmente no enfrentamento de diversos temas sensíveis para o país nos aspectos

sociais, econômicos e jurídicos. Além disso, é preciso ressaltar que o Poder Judiciário opera, muitas vezes, exercendo papel contramajoritário, de modo que a legitimidade para a adoção de determinadas decisões, as quais afetam grupos majoritários, será testada no âmbito de uma sociedade.

Desse modo, pretende-se inicialmente abordar a importância que se dá ao constitucionalismo democrático que busca equilibrar os Poderes quanto à responsabilidade na interpretação constitucional, permitindo o diálogo entre eles como forma de se avançar na evolução da jurisdição constitucional. Além disso, é importante verificar que decisões tomadas pelas Cortes podem gerar o efeito *backlash*, ou seja, reações de grupos que visam rever a posição adotada pelos Tribunais.

No segundo momento, analisa-se a posição do Supremo Tribunal Federal no tocante à execução provisória da pena, por se tratar de caso interessante para se verificar o efeito *backlash*, eis que nesta seara houve mudanças de posições ao longo dos anos, até se chegar ao atual entendimento de vedação da prisão sem o trânsito em julgado da condenação imposta pelo Poder Judiciário.

Por fim, tomando como exemplo o caso acima citado, é necessário abordar o efeito *backlash* gerado, em especial no Congresso Nacional, em decorrência da posição adotada pela Corte Suprema, visto que o entendimento dado aos dispositivos constitucionais e legais não foi bem aceito por diversos setores, os quais iniciaram imediato movimento como forma de rever a posição agora vigente.

2. Constitucionalismo democrático e efeito *backlash*

De início, o papel contramajoritário das decisões das Superiores evidencia a preocupação em torno da legitimidade de suas posições. Nesse aspecto, é inegável que o Supremo Tribunal Federal possui “papel de destaque nessa estrutura, respondendo por grande parte das questões morais, sociais e políticas que interessam a todos os cidadãos brasileiros”¹. Além disso, observa-se nos últimos anos o processos de judicialização de todo e qualquer tema relevante no país, ampliando cada vez mais a atuação do Poder Judiciário, em especial nas Cortes Superiores.

Além disso, é preciso compreender que há diferença entre ativismo judicial e protagonismo judicial. Isso porque o primeiro representa uma violação da separação dos Poderes, enquanto o segundo é entendido como um avanço na implementação e na própria garantia dos direitos fundamentais de uma minoria². Da mesma forma, “não há dúvidas de que as Cortes Constitucionais em Estados democráticos possam tomar decisões que venham a afetar tanto o funcionamento e os produtos dos outros Poderes quanto a sociedade civil”³, tendo em vista que

* Doutorando em Direito pela PUC/PR, Mestre em Direito Penal pela PUC/SP, Professor de Direito Penal na PUC/PR, Advogado criminalista.

O presente trabalho foi desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa Sistema penal, democracia e direitos humanos do Centro Universitário CESAC – Fejal, sob a coordenação do Prof. Dr. Bruno Cavalcante Leitão Santos.

¹ MARIANA BARSAGLIA PIMENTEL. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./ jun. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189. Acesso em: 19 jun. 2022.

² FLÁVIO MARTINS. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 76.

³ CLÉMERSON MERLIN CLÉVE; BRUNO MENESES LORENZETTO. Cortes constitucionais como atores políticos estratégicos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 116/2019, p. 187-215, Nov-Dez/2019.

eventuais questionamentos a respeito de temas importantes de um país serão decididos pelo Poder Judiciário, que, em regra, dará a última palavra a respeito.

Por sua vez, o questionamento está “na legitimação do STF para tomar tais decisões e o alcance de tais políticas e o tempo necessário para que elas possam realmente produzir efeitos, além da existência de condições institucionais suficientes” para que as mudanças sejam efetivamente produzidas⁴. Há uma clara preocupação do papel institucional do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com Robert Post e Reva Siegel, ao tratarem do Constitucionalismo Democrático:

O Constitucionalismo Democrático afirma o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados na garantia da Constituição, ao mesmo tempo em que afirma o papel das Cortes na utilização de um raciocínio técnico-jurídico para interpretar a Constituição. Diferentemente do Constitucionalismo Popular, o constitucionalismo democrático não procura retirar a Constituição das Cortes. Constitucionalismo Democrático reconhece o papel essencial dos direitos constitucionais judicialmente garantidos na sociedade americana⁵.

Assim, ainda que seja inegável a importâncias das Cortes Superiores na concretização de direitos fundamentais não assegurados pelo legislador, “seria preocupante a ideia de que decisões consideradas ‘políticas’ emanem de um corpo não eleito de autoridades”⁶, ante a possibilidade de causarem dúvidas a respeito da

⁴ *Ibidem*.

⁵ ROBERT POST; REVA SIEGEL. Roe rage: democratic constitutionalism and the backlash. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, v. 42, n. 2, p. 373-433, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968. Acesso em: 19 jun. 2022.

⁶ RITA VASCONCELOS. O debate público na construção e legitimação democrática das decisões judiciais: backlash e justiça midiática. *Revista de Processo*. vol. 291/2019. p. 337-352. Maio/2019.

legitimidade da orientação eventualmente adotada. Trata-se, portanto, de uma nova busca de equilíbrio entre os Poderes constitucionalmente instituídos.

De acordo com a doutrina, em trecho esclarecedor a respeito do tema, é interessante perceber como o Poder Judiciário passou a ser visto pela sociedade:

Com o passar do tempo, foi-se alterando a confiança no Judiciário em relação à interpretação da Constituição. Antes consideradas espaços privilegiados de difusão da razão humana, as Cortes foram perdendo a confiança que detinham, por parte da população, e as opiniões foram se dividindo. No contexto do constitucionalismo popular, alguns progressistas entendiam que a Constituição deveria ser tirada das cortes e devolvida à população. Já outros, em uma perspectiva minimalista, focaram sua preocupação na necessidade de cautela judicial. Uma das razões que levam a esse cenário é o fato de que os progressistas passaram a temer um Judiciário assertivo que pudesse provocar um *backlash* cultural e político que, ao invés de reforçar, acabaria mais prejudicando os valores progressistas⁷.

Nesse contexto, o constitucionalismo democrático considera inaceitável que uma esfera de poder se coloque acima da outra, de modo que as divergências interpretativas são encaradas de maneira produtiva para o amadurecimento do Direito⁸. Desse modo, “fenômeno da reação social ou institucional a uma decisão originária do Tribunal Constitucional não é novo no cenário internacional, e tem merecido especial atenção na elaboração doutrinária americana dedicada ao estudo do fenômeno que ali se identifica como *backlash*”⁹. Aliás, no Brasil não é diferente,

⁷ Ibidem.

⁸ MARIANNA MONTEBELLO WILLEMANN. Constitucionalismo Democrático, Backlash e resposta legislativa em matéria constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 33, janeiro/fevereiro/março de 2013

⁹ VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE. Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática [online]. 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal

tanto que a Corte Suprema tem recebido cada vez mais atenção por força de decisões tomadas que, em tese, avançariam para assuntos de competência dos demais poderes.

De acordo com o dicionário Cambridge, *backlash* significa “um forte sentimento entre um grupo de pessoas em reação a uma mudança ou eventos recentes na sociedade ou política”¹⁰. Ou seja, “nada mais é do que uma forte reação, exercida pela sociedade ou por outro Poder a um ato (lei, decisão judicial, ato administrativo etc.) do poder público”¹¹.

Dito isso, é necessário compreender que “*backlash* tem sua dimensão positiva, pois seria inerente à evolução de uma cultura constitucional na qual os cidadãos e movimentos sociais resgatam ‘significados constitucionais’ por meio de lutas por ampliação de direitos”¹². Porém, em algumas situações sensíveis, surgirão desacordos razoáveis sobre o que seria constitucional e inconstitucional. Nessas hipóteses, ao contrário do correntemente defendido, o constitucionalismo não exige a prevalência do entendimento do Tribunal frente ao entendimento do Parlamento¹³.

Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_ possibilidade_democr%C3%A1tica. Acesso em: 19 jun. 2022.

¹⁰ BACKLASH In: *Cambridge dictionary*. Disponível em: <http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/backlash>. Acesso em: 28 jul. 2021.

¹¹ FLÁVIO MARTINS. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. ..., p. 77.

¹² MARIA EUGENIA BUNCHAFT; TÊMIS LIMBERGER; JESSICA CRISTIANETTI. O refluxo em *Roe versus Wade*: uma reflexão à luz do diálogo entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo judicial. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*, v. 21, n. 3, p. 987-1011, set./dez. 2016, p. 994.

¹³ KATIA KOZICKI; EDUARDO BORGES ARAÚJO. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. *Seqüência (Florianópolis)*, n. 71, p. 107-132, dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/Jq9xnmcwXcBk9pdQsGVM6xh/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 jun. 2022.

Desse modo, “o efeito *backlash* do ativismo judicial, que é uma espécie de efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo”¹⁴. Em outras palavras, em casos controvertidos, a posição adotada pelo Poder Judiciário enfrenta automaticamente uma reação na esfera política, com o escopo de modificar a compreensão formada pelos magistrados.

Diante disso, considerando a judicialização de diversos temas da sociedade, dos mais complexos aos mais simples, é possível afirmar que:

(...) parece previsível que o backlash se intensifique, num cenário de ampliação crescente do universo temático sobre o qual recaem as manifestações judiciais – do Supremo Tribunal Federal inclusive. Decidir mais não significa necessariamente decidir melhor; e decidir mais em matérias sensíveis como o são as grandes questões morais e os temas que envolvem diretamente a proteção a direitos fundamentais, importa em adentrar firmemente em terreno sujeito a grandes controvérsias – portanto, férteis à reação, inclusive creditada à insuficiência na

¹⁴ GEORGE MARMELESTEIN LIMA. Efeito backlash da jurisdição constitucional: reações políticas à atuação judicial [online]. 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-aatuacao-judicial>. Acesso em: 19 jun. 2022. O autor explica de maneira muito didática a lógica do backlash: “(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão”.

transformação empreendida pela nova conformação das coisas desenvolvida pela ordem judicial¹⁵.

Ademais, o importante é desvencilhar-se do senso comum teórico de correlacionar, umbilicalmente, *backlash* como um fenômeno social conservador, o que é um erro palmar. Teoricamente, não há uma relação necessária entre *backlash* conservador e decisões “progressistas”, ainda que isso seja frequente. Para a formação de um *backlash* “progressista”, basta que a decisão guerreada reafirme um tradicional estado de coisas e que as medidas que visam à sua desconstrução sejam adotadas por setores que desejam reformar o status quo.¹⁶

Logo, o questionamento que se deve ter reside no fato de que “o juiz pode, levando-se em conta possíveis reações sociais à sua decisão (backlash), ter a devida ponderação no processo decisório para evitar o conflito desnecessário”¹⁷. Trata-se de postura que busca assegurar a resolução das divergências de interpretação, sem que determinado poder prevaleça em relação a outro. Ao mesmo tempo, é inegável que o Poder Judiciário perde parcela do protagonismo no tocante à última palavra da Constituição Federal, vez que sua visão estará sempre condicionada a fatores externos relativos à eventual reação social frente à decisão dada.

¹⁵ VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE. *Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática* [online]. 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica. Acesso em: 19 jun. 2022.

¹⁶ SAMUEL SALES FONTELES. *Direito e backlash*. Salvador: Juspodvm, 2019, p. 29.

¹⁷ FLÁVIO MARTINS. *Curso de direito constitucional...*, p. 81.

3. Execução provisória da pena na visão do Supremo Tribunal Federal

A Constituição Federal de 1988 prevê no seu artigo 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tratando-se de garantia fundamenta que, a princípio, não resultaria em maiores questionamentos diante de sua expressa literalidade.

Por sua vez, a concepção de presunção de inocência possui duas perspectivas: a) regra de tratamento; b) regra probatória. Assim, na primeira perspectiva (intimamente relacionada com a execução antecipada da pena), manifesta-se como óbice a qualquer juízo antecipado condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do acusado, servindo como exemplo a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária. Por óbvio, isso não significa que a segregação cautelar do acusado é inviável, pois poderá ocorrer quando devidamente motivada a sua necessidade concreta.

Já a presunção de inocência, como regra probatória, impõe à acusação o ônus de comprovar a imputação penal, valendo pontuar que na virada jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, ocorrida no HC 84.078/MG, a corrente minoritária (favorável à execução provisória da pena) visualizou o núcleo da garantia fundamental nessa perspectiva¹⁸, sendo um dos argumentos empregados

¹⁸ GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA; RAFAEL JUNIOR SOARES; LUIZ ANTONIO BORRI. Slippery Slope, A Presunção De Inocência E Sua Evolução Na Visão Do Supremo Tribunal Federal: Uma Análise A Partir Dos Direitos Humanos, Fundamentais E De Personalidade. *Prim Facie*, [S. l.], v. 18, n. 39, p. 01–27, 2020. DOI: 10.22478/ufpb.1678-2593.2019v18n39.48758. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/48758>. Acesso em: 28 jul. 2021.

pela maioria (favorável à execução provisória da pena) que se formou na nova modificação jurisprudencial ocorrida no HC 126.292/SP¹⁹.

A conclusão decorria da interpretação do artigo 637 do Código de Processo Penal, o qual prevê a baixa dos autos para execução da sentença na hipótese de aviamento de recurso extraordinário, particularmente porque o apelo extremo não é dotado de efeito suspensivo, sendo tal entendimento alterado com o julgamento pelo pleno do Supremo Tribunal Federal do HC 84.078/MG²⁰, ocorrido em 2009, no qual, por maioria de votos, restou assentada a inconstitucionalidade da denominada execução provisória da pena por afrontar o artigo 5º, LVII da Constituição Federal²¹.

O entendimento da Corte baseou-se, dentre outros fundamentos, na circunstância de a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) prever nos artigos 105, 147 e 164 que o cumprimento da pena privativa de liberdade, restritiva de direito e multa ocorrerá com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo tais dispositivos adequados à ordem jurídica constitucional e cronologicamente posteriores ao artigo 637 do Código de Processo Penal²².

¹⁹ CARLA RAMOS. Execução provisória da pena na jurisprudência do STF. In: GUSTAVO MASCARENHAS LACERDA PEDRINA; MARIANA MADERA NUNES; RAFAEL FERREIRA DE SOUZA; VINICIUS GOMES DE VASCONCELLOS [Orgs]. *Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: RT, 2019, p. 287/321.

²⁰ GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA; RAFAEL JUNIOR SOARES; LUIZ ANTONIO BORRI. Slippery Slope, A Presunção De Inocência E Sua Evolução Na Visão Do Supremo Tribunal Federal: Uma Análise A Partir Dos Direitos Humanos, Fundamentais E De Personalidade. *Prim Facie*, [S. l.], v. 18, n. 39, p. 01–27, 2020. DOI: 10.22478/ufpb.1678-2593.2019v18n39.48758. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/48758>. Acesso em: 28 jul. 2021.

²¹ ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ. *Prisão Cautelar – Dramas, princípios e alternativas*. 3ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 268-271.

²² GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA; RAFAEL JUNIOR SOARES; LUIZ ANTONIO BORRI. Slippery Slope, A Presunção De Inocência E Sua Evolução Na Visão Do Supremo Tribunal Federal: Uma Análise A

A Corte Suprema retomou o entendimento vigente até 2009 quando a matéria foi revisitada pelo pleno no HC 126.292/SP, sendo firmada a repercussão geral da jurisprudência com o julgamento do ARE 964.246 RG/SP, ambos do ano de 2016, admitindo-se, por conseguinte, a execução provisória da pena, a partir da condenação proferida ou confirmada em grau recursal.

Já no final do ano de 2019, ainda que por maioria apertada (6 x 5), a Corte Suprema decidiu, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54, que o artigo 283 do Código de Processo Penal possui legitimidade constitucional, impedindo-se a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação em qualquer espécie de infração penal.

Entretanto, encontra-se aguardando julgamento na Corte Suprema o recurso extraordinário 1235340/SC, de relatoria do Min. Roberto Barroso, no qual se decidirá sobre a constitucionalidade da execução imediata de pena aplicada pelo Tribunal do Júri, independentemente do total da pena aplicada, conforme tema 1068.

Desse modo, é certo que o debate relativo ao tema 1068 pode parecer de certa forma incompatível ante a decisão sobre a impossibilidade de execução provisória da pena, mas é importante destacar que votos dos Ministros nas ADCs trouxeram destaques no tocante aos crimes julgados pelo Tribunal do Júri. O Ministro Dias Toffoli, por exemplo, não obstante tenha se posicionado pela constitucionalidade do dispositivo, defendeu o tratamento diferenciado em relação aos crimes dolosos contra a vida. Com efeito, a leitura atenta das posições

Partir Dos Direitos Humanos, Fundamentais E De Personalidade. *Prim Facie*, [S. l.], v. 18, n. 39, p. 01–27, 2020. DOI: 10.22478/ufpb.1678-2593.2019v18n39.48758. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/48758>. Acesso em: 19 jun. 2022.

externadas pelos Ministros indica a possibilidade de se ter entendimentos distintos para a execução provisória da pena a partir da natureza da infração penal, ainda que isso seja altamente criticável.

O principal motivo para sustentar a posição daqueles que defendem a execução imediata da pena no Tribunal do Júri reside no fato de que a instância recursal não pode substituir a vontade do Conselho de Sentença no que tange ao reconhecimento da autoria e materialidade, mas somente determinar novo julgamento em hipóteses excepcionais dispostas no Código de Processo Penal. Desse modo, a excepcionalidade na visão do legislador - ainda que obviamente seja possível - acerca de novo julgamento fundamentaria a imediata execução da pena.

É preciso reconhecer que no julgamento das ADCs, afirmou-se que os crimes dolosos contra a vida poderiam sofrer tratamento diferenciado, em decorrência da soberania dos veredictos e da exigência de se atribuir credibilidade ao sistema de justiça criminal²³. Ademais, impressiona o uso do argumento da soberania dos veredictos para justificar a execução imediata da pena, tendo em vista que o enunciado constitucional busca conceder garantia ao acusado, no entanto, é utilizado exatamente como fundamento para restrição prematura da liberdade do acusado²⁴.

Por meio da Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime), o tema da execução provisória da pena, foi novamente trazido para exame, ante a previsão expressa da

²³ ALESSANDRA GOMES FARIA BALDINI. Execução provisória das condenações do Tribunal do Júri – Art. 492 do CPP. In: *Pacote anticrime: análise crítica à luz da Constituição Federal*. [Org. Bruna Martins Amorim Dutra; William Akerman]. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 266.

²⁴ ÁLVARO ANTANAVICIUS FERNANDES; LUÍZA BORGES TERRA. In: *Pacote Anticrime Lei 13.964/2019 – Temas penais e processuais penais* [Coord. GABRIEL HABIB]. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 45-46.

execução imediata da pena aplicada em patamar igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão. De forma didática, nesta especial situação, seria irrelevante a presença ou não dos requisitos da custódia cautelar, porque o critério de determinação da custódia seria meramente objetivo e automático. Por sua vez, a escolha quantitativa de 15 (quinze) anos de pena é interessante porque não encontra qualquer parâmetro na legislação penal ou processual penal, tratando, na verdade, de escolha meramente discricionária do legislador.

À luz das considerações acima, evidência de plano ofensa à isonomia, porque acusados de crimes mais graves, baseando-se na quantidade de pena aplicada (por exemplo, roubo seguido de morte), aguardariam o julgamento de seus recursos em liberdade. Desse modo, “não há sentido nessa distinção feita pelo legislador quanto à soberania dos veredictos ter maior incidência nos casos envolvendo determinado montante de pena”²⁵. Mesmo que se invoque a soberania dos veredictos, “não se pode perder de vista que o tribunal popular é composto de pessoas leigas e, nessa linha, existe a possibilidade (quicá mais real) de erros na apreciação dos fatos e provas”²⁶.

Ademais, levando em consideração uma suposta gravidade dos crimes dolosos contra a vida, buscou o legislador, ainda que de maneira implícita, estabelecer condenável hipótese de antecipação de penal. Como se não bastasse, o dispositivo da lei desprestigia do duplo grau de jurisdição, ao simples desconsiderar a possibilidade de reforma do julgamento pelas instâncias superiores, nos termos

²⁵ GUILHERME MADEIRA DEZEM; LUCIANO ANDERSON DE SOUZA. *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

²⁶ EUGÊNIO PACELLI. *Curso de processo penal*. 24 ed. São Paulo: Atlas, p. 843.

das hipóteses de cabimento recursal no Tribunal do Júri²⁷. Em outras palavras, ao se autorizar a execução provisória da pena com base na decisão pelo Tribunal do Júri, “o duplo grau resta enfraquecido, vez que sujeita o condenado ao cumprimento de uma pena, mesmo havendo possibilidade de que o julgamento seja anulado ou a sentença reformada”²⁸.

Apesar da novidade inserida por meio da Lei Anticrime, o Superior Tribunal de Justiça²⁹ tem refutado de forma veemente a execução provisória da pena privativa de liberdade em razão de condenação pelo Tribunal do Júri, sob o fundamento principal de vedação pelo Supremo Tribunal Federal nas ADCs 43, 44 e 54.

A posição adotada pela Corte Cidadã está correta e evita prisões desnecessárias e infundadas, além de prestigiar a presunção de inocência e o duplo grau de jurisdição, visto que a decisão tomada pelo Conselho de Sentença poderá ser objeto de reexame pelos Tribunais, Trata-se, portanto, de entendimento que se alinha perfeitamente à Constituição Federal e à Convenção Americana de Direitos Humanos.

Como destacado acima de forma detalhada, melhor seria a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, extirpando-se o dispositivo do ordenamento jurídico, a fim de se evitar prejuízo em situações concretas de julgamentos pelo Tribunal do Júri no país.

²⁷ ANDRÉ CRISTINA D’ANGELO, Tribunal do Júri e o pacote anticrime. In: *Lei anticrime: um olhar criminológico, político-criminal, penitenciário e judicial* [Coord. Antonio Baptista Gonçalves]. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 214-215.

²⁸ RODRIGO FAUCZ PEREIRA; YURI FELIX. A mitigação do duplo grau de jurisdição no pacote anticrime – comentários ao art. 492 do CPP. *Boletim do IBCCRIM*, ano 26, nº. 331, junho/2020, p. 20-21.

²⁹ HC 623.107/PA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020.

Portanto, observa-se a clara oscilação das Cortes Superiores a respeito da execução provisória da pena, prevalecendo, ao menos de acordo com o atual posicionamento da Suprema Corte, a vedação da prisão sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória³⁰.

4. Efeito *backlash* da decisão do Supremo Tribunal Federal

Em pesquisa realizada no ano de 2018 pelo instituto Datafolha, 57% dos entrevistados apoiam a prisão de réus após condenação em segunda instância, enquanto 37% defendem prisão depois de esgotados todos os recursos possíveis³¹.

O chamado efeito *backlash* ou efeito vacilado representa essa reação ao entendimento do Poder Judiciário sobre determinado tema, em que a jurisprudência das cortes sofre abalo posterior com uma eventual legislação, por exemplo. O que ocorre aqui é uma tensão clara entre os poderes e a discussão gira em torno de quem teria a palavra final e de qual entendimento prevaleceria em relação a assunto que seja considerado polêmico diante de visões de mundo³².

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal no ano de 2019 que vedou novamente a execução provisória da pena, imediatamente o Congresso Nacional retomou a discussão a respeito da possibilidade de prisão após o julgamento em

³⁰ Para maior aprofundamento do assunto, ver: WALTER BARBOSA BITTAR; RAFAEL JUNIOR SOARES. Código de Processo Penal – Decreto-Lei 3.689/41. In: WALTER BARBOSA BITTAR (ORG.). *Comentários ao Pacote Anticrime*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 94-98.

³¹ G1. 57% são favoráveis à prisão após condenação em segunda instância, aponta pesquisa Datafolha. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/pesquisa-datafolha-aponta-que-57-consideram-justa-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.ghtml>. Acesso em: 19 jun. 2022.

³² LAURA GERMANO MATOS; PATRÍCIA TUMA BERTOLIN. A reforma trabalhista de 2017: um diagnóstico da tensão entre os poderes legislativo e judiciário. *Revista de Direito do Trabalho*. Vol. 198/2019, p. 83-103, Fev/2019.

segunda instância. Isso se deu por meio da apresentação da Proposta de Emenda Constitucional 199/19, pelo deputado federal Alex Manente.

O objetivo da proposta de modificação constitucional acabaria com os recursos extraordinário e especial dispostos, respectivamente, nos artigos 102 e 105 da Constituição Federal, transformando-os em ações revisionais dirigidas ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Com isso, os processos criminais se encerrariam na segunda instância, por meio do trânsito em julgado das decisões proferidas, sem necessidade de modificação do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que assegura, conforme foi visto, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Dito isso, a PEC 199/19 foi apresentada no dia 19 de novembro de 2019 e o julgamento das ADCS 43, 44 e 54 no Supremo Tribunal concluído no dia 07 de novembro de 2019, o que evidencia a correlação entre a postura do Poder Legislativo frente à decisão tomada pelo Poder Judiciário. Ou seja, há clara reação do Poder Legislativo em razão da decisão tomada pela Corte Suprema.

Desse modo, “o poder normativo, vale dizer, o poder de estabelecer um parâmetro jurídico para a solução dos conflitos sociais, tem migrado do poder legislativo para o poder judicial”, estabelecendo, por sua vez, tensão contínua entre a esfera política e a esfera jurídica³³. A reação contra a decisão judicial pode ocorrer de várias formas: i) revisão legislativa da decisão controversa; ii) interferência política no preenchimento de vagas nas Cortes como forma de controlar os futuros

³³ GEORGE MARMELESTEIN. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisidicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em: 19 jun. 2022.

juízes; iii) sanções disciplinares, impeachments ou remoções sem fundamento; iv) restrição à jurisdição dos tribunais³⁴.

No caso da execução provisória da pena, não há dúvida de que o Poder Legislativo buscou revisar a posição do Supremo Tribunal Federal por entendê-la como não adequada ou correta. Ou seja, considerando o impedimento imposto pela Corte Suprema a partir da interpretação do dispositivo que trata da presunção da inocência, o Congresso Nacional buscou modificação a Constituição Federal com o escopo de introduzir a sua correta interpretação do texto constitucional, em claro efeito *backlash* aquilo que fora decidido.

Outro exemplo interessante a respeito do efeito *backlash* diz respeito à vaquejada, que foi proibida pelo Supremo Tribunal Federal e logo após sofreu deliberação no Congresso Nacional:

O grau de influência e mobilização do poder econômico – e do consequente poder político – da indústria da exploração animal bem pode ser visualizado por intermédio do *efeito backlash* à decisão da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade de lei cearense que regulamentava a vaquejada. O julgamento pelo plenário da Suprema Corte brasileira se deu em 06/10/2016, mas o respectivo acórdão somente foi publicado em 27.04.2017. Após intensa cobertura jornalística e midiática, com mobilização dos respectivos setores, organizando passeatas e caravanas de “vaqueiros” em prol da “regularização” da atividade, o Congresso Nacional aprovou, em 06.06.2017 (apenas oito meses após o julgamento do STF), a Emenda Constitucional 96, pela qual foi introduzido o § 7º no art. 225 da Constituição, determinando que “Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal,

³⁴ *Ibidem*.

registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos³⁵.

Diante disso, fica evidente que em determinadas situações, como é o caso da execução provisória da pena, apesar da postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal, houve imediato rechaço pelo Congresso Nacional visando evitar a aplicação do entendimento firmado pelos Ministros. Embora a PEC 199/19 não tenha efetivamente avançado no Poder Legislativo, a proposição de tempos em tempos é mencionada como forma de questionar a postura da Corte Suprema.

De qualquer sorte, é preciso deixar claro que “por mais que o Judiciário deva estar sensível às demandas políticas e sociais dentro dessa perspectiva sugerida pelo constitucionalismo democrático, jamais se admitirá que a decisão, apesar de agradar a opinião pública, seja contrária à Constituição”³⁶.

Logo, não obstante a identificação do efeito *backlash*, impõe à Suprema Corte decidir conforme os limites do texto constitucional - como foi feito no caso da execução provisória da pena cujo dispositivo é cristalino quanto aos seus limites -, não cabendo aos julgadores mensurar eventuais reações da sociedade ou dos poderes em relação à decisão apresentada à sociedade.

1. Conclusão

O presente trabalho examinou o efeito *backlash* existente em decisões tomadas pelas Cortes Supremas, caracterizado como uma forte reação da sociedade

³⁵ VICENTE DE PAULA ATAIDE JR. Capacidade processual dos animais. *Revista de processo*. Vol. 313/2021, p. 85-128, mar/2021.

³⁶ PEDRO LENZA. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 50.

ou outro Poder em relação às decisões tomadas pelo Tribunal por divergências quanto à sua aceitação ou legitimidade naquele contexto da sociedade.

Diante disso, examinou-se a evolução jurisprudencial da execução provisória da penal no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que, recentemente, no julgamento das ADC's 43, 44 e 54, entendeu que pela impossibilidade de autorização por conta da previsão de presunção de inocência inserida na Constituição Federal.

O exemplo é interessante porque, a partir da tomada de decisão pela Corte Suprema, imediatamente a sociedade e em especial o Poder Legislativo, neste último caso por meio da PEC 199/19, iniciou movimento de reação à posição do Tribunal superior visando suplantar a orientação firmada.

Por fim, apesar da preocupação do Poder Judiciário quanto às reações advindas de suas decisões, conforme esclarecido acerca do efeito *backlash*, impõe ao Supremo Tribunal Federal atuar nos estritos limites da Constituição Federal, como acertadamente se verificou na hipótese da vedação da execução provisória da pena, por conta do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

Bibliografia

ATAIDE JR., Vicente de Paula. Capacidade processual dos animais. *Revista de processo*. Vol. 313/2021, p. 85-128, mar/2021.

ÁVILA, G. N. de; SOARES, R. J.; BORRI, L. A. Slippery Slope, A Presunção De Inocência E Sua Evolução Na Visão Do Supremo Tribunal Federal: Uma Análise A Partir Dos Direitos Humanos, Fundamentais E De Personalidade. *Prim Facie*, [S. l.], v. 18, n. 39, p. 01–27, 2020. DOI: 10.22478/ufpb.1678-2593.2019v18n39.48758. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/48758>. Acesso em: 19 jun. 2022.

- BACKLASH. In: *Cambridge dictionary*. Disponível em: <http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/backlash>. Acesso em: 19 jun. 2022.
- BALDINI, Alessandra Gomes Faria. Execução provisória das condenações do Tribunal do Júri – Art. 492 do CPP. In: *Pacote anticrime: análise crítica à luz da Constituição Federal*. [Org. Bruna Martins Amorim Dutra; William Akerman]. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 266.
- BITTAR, Walter Barbosa; SOARES, Rafael Junior. Código de Processo Penal – Decreto-Lei 3.689/41. In: BITTAR, Walter Barbosa (org.). *Comentários ao Pacote Anticrime*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.
- BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Têmis e CRISTIANETTI, Jessica. O refluxo em Roe versus Wade: uma reflexão à luz do diálogo entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo judicial. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*, v. 21, n. 3, p. 987-1011, set./dez. 2016, p. 994.
- CLÉVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Cortes constitucionais como atores políticos estratégicos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 116/2019, p. 187-215, Nov-Dez/2019.
- CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar – Dramas, princípios e alternativas*. 3ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 268-271.
- D´ANGELO, André Cristina. Tribunal do Júri e o pacote anticrime. In: *Lei anticrime: um olhar criminológico, político-criminal, penitenciário e judicial* [Coord. Antonio Baptista Gonçalves]. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 214-215.
- DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- FERNANDES, Álvaro Antanavicius; TERRA, Luíza Borges. In: *Pacote Anticrime Lei 13.964/2019 – Temas penais e processuais penais* [Coord. Habib, Gabriel]. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 45-46.
- FONTELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 29.
- G1. 57% são favoráveis à prisão após condenação em segunda instância, aponta pesquisa Datafolha. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/pesquisa-datafolha-aponta-que-57-consideraram-justa-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.ghtml>. Acesso em: 19 jun. 2022.
- KOZICKI, Katia; ARAÚJO, Eduardo Borges. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. *Seqüência* (Florianópolis), n. 71, p. 107-132, dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/Jq9xnmcwXcBk9pdQsGVM6xh/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 jun. 2022.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 50.
- LIMA, George Marmelstein. Efeito backlash da jurisdição constitucional: reações políticas à atuação judicial [online]. 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-aatuacao-judicial>. Acesso em: 19 jun. 2022.

- MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em: 19 jun. 2022.
- MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 76.
- MATOS, Laura Germano; BERTOLIN, Patrícia Tuma. A reforma trabalhista de 2017: um diagnóstico da tensão entre os poderes legislativo e judiciário. *Revista de Direito do Trabalho*. Vol. 198/2019, p. 83-103, Fev/2019.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 24 ed. São Paulo: Atlas, p. 843.
- PEREIRA, Rodrigo Fauetz; FELIX, Yuri. A mitigação do duplo grau de jurisdição no pacote anticrime – comentários ao art. 492 do CPP. *Boletim do IBCCRIM*, ano 26, nº. 331, junho/2020, p. 20-21.
- PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./jun. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189. Acesso em: 19 jun. 2022.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and the backlash. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, v. 42, n. 2, p. 373-433, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968. Acesso em: 19 jun. 2022.
- RAMOS, Carla. Execução provisória da pena na jurisprudência do STF. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de [Orgs]. *Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: RT, 2019, p. 287/321
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática [online]. 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_posibilidade_democr%C3%A1tica. Acesso em: 19 jun. 2022.
- VASCONCELOS, Rita. O debate público na construção e legitimação democrática das decisões judiciais: backlash e justiça midiática. *Revista de Processo*. vol. 291/2019. p. 337-352. Maio/2019.
- WILLEMANN, Marianna Montebello. Consitucionalismo Democrático, Backlash e resposta legislativa em matéria constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 33, janeiro/fevereiro/março de 2013.

MUDANÇAS CLIMÁTICAS, BIOECONOMIA E TRABALHO DECENTE NA AMAZÔNIA

Climate change, bioeconomy and decent work in the Amazon

Ana Elizabeth Neirão Reymão*
Suzy Elizabeth Cavalcante Koury**

Resumo: O artigo traz reflexões sobre o trabalho na Amazônia no contexto das mudanças climáticas e da transição ecológica anunciada pela bioeconomia como vetor para o desenvolvimento sustentável da região. A pesquisa é baseada na revisão bibliográfica e na consulta documental, com abordagem qualitativa. O estudo destaca que o conceito de bioeconomia ainda está em formação, podendo incluir múltiplas atividades, muitas denunciadas por graves violações de direitos. Assim, nem todas se restringem às que consideram apenas o aproveitamento econômico de sua biodiversidade, com a associação da ciência e da tecnologia aos conhecimentos tradicionais e dos povos e comunidades tradicionais da região. Dessa forma, o incentivo e apoio do Estado à bioeconomia precisa ser pensado para que não se repitam erros do passado, valorizando-se o real e efetivo diálogo intercultural entre os atores amazônicos e os formuladores das políticas que visam à sua implementação.

Palavras-chave: Amazônia; mudanças climáticas; bioeconomia; empregos verdes; trabalho decente.

Abstract: The article presents reflections on labor in the Amazon in the context of climate change and the ecological transition announced by the bioeconomy as a driver for the sustainable development of the region. The research is based on literature review and documental analysis, using a qualitative approach. The study highlights that the concept of bioeconomy is still evolving and can encompass multiple activities, many of which have

* Economista, mestre em Economia e Doutora em Ciências Sociais. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito do CESUPA e da Faculdade de Economia da UFPA. Líder do grupo de pesquisas CNPq "MinAmazônia" (Políticas públicas e ODS na Amazônia) e vice-líder do grupo de pesquisas CNPq "Emprego, Subemprego e Políticas Públicas na Amazônia".

** Desembargadora do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Doutora em Direito. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito do CESUPA. Líder do grupo de pesquisas CNPq "Emprego, Subemprego e Políticas Públicas na Amazônia" e vice-líder do grupo "MinAmazônia" (Políticas públicas e ODS na Amazônia).

been criticized for serious rights violations. Therefore, not all of these activities are limited to those that focus solely on the economic utilization of biodiversity, with the association of science and technology with traditional knowledge of the people and the communities of the region. Hence, the support and encouragement of the State regarding the bioeconomy must be carefully considered to prevent past mistakes, appreciating the genuine and effective intercultural dialogue between Amazonian players and policy makers working towards policy implementation.

Keywords: Amazon; climate change; bioeconomy; green jobs; decent work.

Sumário: 1. Introdução. 2. A política de combate às mudanças climáticas e a Amazônia. 3. Mudanças climáticas: da economia verde à bioeconomia. 4. Empregos verdes e o trabalho na Amazônia: por ser verde, é trabalho decente? 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

O debate ambiental vem ganhando protagonismo nas últimas décadas, estando a Amazônia no centro das discussões sobre o tema. Em paralelo, emergiu o conceito de bioeconomia, colocando-se como vetor para o desenvolvimento sustentável da região e influenciando políticas públicas que visam contribuir para os esforços globais de adaptação e de mitigação dos impactos das mudanças climáticas.

Essas mudanças decorrem da ação humana e da opção por um modelo de produção e de consumo baseado na crescente emissão de gases de efeito estufa (GEE), especialmente o dióxido de carbono (CO₂), originados, principalmente, da queima de combustíveis fósseis e do desmatamento de florestas, como mostram os estudos do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC, 2021).

A crescente concentração dos GEE na atmosfera tem provocado diversas formas de degradação da natureza e perturbações econômicas, políticas e sociais, como a elevação dos preços dos alimentos, de guerras, da quantidade de imigrantes e de refugiados climáticos (Fundação Konrad Adenauer, 2016).

A Amazônia possui uma extensa e importante área florestal remanescente, apesar do avanço da destruição causada pelo desmatamento. Com isso, contribui para manter o equilíbrio do clima e contém a maior reserva de carbono florestal do mundo, estimada em 550 a 734 gigatoneladas de CO₂ equivalente, além de abrigar a maior biodiversidade terrestre do planeta (Veríssimo et al., 2022).

Eliminar o desmatamento criará uma oportunidade para a região e o Brasil se tornarem destinos preferenciais do mercado de carbono, que tem observado um exponencial crescimento. De acordo com o Relatório "*State and Trends of Carbon Pricing 2022*", do Banco Mundial (2023), em 2021 esse mercado atingiu um valor de US\$ 84 bilhões, com aumento de 60% em relação a 2020.

Na contramão, o desmatamento, resultado da implementação de um modelo econômico predatório e sem compromisso com o desenvolvimento sustentável, não apenas coloca em risco o futuro da floresta remanescente, mas é um grave obstáculo a esse desenvolvimento, na medida em que despreza o valor da floresta em pé, com imenso estoque de carbono, relevantes serviços ambientais e rica biodiversidade (Veríssimo et al., 2022).

Diante desse cenário, políticas públicas que incentivam a bioeconomia têm sido anunciadas para a região. Em sua origem, a ideia de bioeconomia está ligada à transição energética de economias dependentes de combustíveis fósseis para outros modelos baseados em setores de baixa emissão de carbono, como se observa em documentos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e da União Europeia (UE) que contribuiram para colocar o termo em evidência (Costa et al., 2022; Barbosa et al., 2021).

Ao ser apontada como um elemento fundamental para a materialização de um novo paradigma de desenvolvimento da Amazônia, a discussão acerca da bioeconomia foca na importância de sua biodiversidade, da grande disponibilidade de biomassa da região e, dentre outros fatores, na possibilidade de aliar o setor produtivo à preservação do meio ambiente (Barbosa et al., 2021). Também tem sido destacada a possibilidade de a bioeconomia promover uma “economia verde”, com o aproveitamento do valor da floresta que, mediante a ajuda de tecnologias, pode viabilizar um desenvolvimento econômico inclusivo em termos sociais (Nobre, 2019).

Assim, como será detalhado, a bioeconomia tem um conceito amplo, multifacetado, fluido e em formação, que tem sido usado para englobar tanto setores intensivos em alta tecnologia, como fármacos, cosméticos e química verde, quanto atividades extrativistas de produtos florestais não madeireiros, como óleos, frutos, sementes e resinas, como explicam Lopes e Chiavari (2022).

O avanço do debate sobre o tema fez surgir uma preocupação com a redução e o desaparecimento dos postos de trabalhos ligados a setores intensivos em emissão. De outro lado, tem-se estudos que apontam para a oportunidade de criação de novos empregos com a redução das emissões líquidas globais para zero até 2050, como os da Deloitte (2022), assim como documentos do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre “empregos verdes”, os quais também incluem a defesa do trabalho decente.

É no contexto dessas reflexões que se apresenta o questionamento central do artigo: de que forma a transição ecológica prometida pela bioeconomia na Amazônia poderá promover trabalhos decentes? Para os fins deste estudo, adota-

se o conceito de trabalho decente da Organização Internacional do Trabalho - OIT, que corresponde ao trabalho adequadamente remunerado, exercido em liberdade, equidade e segurança, e capaz de garantir uma vida digna, apoiado em quatro pilares: os direitos e os princípios fundamentais do trabalho, a promoção do emprego de qualidade, a extensão da proteção social e o diálogo social (OIT, 1999).

A preocupação se justifica porque várias atividades econômicas da bioeconomia têm sido denunciadas pela ocorrência do trabalho análogo ao de escravo, de trabalho infantil e de diversas violações de direitos. É o caso de atividades tradicionais, como a de extração do açaí, que impõe uma série de riscos à integridade física dos trabalhadores. Não tem sido diferente no caso da produção de dendê e de cacau, dentre várias outras, as quais também têm sido denunciadas por problemas semelhantes.

Nessa perspectiva, o objetivo do presente artigo é trazer reflexões sobre o trabalho na Amazônia no contexto das mudanças climáticas e da transição ecológica anunciadas pela bioeconomia como vetor para o desenvolvimento sustentável da região, de modo a garantir que a economia verde assegure trabalhos decentes, sem repetir o que tem sido vivenciado pelos trabalhadores extrativistas da região.

A pesquisa se realiza por meio de procedimentos de revisão bibliográfica e de consulta documental, com abordagem qualitativa. O texto se organiza na seguinte estrutura: traz-se, a seguir, a apresentação da política de combate às mudanças climáticas e sua relação com a Amazônia; a seção três discute mudanças climáticas, economia verde e bioeconomia na Amazônia; na seção quatro, discute-se se trabalho verde e/ou o trabalho da bioeconomia é, necessariamente, trabalho

decente, face à experiências vivenciadas em diversas culturas na Amazônia. Apresentam-se, na última seção, as considerações finais.

2. A política de combate às mudanças climáticas e a Amazônia

A Amazônia possui expressivas reservas de água doce, um grandioso e estratégico potencial mineral, além de uma biodiversidade e uma área de florestas que são fundamentais para o sucesso da política de combate às mudanças climáticas. Não à toa, a cidade de Belém, capital do estado do Pará, na Amazônia oriental, sediará, em novembro de 2025, a reunião anual dos países-membros da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Mudanças do Clima (CQNUMC) e a 30ª Conferência das Partes (COP 30), marcando 10 anos do Acordo de Paris (NAÇÕES UNIDAS, 2023).

O protagonismo da região ocorre no contexto das mudanças climáticas, impulsionadas por um padrão de produção e de consumo que conduz a uma crescente exploração dos recursos naturais, a um aumento do uso de combustíveis fósseis, da produção de energia, da expansão das áreas de cultivo e das cidades, dentre tantas outras transformações que vêm se acelerando no planeta desde a Revolução Industrial (IPCC, 2021).

Em consequência, a crescente emissão de gases de efeito estufa (GEE), principalmente o dióxido de carbono (CO₂), originados da queima de combustíveis fósseis e do desmatamento de florestas, que vem gerando um aquecimento global, o qual tem desencadeado mudanças generalizadas, rápidas e preocupantes (Reymão; Ribeiro; Souza, 2021).

Os impactos negativos em termos ambientais, sociais e econômicos são inexoráveis e podem ser observados por toda parte, excedendo as fronteiras nacionais, como já indicava o Clube de Roma, em 1972. São tempestades, mudanças extremas de temperatura e desastres climáticos que afetam a produção de alimentos, comprometendo a segurança e a soberania alimentar, principalmente de regiões mais pobres, produzindo um grande contingente de refugiados ambientais, entre outras perturbações políticas e sociais (Fundação Konrad Adenauer, 2016).

Visando fazer frente a esse quadro, a comunidade internacional tem se mobilizado para estruturar uma política climática, hoje assentada sobre três pilares: a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática (datada de 1992, em vigor a partir de 1994), o Protocolo de Kyoto (concluído em 1997, mas que vigorou a partir de 16 de fevereiro de 2005) e o Acordo de Paris (2015).

A Convenção-Quadro foi ratificada por 197 países e trata da variação do clima em escala global ou dos climas regionais da terra ao longo do tempo, tendo como objetivo estabilizar as concentrações de GEE. Estabeleceu princípios abrangentes, obrigações de natureza geral e processos de negociação, a serem detalhados em conferências posteriores entre as partes.

O Protocolo de Kyoto, ao qual aderiram 192 países, procurou concretizar os objetivos da Convenção-Quadro, instituindo o compromisso deles em limitar e reduzir a emissão dos GEE. Definiu metas específicas de redução a serem alcançadas por 36 países industrializados e pela União Europeia, apontados como os principais responsáveis por causarem o aquecimento global (Partes Anexo 1). Aos países em desenvolvimento (Partes Não Anexo 1) não foi atribuída essa obrigação específica, tendo como base o princípio da “responsabilidade comum,

mas diferenciada e respectivas capacidades institucionais” (Barroso, 2019, p. 1275).

No Protocolo foram previstos alguns mecanismos de mercado para a realização dos seus objetivos, baseados na comercialização de licenças de emissão. Dentre eles, tem-se o Sistema de Negociação de Emissões da União Europeia (*EU Emission Trading Scheme – ETS*), segundo o qual as empresas têm um limite máximo de emissões. No caso de não ser atingido, podem comercializar a diferença para outras que excederam o seu limite. O segundo é o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), pelo qual países desenvolvidos investem em projetos de implantação de tecnologias mais limpas em países em desenvolvimento, em troca de créditos para a redução de suas emissões. O terceiro é a Redução de Emissões por Desmatamento ou Degradação Florestal (REDD), que compreende um sistema de compensação para países em desenvolvimento que se comprometem com a conservação de suas florestas (*Conference of the Parties*, 1997).

Apesar dos esforços para implementar o Protocolo de Kyoto, o acordo foi extinto em 2012. No mesmo ano, na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio + 20), foi empreendido grande esforço para a reconciliação entre os objetivos econômicos e ambientais do planeta. Um dos temas prioritários foi a transição de uma economia marrom para uma economia verde, com combate à pobreza e aporte financeiro para países em desenvolvimento, além da busca de aperfeiçoamento da coordenação internacional, com robustez institucional suficiente para evitar outro fracasso em acordos na temática de meio ambiente (Reymão; Ribeiro; Souza, 2021).

Posteriormente, na 21ª Conferência das Partes da CQNUMC (2015), firmou-se o Acordo de Paris (ou Acordo do Clima), aprovado pelos 195 países

participantes, que apresenta um conjunto de obrigações a serem cumpridas por eles, retomando pontos centrais da Conferência Eco-92 e do Protocolo de Kyoto.

Do conjunto de esforços dessa política contra o aquecimento global, destacam-se o compromisso de adotar medidas para deter o aumento da temperatura global média do planeta, mantendo-a abaixo de 2°C acima dos níveis pré-industriais, de empenhar esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5°C acima dos níveis pré-industriais, de reduzir as emissões de GEE para não ameaçar a produção de alimentos, conforme o artigo 2º do Acordo de Paris. Igualmente importante é o compromisso de os países desenvolvidos e industrializados financiarem os regimes de mitigação e de adaptação (artigo 9), bem como a obrigação de desenvolver e transferir tecnologia aos países em desenvolvimento e subdesenvolvidos (artigo 10), a fim de que estes possam atingir as metas assumidas no mencionado Acordo (United Nations, 2015).

Nesse debate, fica claro que regiões, como a amazônica, são imprescindíveis para a vida no planeta em face às mudanças climáticas. Os benefícios de preservar a floresta em pé vão desde proteger o solo da erosão, manter as chuvas e regular o clima local e regional, até manter o ciclo da água, conservar a biodiversidade e outros serviços ambientais, regulando o clima do planeta (Campos: Higuchi, 2009).

As florestas são capazes de retirar o CO₂ da atmosfera e incorporá-lo em sua matéria viva. “Por meio da fotossíntese, as florestas absorvem o carbono da atmosfera e liberam o oxigênio. Esse carbono absorvido na forma de gás carbônico é transferido para todas as partes da planta. Assim, as florestas funcionam como grandes depósitos de carbono” (Campos; Higuchi, 2009, p. 19).

É muito relevante o estoque de carbono da floresta amazônica. No entanto, as queimadas florestais e os desmatamentos para a extração de madeira, a criação de gado, a agricultura e outras atividades econômicas fazem com que a região emita grandes quantidades de CO₂, invertendo o seu papel nas mudanças climáticas.

Com isso, a região e o país enfrentam elevados riscos ambientais, inclusive com pontos de inflexão. “O desmatamento e outras atividades humanas agravam os riscos resultantes das mudanças climáticas, especialmente nos biomas ecologicamente vitais da Amazônia e do Cerrado” (Banco Mundial, 2023, p. 10). Os “rios voadores”², produzidos na bacia amazônica, deixam de ser formados e a interrupção do ciclo hídrico diminui a precipitação, causando erosão do solo e diversas consequências negativas, levando “a um ponto de inflexão, para além do qual grandes áreas da bacia amazônica (dentro e fora do Brasil) não mais teriam chuvas suficientes para sustentar os ecossistemas nativos e as florestas” (Banco Mundial, 2023, p. 10). Esses danos à estrutura do bioma e a seus serviços ecossistêmicos seriam irreversíveis, com enormes liberações de CO₂ na atmosfera.

As estimativas do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) acerca dos impactos econômicos decorrentes desse ponto de inflexão, apenas no Brasil, poderiam chegar a US\$ 184,1 bilhões (aproximadamente R\$ 920,5 bilhões), o que corresponde a cerca de 9,7% do Produto Interno Bruto de 2022 (Banerjee et al., 2021).

² Termo cunhado pelos exploradores e ambientalistas Gérard e Margi Moss, para designar as volumosas massas de vapor produzidas pela evapotranspiração da floresta amazônica, que levam umidade ao Centro-Oeste e ao Sudeste brasileiros, onde provocam chuvas.

Dessa forma, a conservação da maior floresta tropical do mundo revela-se muito importante diante das mudanças climáticas. No entanto, o modelo econômico vigente para a região vai na contramão dessa relevância. A expansão da agricultura, da pecuária e da geração de energia hidrelétrica em larga escala, além da mineração, têm operado mudanças no uso da terra e provocado desmatamento e a substituição da floresta.

Em julho de 2019, foram registrados 2.255 km² de área degradada, representando um aumento de 273% em relação a julho de 2018, conforme dados do Instituto de Pesquisas Espaciais (INPE). Apesar de essa taxa estar em queda desde 2020, em que chegou a 1.659 km², passando a 500 km² nos primeiros sete meses de 2023, o patamar permanece muito elevado e superior ao de 2017 (458 km²), demandando medidas de controle do desmatamento (INPE, 2023).

Aproximadamente 60% da Amazônia está em território brasileiro, impondo-se ao país o desafio de preservar e desenvolver a região. Isso demanda, no entanto, a cooperação internacional, uma vez que sua economia permanece como característica das regiões tropicais tecnologicamente excluídas (Sachs, 2000). As principais atividades produtivas que nela ocorrem causam desmatamento e são grandes emissoras de dióxido de carbono.

Trata-se de um modelo de desenvolvimento há muito desatualizado, por uma série de razões ambientais, econômicas e sociais, destacam Carlos Nobre et al. (2016). Para ilustrar esse argumento, os autores mostram que o produto agrícola bruto da Amazônia representa 14,5% do Produto Interno Bruto (PIB) do setor agrícola do Brasil, utilizando uma área desmatada de cerca de 750.000 km². O estado de São Paulo, por sua vez, é responsável por 11,3% do PIB do setor agrícola,

usando uma área bem menor, de cerca de 193.000 km², conforme dados do IBGE, Censo 2010.

Esse dado vai ao encontro do que Jeffrey Sachs argumenta sobre a importância da tecnologia e da inovação. As regiões tropicais, como a Amazônia, estão excluídas dos processos de crescimento e de desenvolvimento, faltando-lhes competitividade em termos tecnológicos. Essas economias, baseadas em atividades agropecuárias e extrativas, não geram empregos nem renda suficientes para minimizar seus problemas econômicos e sociais. A baixa produtividade de sua produção implica formas de exploração que degradam o meio ambiente (Sachs, 2000), como ilustram os dados sobre o desmatamento provocado pelo setor agrícola acima referidos.

Em virtude de suas condições estruturais, de problemas sanitários e de baixos índices educacionais, dificilmente essas regiões serão vistas como alternativas viáveis para atrair investimentos diretos que viabilizem sua transição para formas de produção mais limpas, argumenta Sachs (2000).

Desse modo, é preciso melhorar a distribuição mundial do conhecimento científico e tecnológico, elemento fundamental para a política de combate às mudanças climáticas, conforme está expressamente definido no artigo 10 do Acordo de Paris. No entanto, a necessária cooperação dos Estados nacionais para que cada país gere suas próprias inovações e, também, adote as tecnologias produzidas nos outros lugares, não vem ocorrendo, inviabilizando a transição tecnológica de regiões como a Amazônia.

As inovações são importantes porque geram retornos de escala e reações em cadeia, permitindo investimentos vultosos em novas tecnologias, em um círculo

virtuoso, o que revela a importância da cooperação. Faz-se necessário que os países ricos criem esquemas para levar novas tecnologias às regiões marginalizadas e, ao mesmo tempo, aumentem os recursos a elas destinados (Sachs, 2000).

Não à toa, o modelo econômico da Amazônia, defasado tecnologicamente e baseado no desmatamento, não se traduziu em riqueza ou melhoria de qualidade de vida para a população local e, ainda, trouxe preocupantes perspectivas em termos do papel da região na crise climática mundial.

O quadro apresentado, então, impõe o desafio de promover o desenvolvimento sustentável da Amazônia a partir de um novo paradigma. A ideia de bioeconomia vem ganhando força como vetor para esse desenvolvimento, ao influenciar a elaboração de políticas públicas que visam conciliar esse objetivo com o de contribuir para a mitigação dos impactos das mudanças climáticas, passando-se a discuti-la.

3. Mudanças climáticas: da economia verde à bioeconomia na Amazônia

As preocupações com os impactos ambientais e sociais do crescimento econômico levaram à definição de desenvolvimento sustentável, conforme está sintetizado no Relatório Brundtland, elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento: “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades” (Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1988, p. 46).

Desde então, tem-se buscado “operadores programáticos”, alternativas de ação para dar sentido real e concreto à sustentabilidade. Conceitos e práticas vêm

sendo propostos, como os de economia verde e de bioeconomia, dentre tantos outros.

Ainda na década de 1980, sob a influência das teorias da modernização ecológica e da economia ambiental, a ideia de “esverdeamento da economia” ganhou destaque. Com a publicação do relatório “*A Blueprint for a Green Economy*” (BGE), escrito por economistas ambientais em 1989 para o governo do Reino Unido, o termo economia verde (*green economy*) foi utilizado pela primeira vez. O documento é muito citado e referência para a discussão do tema. Faltou, no entanto, uma definição do conceito, focando o texto na explicação do desenvolvimento sustentável e em suas implicações para as políticas nacionais (Almeida, 2018).

Passados quase vinte anos, o PNUMA lançou a *Green Economy Initiative* (2008), reavivando a ideia básica do BGE e, no ano seguinte, elaborou o *Global Green New Deal* (Barbier, 2009). O momento era de buscar saídas para a crise financeira de 2008, iniciada no mercado imobiliário dos Estados Unidos, e a proposta apresentada visava direcionar estímulos fiscais para frear a crise e reavivar as economias dos países afetados, catalisando investimentos em setores e tecnologias mais eficientes, menos poluidoras e que utilizassem energia de fontes renováveis (Almeida, 2018). O PNUMA via no pós-crise uma oportunidade para dar partida ao “esverdeamento” da economia global em favor de um futuro mais sustentável.

No *Global Green New Deal*, a economia verde foi assim definida, pela primeira vez, pelo PNUMA:

Um sistema de atividades econômicas relacionadas à produção, distribuição e consumo de bens e serviços que resultam na melhoria do

bem-estar humano a longo prazo, sem expor as gerações futuras a riscos ambientais significativos ou escassez ecológica (UN DESA, 2012, p. 63).

Outros relatórios do PNUMA, como o *Green Economy: Driving a Green Economy Through Public Finance and Fiscal Policy Reform* (2010), o *Green Economy Report* (GER) (2011), preparatório para a Conferência Rio +20 (2012) e o *Inclusive Green Economy Report* (IGER) (2015), retomaram, ampliaram e aperfeiçoaram o conceito de economia verde, recomendando políticas e detalhando medidas a serem implementadas para o “esverdeamento da economia”.

Nos esforços para a transição para um modelo de desenvolvimento sustentável e com baixas emissões de carbono, a própria OIT encampou a ideia de economia verde. Na 102ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho (2013), quando Guy Ryder sugeriu a “Iniciativa Verde do Centenário” da organização, já se via a preocupação com as mudanças climáticas e a ideia de que a sustentabilidade ambiental deve ser um tema transversal às atividades da OIT.

No relatório “Trabalho e mudanças climáticas: A Iniciativa Verde” (Conferência Internacional do Trabalho, 106ª Sessão, em 2017), a OIT comprometeu-se a lutar contra as alterações climáticas no mundo do trabalho, com ações para a prevenção, mitigação e adaptação, diante dos desafios e oportunidades envolvidas para contribuir para uma transição justa para a sustentabilidade ambiental. O objetivo era promover oportunidades de trabalho digno para todos e para proteger o planeta. Com essas discussões, surgiu o conceito de empregos verdes com trabalho decente, conforme será adiante detalhado.

Em associação com outros órgãos da Nações Unidas, a OIT definiu a Parceria de Ação para a Economia Verde (PAGE), em 2016, reforçando a atuação

dela na definição do caminho para a sustentabilidade ambiental e do papel do mundo do trabalho a este respeito.

A discussão sobre sustentabilidade trouxe também a chamada bioeconomia, termo associado, por muitos governos, organizações e até pesquisadores, à economia verde. Ele tem sido também usado, às vezes, como sinônimo ou como parte da economia verde.

Muitos desses agentes apresentam a bioeconomia como forma de viabilizar o desenvolvimento sustentável da Amazônia, influenciando políticas públicas que visem contribuir para a mitigação dos impactos das mudanças climáticas no planeta.

A compreensão do que é bioeconomia, no entanto, varia dependendo da perspectiva adotada por eles, das áreas incluídas em seu escopo e dos objetivos a serem alcançados. Tem-se uma diversidade de entendimentos que reflete a complexidade e a interdisciplinaridade desse campo. Alguns agentes podem priorizar aspectos econômicos e industriais, enquanto outros enfatizam a conservação ambiental e o desenvolvimento sustentável (Lopes, 2022 et. al.; Barbanti Júnior et al., 2021).

Nicholas Georgescu-Roegen foi responsável por estabelecer a primeira definição de bioeconomia, em 1975. O autor, um dos pioneiros na compreensão da interdisciplinaridade entre Economia e Biologia, enfatizou a necessidade de substituir os combustíveis fósseis por fontes renováveis, como a biomassa, como imprescindível para garantir a sustentabilidade energética (Georgescu-Roegen, 1975).

Documentos como o *The Bio-economy to 2030: Designing a Policy Agenda*, lançado pela OCDE em 2009, foram fundamentais para o agendamento do tema no debate internacional, influenciando o Brasil e outros países. No ano seguinte, a Alemanha estruturou sua estratégia de bioeconomia (2010). Após 2012, com a publicação da União Europeia intitulada *Innovating for Growth: A Bioeconomy Strategy for Europe*, o tema foi incluído em políticas públicas de seus estados-membros. No mesmo ano, os Estados Unidos publicaram o documento *National Bio-economy Blueprint* (2012) para orientar a política de bioeconomia a ser implementada no país (Lopes; Chiavari, 2022).

Com a elaboração de políticas de desenvolvimento nos países centrais, a bioeconomia como elemento estratégico ganhou impulso e avançou, mais recentemente para a Malásia, Costa Rica, Tailândia, África do Sul, Brasil e vários outros países. Em 2022, representantes de 36 países discutiram bioeconomia e Amazônia na OCDE, no seminário “Brasil e Portugal: construindo uma economia sustentável”, realizado pela Organização.

Apesar de estar cada vez mais em evidência, o conceito de bioeconomia é amplo, multifacetado, fluido e em formação. Em um trabalho no qual apresentam uma análise conceitual, regulatória e institucional da bioeconomia, Lopes e Chiavari (2022) mostram que o termo tem sido usado para setores intensivos em alta tecnologia, como fármacos, cosméticos e química verde, assim como para atividades extrativistas de produtos florestais não madeireiros, como óleos, frutos, sementes e resinas.

Dessa forma, o termo bioeconomia pode significar coisas muito diferentes, desde a monocultura, até o uso econômico de florestas nativas (Costa et al., 2022).

A obra de Bugge et al. (2016) classifica as principais definições de bioeconomia em três abordagens: a biotecnológica, a de biorrecursos e a bioecológica.

Na abordagem biotecnológica, o foco é a biotecnologia e a sua aplicação comercial, priorizando-se o crescimento econômico, decorrente dos investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D). A visão biorrecursos, por sua vez, enfatiza o desenvolvimento de novas cadeias de processamento de matérias-primas de base biológica com vistas à substituição de matérias-primas fósseis. Empresta um maior protagonismo para a sustentabilidade do que a abordagem anterior, mas os aspectos ambientais não são destacados, e sim o desenvolvimento tecnológico e econômico. Na terceira abordagem, a bioecológica, prioriza-se a sustentabilidade e os processos ecológicos, ficando a criação de postos de trabalho e o crescimento econômico em plano secundário. A ênfase é para a promoção da biodiversidade, a conservação de ecossistemas e serviços associados e prevenção da degradação do solo, além da economia circular.

Essas diferentes visões têm em comum a busca por soluções pautadas na natureza (Costa et al., 2022). Todas tratam do uso de matérias-primas de base biológica para a produção de bens e serviços, ainda que adotem diferentes caminhos e definam diferentes objetivos: aplicação comercial de produtos derivados de biotecnologia; processamento de biomassa com vistas à substituição de matérias-primas fósseis e conservação e o uso sustentável da biodiversidade e dos recursos naturais, respectivamente (Lopes; Chiavari, 2022).

Além das divergências no meio acadêmico, tem-se diferentes visões de instituições internacionais e nacionais, com iniciativas de governo, de entidades de classe, conforme descrito em Costa et al. (2022). Denotam prioridades distintas dos

atores envolvidos, objetivos, perfis de desenvolvimento pretendido e interesses, dentre tantas outras motivações.

Por exemplo, a definição de bioeconomia da Confederação Nacional da Indústria (CNI) é:

Atividades que empregam novas tecnologias a fim de originar uma ampla diversidade de produtos. Englobam as indústrias de processamento e serviços e estão relacionadas com o desenvolvimento e a produção de fármacos, vacinas, enzimas industriais, novas variedades vegetais e animais, bioplásticos e materiais compósitos, biocombustíveis, produtos químicos de base biológica, cosméticos, alimentos e fibras (Costa et al., 2022, p. 10).

Para o Ministério de Relações Exteriores (MRE), bioeconomia é um:

Conjunto de atividades econômicas relacionadas à invenção, desenvolvimento, produção e uso de produtos e/ou processos para a produção de energia renovável, materiais e químicos (Costa et al., 2022, p. 10).

Já para a Comissão Europeia, a bioeconomia envolve:

Todos os setores e sistemas dependem de recursos biológicos (animais, plantas, microrganismos e biomassa derivada, incluindo resíduos orgânicos), suas funções e princípios. Inclui e interliga: ecossistemas terrestres e marinhos e os serviços que eles prestam (Costa et al., 2022, p. 10).

Como é possível notar, não apenas falta um consenso, como também as definições apontam para atividades e setores muito distintos, nem sempre associados ao uso de insumos de base biológica. E, ainda, falta uma que se adeque à Amazônia, apesar de alguns estudos acadêmicos já trazerem algumas proposições.

Nesse sentido, Lopes e Chiavari (2022) sugerem diferentes visões da bioeconomia, uma vez que a Amazônia não é uma região homogênea, não cabendo escolher uma única proposta de desenvolvimento para “diferentes” Amazônias. É possível identificar quatro áreas distintas, com grande diversidade: (i) a Amazônia conservada, a da floresta nativa e dos povos e comunidades tradicionais; (ii) a Amazônia desmatada, a das atividades agropecuárias e de áreas degradadas; (iii) a Amazônia sob pressão, uma área de transição florestal e da fronteira de expansão do desmatamento; e (iv) a Amazônia urbana, das cidades e grandes metrópoles regionais.

Dessa forma, a depender do conceito de bioeconomia adotado, a expansão dessa atividade pode gerar grande impacto de alterações no uso da terra e na conservação da biodiversidade. Ela pode, por exemplo, ser uma ameaça para a floresta, aumentando o desmatamento para a produção de biomassa.

A proposta das autoras é de uma bioeconomia bioecológica e biotecnológica na Amazônia conservada, como forma de agregar valor à floresta em pé e aos conhecimentos e modos de vida de povos e comunidades tradicionais. Para a restauração de áreas degradadas na Amazônia desmatada, a bioeconomia deve observar a abordagem de biorrecursos. No caso da Amazônia sob pressão, como alternativas econômicas para conter o avanço do desmatamento, a proposta é da bioeconomia bioecológica e da produção sustentável de biomassa por meio de sistemas agroflorestais (SAFs). Na Amazônia urbana, por sua vez, a proposta é de que se concentrem esforços na pesquisa, no desenvolvimento e na inovação (PD&I), bem como na criação de polos industriais de setores intensivos em alta tecnologia, como fármacos, cosméticos e química verde (Lopes; Chiavari, 2022).

Em Costa et al. (2020, p. 14), a proposta é a de que a bioeconomia em uma floresta tropical, como a Amazônia, seja “um sistema econômico cujo fundamento é a existência concreta do bioma, considerado como um sistema vivo, diverso e livre de desmatamento, marcado por uma interação positiva, respeitosa e sustentável com sociedades humanas”. Dessa forma, a bioeconomia deve considerar a dimensão econômica, natural e social, com a valorização e a inserção dos conhecimentos dos povos tradicionais.

Os autores questionam se a mediação pela indústria e seus requisitos, como a grande escala e a homogeneidade, é compatível com a diversificação econômica baseada em biodiversidade, como a da Amazônia, vez que o equilíbrio desse bioma depende da conservação de seu conjunto de ecossistemas de grande biodiversidade.

Nesse contexto, destacam a importância da bioeconomia bioecológica como abordagem predominante, “principalmente onde há florestas biodiversas em pé e rios saudáveis fluindo, de forma a não impactar os ecossistemas terrestres e aquáticos” (Costa et al., 2020, p. 15). Isso implicaria, na visão dos autores, em uma bioeconomia focada em seu processo produtivo e reprodutivo, mais do que no produto em si, como o açaí ou a castanha, exemplificam. Assim, a premissa dessa bioeconomia deve ser a conservação do equilíbrio biótico e climático do planeta, lastreada e impulsionada pelas diversidades natural e social do bioma amazônico.

Destacam, ainda, a importância do protagonismo das comunidades de base, das cooperativas e de suas lideranças na consolidação da bioeconomia, incorporando aos conhecimentos inovadores da ciência e da tecnologia modernas os conhecimentos tradicionais. Dessa forma, a bioeconomia na Amazônia deve ser um processo endógeno, com as tecnologias sociais de fortalecimento comunitário

inovadoras desenvolvidas pelas próprias comunidades em parcerias com organizações de assistência técnica, organizações não governamentais e outras.

Concluem, então, pela implementação de uma bioeconomia inovadora e inclusiva na Amazônia, observando-se importantes e essenciais condições, como evitar o desmatamento, conservar a floresta, ordenar o território, combater atividades ilegais, respeitar os direitos indígenas e de populações tradicionais, garantir a distribuição justa de benefícios, investir em ciência e tecnologia e oferecer assistência técnica adequada (Costa et al., 2022).

A preocupação com as populações tradicionais também se destaca na discussão de bioeconomia da Amazônia apresentada em Silva e Oliveira (2020). Os autores defendem uma bio-industrialização com base na biodiversidade e em recursos tecnológicos da revolução 4.0. A proposta é de um desenvolvimento bio-econômico endógeno que some aos conhecimentos da revolução digital e dos nanomateriais e esteja “baseado na exploração da floresta em pé e de sistemas florestais numa escala reduzida com foco na exploração sustentável” (Silva; Oliveira, 2020, p. 60). Para isso, entendem que é muito importante a colaboração entre empresas, universidades e agências governamentais e a definição de uma política pública industrial que concilie o “crescimento econômico, a preservação ambiental, aproveitando os conhecimentos da floresta, a tecnologia, a ciência e a inovação contribuindo para reduzir as vulnerabilidades socioeconômicas ambientais regionais” (Silva; Oliveira, 2020, p. 61).

Dessas análises, observa-se que as discussões sobre bioeconomia e a bioeconomia na Amazônia permitem um entendimento muito variado de seu significado. Apesar de haver uma preocupação com as populações tradicionais, com os saberes locais e com variáveis sociais, o debate não tem incluído questões

relativas ao mundo do trabalho. Essa abordagem tem sido mais ligada à economia verde, como faz a OIT sobre a questão dos empregos verdes e trabalho decente sem, no entanto, incluir a questão do trabalho na Amazônia, como se buscará fazer na seção a seguir.

4. Empregos verdes e o trabalho na Amazônia: por serem verdes, garantem trabalho digno?

Os esforços para a transição rumo a um modelo de desenvolvimento sustentável e com baixas emissões de carbono no mundo levaram a OIT a encampar as discussões sobre a economia verde, como explicado na seção anterior.

Em 2008, o relatório “*Green Jobs: Towards decent work in a sustainable, low-carbon world*”, publicado conjuntamente pela OIT, PNUMA, Confederação Sindical Internacional (CSI) e Organização Internacional de Empregadores (OIE), e elaborado pelo Worldwatch Institute, apresentou o primeiro estudo abrangente sobre o impacto das alterações climáticas e os esforços para a sua mitigação no mundo do trabalho.

O documento relatou efeitos negativos dessas alterações sobre os trabalhadores, especialmente os agrícolas e os do turismo, revelou como estavam sendo criados empregos verdes em alguns setores e países, destacou a importância de tornar os locais de trabalho mais respeitadores do ambiente, bem como defendeu a importância de adotar medidas para apoiar pessoas cujos meios de subsistência fossem afetados pelo impacto da adaptação a uma economia global com baixas emissões de carbono (OIT, 2017).

O relatório definiu empregos verdes como aqueles “que reduzem o impacto ambiental de empresas e de setores econômicos para níveis que, em última análise,

sejam sustentáveis” (PNUMA, 2008, p. 5). Envolvem trabalhos nas áreas agrícola, industrial, dos serviços e da administração que contribuem para a preservação ou a restauração da qualidade ambiental. São encontrados em diversos setores da economia, como os de fornecimento de energia, reciclagem, agrícola, construção civil e transportes, auxiliando a reduzir o consumo de energia, matérias-primas e água por meio de estratégias que descarbonizam a economia e reduzem as emissões de GEE.

Nesse contexto, a OIT propôs o Programa de “Empregos Verdes”, em 2009, destacando a importância de enfrentar o que nomeou de dois grandes desafios do século XIX, a proteção ao meio ambiente e a concretização do trabalho decente.

Em 2013, por ocasião da 102ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, foi sugerida a “Iniciativa Verde do Centenário”, evidenciando a preocupação da OIT com as mudanças climáticas. A partir de 2016, a OIT definiu a Parceria de Ação para a Economia Verde (PAGE), em associação com outros órgãos internacionais, reforçando a sua preocupação com as mudanças climáticas, a sustentabilidade ambiental e sua relação com o mundo do trabalho.

Na 106ª Sessão, de 2017, a OIT conceituou o emprego verde como sendo um “trabalho decente, desenvolvido em qualquer setor da economia, que ajuda a melhorar o meio ambiente de um modo geral, enfrentando os desafios ambientais que assolam o planeta, sejam estes, emissão de carbono, poluição e outros” (Wyzykowski; Costa, 2022, p. 11). Nessa seção, foi produzido o relatório “Trabalho e mudanças climáticas: A Iniciativa Verde”, reforçando o compromisso da organização em lutar contra os impactos das alterações climáticas no mundo do trabalho, promovendo oportunidades de trabalho digno.

Com isso, observam-se dois critérios de identificação dos empregos verdes pela OIT: a ligação com o mercado de trabalho formal e sua relação com atividades voltadas à redução dos impactos ambientais por meio de atividades econômicas sustentáveis (Wyzykowski; Costa, 2022).

Essas discussões levaram a uma preocupação com a redução e o desaparecimento dos postos de trabalhos ligados a setores intensivos em emissão. O relatório “*Work Toward net Zero*” (Deloitte, 2022) sugere que 800 milhões de empregos no mundo estão vulneráveis às mudanças climáticas. Com isso, empregos intensivos em emissões, os quais estão ligados a atividades com essa característica, deverão sofrer uma interrupção temporária ou permanente, assim como aqueles em atividades dependentes do meio ambiente e do clima. Já as ocupações ligadas a setores de baixa emissão deverão ter alta demanda, bem como deverão surgir novas ocupações (novos empregos líquidos zero). A Deloitte (2022) também identifica uma categoria de “empregos transformados”, entendidos como ocupações atualmente existentes que, em razão da transição ecológica, irão experimentar uma transformação de suas exigências e métodos de desempenho.

As discussões sobre o impacto das mudanças climáticas no mercado de trabalho também estão presentes no estudo “Uma nova economia para uma nova era” (WRI, 2020), elaborado para o Brasil. O documento aponta, como benefícios sociais e econômicos de uma nova economia com baixo carbono e climaticamente resiliente, a geração de mais de dois milhões de empregos até 2030, um incremento de 2,8 trilhões no PIB até 2030, a restauração de 12 milhões de hectares de pastagens degradadas, a elevação de 19 bilhões em produtividade agrícola até 2030, o aumento de 742 milhões em receitas fiscais no período, a redução de 42% nas emissões de GEE em 2025 em relação aos níveis de 2005, bem como uma maior

capacidade de atrair investimentos internacionais e a diminuição da desigualdade (WRI, 2020).

Não se observa nessas discussões, no entanto, uma abordagem que aponte de que forma essa transição ecológica na Amazônia poderá promover trabalhos decentes, justos e alicerçados nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho humano.

Essa preocupação decorre do fato de que tanto a definição de empregos verdes, quanto a de bioeconomia, conforme detalhado na seção anterior, podem envolver várias atividades econômicas que têm sido denunciadas pela existência de trabalho análogo ao de escravo, de trabalho infantil, de trabalho degradante e de diversas outras violações de direitos.

De fato, o trabalho em algumas atividades extrativistas de produtos florestais não madeireiros na Amazônia tem revelado graves violações de direitos dos trabalhadores, em que pese sejam desenvolvidos em setores que, em tese, podem ser considerados como verdes, como o de biocombustíveis, apontado, inclusive, como tal no Programa de “Empregos Verdes”, acima mencionado (OIT, 2009).

Particularmente no Estado do Pará, um dos que integram a Amazônia brasileira, que foi o maior produtor de dendê³ do país no ano de 2022 (IBGE, 2023), tem-se constatado condições de trabalho degradantes nessa cadeia produtiva, que

³ Dendê é o fruto de uma palmeira de origem africana da qual se produz um óleo vegetal que serve como matéria prima para o biodiesel e é utilizado no mercado de alimentos.

adota o sistema de *plantation*⁴, tanto no que diz respeito aos empregados direitos, quanto à mão de obra terceirizada e, até mesmo, na agricultura familiar.

Em dissertação de mestrado, Corrêa (2016) procedeu ao exame, no sítio do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região - TRT8 (www.trt8.jus.br) de ações ajuizadas contra a empresa AGROPALMA, uma das maiores do setor e precursora do cultivo da planta no estado do Pará, tendo constatado que, no período de 2009 a 2014, em que se observou uma grande expansão do cultivo, a empresa esteve no polo passivo de diversas ações que tinham como objeto, dentre outros, o pedido de reconhecimento de dano moral por trabalho degradante, sendo condenada pela referida prática ao pagamento de indenização pelo prejuízo sofrido pelos trabalhadores, visto as condições em que eram obrigados a trabalhar.

Além do grande número de ações individuais, o Ministério Público do Trabalho da 8ª Região tem ajuizado diversas ações coletivas justamente para combater o trabalho degradante na cultura do dendê.

No julgamento da Ação Civil Pública n. 0001377-46.2016.5.08.0115, por exemplo, ajuizada contra a empresa Belém Bioenergia Brasil S/A., o Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (TRT8, 2016) decidiu que a ré terceirizou sua atividade-fim por intermédio de pequenas empresas em diversos municípios do Pará, eximindo-se dos encargos decorrentes da contratação direta de trabalhadores e possibilitando a submissão deles a condições degradantes de trabalho. Entre as várias obrigações cujo cumprimento foi determinado na ação, destacam-se: a não

⁴ Atividade monocultural que se utiliza do trabalho braçal para atender tanto o mercado local, quanto o externo, possibilitando que o explorador, sob forte influência capitalista, obtenha altos lucros sobre os esforços de cultivadores.

contratação de pessoas sem vínculo ou mediante empresas interpostas para execução de serviços relativos à atividade-fim da empresa; o uso de mão de obra devidamente registrada com a anotação da Carteira de Trabalho; o controle rígido do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias em relação a todas as empresas prestadoras de serviços; a adequação imediata das áreas de vivência existentes nas propriedades rurais, destinadas ao plantio, cultivo e colheita do dendê no Estado do Pará; a constituição de Serviço Especializado em Segurança e Saúde do Trabalhador – SESTR e da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes do Trabalho Rural – CIPATR; e a avaliação periódica dos riscos para a segurança e saúde dos trabalhadores. Em caso de descumprimento das obrigações impostas, ficou estabelecida multa de R\$ 2.000,00, por trabalhador prejudicado, limitada ao valor de R\$ 100.000,00, por obrigação descumprida, a cada constatação, a reverter ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT ou ter outra destinação indicada pelo MPT.

Note-se que o trabalho degradante ainda perdura no cultivo do dendê, como é revelado pela Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho da 8ª Região, que engloba os estados do Pará e do Amapá, ACPCiv 0000831-49.2020.5.08.0115 (TRT8, 2020), ajuizada no ano de 2020, julgada pela Vara do Trabalho de Santa Isabel-PA, em que se constatou que a empresa Dendê do Tauá S.A. - DENTAUÁ “não cumpriu os dispositivos legais e constitucionais que guardam a saúde e a segurança do trabalhador, ao exigir cumprimento de jornada além do limite constitucional e de não conceder repouso semanal remunerado, o que constitui, por si só, conduta violadora de interesse coletivo”. Por esse motivo, a empresa foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, no valor de R\$ 50.000,00.

Mas não é só no cenário relacionado a relações de emprego que se verifica o trabalho em condições degradantes na produção de dendê. Com efeito, consolida-se, no Brasil, um instrumento jurídico denominado de contrato de parceria para a produção do dendê que propõe a inclusão social da agricultura familiar, visando reduzir a pobreza, garantir a sustentabilidade e a produção de combustíveis mais limpos, dentre outros objetivos.

Também nas parcerias, Serra Neto (2016) revela que há vantagens apenas às empresas, que asseguram um suprimento confiável e de alta qualidade, por meio de contratos de adesão impostos aos agricultores, em que estes assumem, praticamente, todos os riscos.

São contratos repletos de cláusulas abusivas que vinculam, severamente, os agricultores, deixando, para as empresas, ampla margem para a revogação contratual, bem como um grande poder de fiscalização, por serem responsáveis por averiguar, segundo seus próprios critérios, padrões de qualidade dos produtos e o modo de produção.

Os agricultores assumem inúmeros riscos: risco de perder as terras; risco de não conseguir arcar com os financiamentos; risco de, eventualmente, perder toda a produção em decorrência de pragas; risco de acidentes que podem os impedir de continuar a trabalhar; risco de, ao fim do contrato, ter um solo tão empobrecido que não possibilite futuras culturas, entre tantos outros muitos riscos.

Em apresentação à obra de Serra Neto, Koury (2016) assinala que “os contratos de parceria funcionam como um ‘véu’, que esconde, sob o manto de uma pseudo autonomia individual e de uma suposta preocupação com a agricultura familiar, uma relação absolutamente desigual.” A autora faz ver que, ao estimular

o papel da agricultura familiar para a produção de dendê, o poder público não criou estruturas capazes de fiscalizar e regular a real implementação dos contratos, deixando-as sob a responsabilidade da iniciativa privada, desconsiderando as diferenças substanciais de poder entre agricultores e grandes empresas compradoras.

A cadeia de valor do dendê não é a única da bioeconomia que, ao contrário do que se pretende por meio da criação de empregos verdes, revela, na verdade, o trabalho em condições degradantes e, até mesmo, o trabalho análogo ao de escravo.

Koury e Ferreira (*in* FIGUEIRA *et al*, 2022) dão notícia de que o Grupo Especial de Fiscalização GEFM, em 2018, realizou atividade de fiscalização na Fazenda Santa Quitéria, localizada no município de Ponta de Pedras, na ilha do Marajó, onde são realizadas atividades de extração de açaí, tais como coleta, debulha, carregamento e transporte.

A fiscalização identificou 21 trabalhadores mantidos em condições contrárias às disposições de proteção do trabalho em condições análogas à de escravos (Auto de Infração n. 21.608.966-2) (BRASIL, 2018), tendo lavrado 26 autos de infração (BRASIL, 2018). Do Relatório apresentado, constam, dentre outras, as seguinte infrações: a) deixar de disponibilizar, nos locais de trabalho, água potável e fresca em quantidade suficiente; b) deixar de disponibilizar locais para refeição aos trabalhadores; c) deixar de disponibilizar local adequado para preparo de alimentos aos trabalhadores; d) deixar de disponibilizar local ou recipiente para a guarda e conservação de refeições, em condições higiênicas; e) deixar de disponibilizar instalações sanitárias aos trabalhadores; f) Deixar de realizar avaliações dos riscos para a segurança e saúde dos trabalhadores ou deixar de adotar medidas de prevenção e proteção, com base nos resultados das avaliações

dos riscos para a segurança e saúde dos trabalhadores, ou deixar de garantir que todas as atividades, lugares de trabalho, máquinas, equipamentos, ferramentas e processos produtivos sejam seguros e em conformidade com as normas de segurança e saúde.

Cabe referir, ainda, ao trabalho escravo na cadeia produtiva do chocolate, no município de Medicilândia, estado do Pará, o maior produtor nacional de cacau, objeto da Ação Civil Pública 0000271-46.2020.0103 (TRT 8, 2020), ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho contra as empresas Cargill Agrícola S.A., Barry Callebaut Brasil Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios e Olam Agrícola Ltda. e o Sindicato dos Trabalhadores na Movimentação de Mercadorias em Geral do Estado do Pará.

O Sindicato aliciava trabalhadores avulsos migrantes para trabalharem para as demais reclamadas, durante a safra, na realização do descarregamento de sacas de cacau, sem lhes fornecer passagens de ida e de retorno para a cidade de origem e que, conforme investigações, inclusive da Polícia Federal, moravam em alojamento fornecido pelo ente sindical sem mínimas condições de saúde e segurança.

Na sentença, proferida em 23 de junho de 2023, mantida pelo Tribunal, foram estabelecidas diversas obrigações de fazer, destacando-se: a) na hipótese de recrutamento de trabalhadores originários de outras localidades e/ou Estados (migrantes), observar integralmente o procedimento estabelecido na Instrução Normativa nº 90/2011 da Secretaria de Inspeção do Ministério do Trabalho e Emprego (ou outro ato normativo que o substitua ou suceda), assegurando-lhes registro na origem, transporte adequado e alojamento nos termos da legislação vigente; b) disponibilizar alojamentos adequados aos trabalhadores migrantes, nos

termos exatos da Norma Regulamentadora nº 24; e c) manter em permanente estado de conservação, limpeza e higidez sanitária os quartos e demais instalações dos alojamentos e/ou moradias, provendo local adequado para o depósito do lixo diário, tudo sem quaisquer ônus para os trabalhadores, em cumprimento ao subitem 24.5.28 da NR-24, da Portaria nº 3.214/78, dentre outras.

A análise da formação econômica da Região revela um histórico de exploração do trabalho em condições precárias, como, por exemplo, se verificou na expansão da siderurgia, que se notabilizou pela queima da floresta nativa para as atividades de carvoejamento, com graves danos ao meio ambiente e aos trabalhadores (Carneiro, 2008).

Note-se que as mudanças climáticas na região amazônica, com o aumento da temperatura e a ampliação dos períodos de estiagem, além de outros danos diversos, incrementa a sobrecarga térmica a que são submetidos os trabalhadores extrativistas, cujas atividades são exercidas a céu aberto, com grande esforço físico, como destaca Araújo Júnior (2009), o que também deve ser considerado na implementação de atividades ligadas à bioeconomia para que se possa implementar empregos verdadeiramente verdes.

Face ao cenário acima delineado, é imprescindível que se reflita o apoio e o incentivo à bioeconomia à luz dessa realidade, devendo-se incluir nas discussões sobre o tema a questão do trabalho decente, à luz do conceito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que, como mencionado, corresponde ao trabalho adequadamente remunerado, exercido em liberdade, equidade e segurança, e capaz de garantir uma vida digna, apoiado em quatro pilares: os direitos e os princípios fundamentais do trabalho, a promoção do emprego de qualidade, a extensão da proteção social e o diálogo social.

Caso contrário, teremos mais do mesmo, ou seja, a manutenção da região como uma fornecedora de matéria-prima obtida por meio de trabalho degradante e análogo ao de escravo, sem garantir às populações locais remuneração digna, nem permitir que haja o efetivo desenvolvimento regional.

5. Considerações finais

As mudanças climáticas requerem uma transição para formas de produção mais limpas, como parte do esforço global para limitar o aumento da temperatura média do planeta. Nesse contexto, políticas públicas que incentivam a bioeconomia têm sido anunciadas para a materialização de um paradigma de desenvolvimento sustentável, com destaque à Amazônia, que, graças à sua importante área florestal nativa remanescente, tem protagonismo na implementação de políticas públicas que visem à mitigação dos seus impactos.

Ocorre que o conceito de bioeconomia ainda é difuso, podendo incluir múltiplas atividades. Nem todas se restringem às que consideram apenas o aproveitamento econômico de sua biodiversidade, com a associação dos conhecimentos inovadores da ciência e da tecnologia aos conhecimentos tradicionais e dos povos e comunidades tradicionais da região, como indígenas, ribeirinhos, seringueiros e castanheiros.

Na verdade, muitas delas visam à exploração e extração de recursos naturais, com o desenvolvimento de novas cadeias de processamento de matérias-primas de bases biológicas com vistas à substituição das fósseis, como é o caso da produção do dendê que, além de voltar à indústria de alimentação, tem se destacado na produção de biocombustível, setor no qual se tem constatado inúmeras denúncias por práticas de trabalho precário na Amazônia.

Dessa forma, o incentivo e apoio do Estado à bioeconomia precisa ser pensado de forma a não se repetir erros do passado, valorizando-se o desenvolvimento endógeno, com real e efetivo diálogo intercultural entre os atores amazônicos e os formuladores das políticas que visam à sua implementação.

Não sabemos direito, ainda, o que é bioeconomia, tampouco qual bioeconomia queremos para a região amazônica.

Para que essa transição para um modelo de trabalho na Amazônia no contexto das mudanças climáticas e da transição ecológica anunciadas pela bioeconomia como vetor para o desenvolvimento sustentável seja justa, é preciso não apenas definir esse conceito, mas também incluir o tema trabalho decente e assegurar a participação da região no debate.

É necessário garantir que o trabalho em atividades ligadas à bioeconomia seja adequadamente remunerado, exercido com liberdade, equidade e segurança, capaz de assegurar vida digna aos que o desempenhem.

Referências

- ALMEIDA, Márcio Lino de. O que é a economia verde. Mapeando a disputa pelo conceito, 2018. Dissertação de Mestrado. Centro de Desenvolvimento Sustentável. Universidade de Brasília. <https://repositorio.unb.br/handle/10482/34496>. Acesso em: 8 ago. 2023.
- ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Milton. As condições insalubres do trabalho realizado a céu aberto na região amazônica propiciadas pelas mudanças climáticas. *Revista de Direito Ambiental: Planeta Verde*, São Paulo, v. 55, n. 1, 2009.
- BANCO MUNDIAL. BANCO INTERNACIONAL PARA RECONSTRUÇÃO E DESENVOLVIMENTO (BIRD). Brasil: Relatório sobre o clima e desenvolvimento para o país. Washington: World Bank Publications, 2023. Disponível em: <https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/brief/brasil-ccdr>. Acesso em: 1 ago. 2023.
- BANERJEE, O.; CICOWIEZ, M.; MACEDO, Ž.; MALEK, P.H.; VERBURG, S.; GOODWIN, R.; VARGAS, *et al.* An Amazon Tipping Point: The Economic and

Environmental Fallout.” IDB Working Paper Series, No. IDB-WP-01259, 2021. Inter-American Development Bank. doi:10.18235/0003385.

BARBIER, E. B. Rethinking the Economic Recovery: A Global Green New Deal. United Nations Environment Programme, 2009.

BARBIER, E. B. The Green Economy Post Rio+20. *Science*, v. 338, p. 887-888, 2012.

BARBOSA, Michelle de Oliveira et al. Bioeconomia: Um novo caminho para a sustentabilidade na Amazônia?. *Research, Society and Development*, v. 10, n. 10, p. e41101018545-e41101018545, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. *Rei-Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 1234-1313, 2019.

BUGGE, Markus M.; HANSEN, Teis; KLITKOU, Antje. What is the bioeconomy? A review of the literature. *Sustainability*, v. 8, n. 7, p. 691, 2016.

CAMPOS, Marina Thereza; HIGUCHI, Francisco Gasparetto. A floresta amazônica e seu papel nas mudanças climáticas. *Série Técnica Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável*, n. 18. Secretaria do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável do Estado do Amazonas. Manaus: SDS/CECLIMA, 2009.

CARNEIRO, Marcelo Sampaio. Crítica Social e Responsabilização Empresarial. Análise das estratégias para a legitimação da produção siderúrgica na Amazônia oriental. *Caderno CRH*, Salvador, v. 21, n. 53, p. 323-336. Maio/Ago. 2008, Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ccrh/a/bPGmYbFqYFC4BcFLSvVPzny/?format=pdf&lang=pt>.

Acesso em 22 out. 2023.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (CMMAD). *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988.

CONFERENCE OF THE PARTIES. Kyoto Protocol to The United Nations Framework Convention on Climate Change. Disponível em: <https://unfccc.int/sites/default/files/resource/docs/cop3/107a01.pdf#page=24> . Acesso em: 9 ago. 2023.

COSTA, Arthur Phillip Alberth Marques da; FARIAS, Hilder André Bezerra; DINIZ, Márcia Jucá Teixeira. Sistema Regional de Inovação: uma análise sobre os estados do Pará e do Amazonas. *Cadernos CEPEC*, v. 9, n. 2, 24 abr. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.18542/cepec.v9i2.10328>. Acesso em: 01 jun. 2023.

COSTA, F. de A. *et al.* Uma bioeconomia inovadora para a Amazônia: conceitos, limites e tendências para uma definição apropriada ao bioma floresta tropical. Disponível em: www.wribrasil.org.br. 2022. Acesso em: 9 mai. 2023.

DELOITTE. *Work Toward net Zero*. 2002. Disponível em: <https://www.deloitte.com/global/en/issues/climate/work-toward-net-zero.html> . Acesso em: 5 ago. 2023.

GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. Energy and economic myths. *Southern economic journal*, p. 347-381, 1975.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Produção de dendê*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/producao-agropecuaria/dende/br>. Acesso em 1 out. 2023.

INPE. Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. Plataforma TerraBrasilis. Disponível em <http://terrabrasilis.dpi.inpe.br/app/dashboard/alerts/legal/amazon/aggregated/>. Acesso em: 10 ago. 2023.

IPCC. INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. Climate change 2021. The Physical Science Basis. Disponível em: < <https://www.ipcc.ch/>>. Acesso em: 2 ago. 2023.

IPCC. INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. IPCC Assessment Report. 2021. Disponível em <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/>. Acesso em: 2 ago. 2023.

CORRÊA, Heleni Castro Lavareda. O cultivo do dendê na empresa Agropalma. 2016. Dissertação de mestrado. Centro Universitário do Pará. Disponível em: https://www.cesupa.br/MestradoDireito/dissertacoes/DISSERTaCaO_Heleni%20Lavareda.pdf Acesso em 1º.10.2023.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. Apresentação. In: SERRA NETO, Prudêncio Hilário. Contrato de parceria e escravidão por dívidas; desafios à integração da agricultura familiar no dendê. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 1-2.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante; FERREIRA, Otávio Bruno da Silva. A extração do acaí na Amazônia: Trabalho em Condição Degradante e Escravidão Contemporânea. In: FIGUEIRA, Ricardo Rezende; MOURA, Flávia de Almeida Moura; SUDIANO, Suliane. Trabalho Escravo Contemporâneo e Resistência em Tempos de Pandemia. São Luís: EDUFMA, 2022, pp. 484-507.

LOPES, Cristina; CHIAVARI, Joana. Bioeconomia na Amazônia: Análise Conceitual, Regulatória e Institucional. Amazônia 2030. Set., 2022.

NAÇÕES UNIDAS. Agência da ONU coopera com Brasil e outros países amazônicos para COP-30. ONU News. 24 Julho 2023. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/07/1817962>. Acesso em: 28 ago. 2023.

NOBRE, Carlos A. et al. Land-use and climate change risks in the Amazon and the need of a novel sustainable development paradigm. Proceedings of the National Academy of Sciences, v. 113, n. 39, p. 10759-10768, 2016.

NOBRE, Ismael. NOBRE, Carlos. Projeto “Amazônia 4.0”: Definindo uma Terceira Via para a Amazônia. Fundação FHC. Sep 11, 2019. <https://medium.com/funda%C3%A7%C3%A3o-fhc/projeto-amaz%C3%B4nia-4-0-definindo-uma-terceira-via-para-a-amaz%C3%B4nia-46d221951ac6>

OIT. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Relatório Trabalho e Mudanças Climáticas: A iniciativa verde. Conferência Internacional do Trabalho, 106ª Sessão, 2017. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_736479.pdf. Acesso em: 4 ago. 2023.

OIT. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Programa Empregos Verdes. 2009. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_229629.pdf. Acesso em 23.9.2023.

PNUMA. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. Empregos verdes: Trabalho decente em um mundo sustentável e com baixas emissões de carbono. Mensagens políticas e principais constatações para gestores. 2008. Disponível em

- https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_229627.pdf. Acesso em 12 ago. 2023.
- REYMÃO, Ana Elizabeth; RIBEIRO, Mario R.; SOUZA, Sheila B. Considerações sobre a política de mudanças climáticas para o desenvolvimento da Amazônia. In: DIAS, J. C.; BRITO FILHO, J. C. M. de; ARAÚJO, J. H. M. (coord.). Direito e desenvolvimento na Amazônia: estudos interdisciplinares e interinstitucionais. Florianópolis: Qualis, 2021. v. 3, p. 271-302.
- SACHS, Jeffrey. A New Map of the World. *The Economist*, 2000. Disponível em: <<https://www.economist.com/unknown/2000/06/22/a-new-map-of-the-world>>. Acesso em: 8 ago. 2023.
- SERRA NETO, Prudêncio Hilário. Contrato de parceria e escravidão por dívidas; desafios à integração da agricultura familiar no dendê. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SILVA, Michele Lins Aracaty e; OLIVEIRA, Marcílio Lima de. A bioeconomia como alternativa complementar ao modelo de desenvolvimento do Amazonas. *IGEPEC, TOLEDO*, v. 25, p. 46-65, 2020. Edição Especial: 58º CONGRESSO DA SOBER.
- SOUZA, Maria Cristina Oliveira; CORAZZA, Rosana Icassatti. Do Protocolo Kyoto ao Acordo de Paris: uma análise das mudanças no regime climático global a partir do estudo da evolução de perfis de emissões de gases de efeito estufa. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, v. 42, 2017.
- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO. Processo ACPCiv 0001377-46.2016.5.08.0115. Disponível em: <https://pje.trt8.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0001377-46.2016.5.08.0115/2#67e09c6>. Acesso em 2 out. 2021.
- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO. Processo ACPCiv 0000271-46.2020.5.08.0103. Disponível em: <https://pje.trt8.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000271-46.2020.5.08.0103/1#00899ff>. Acesso em 2 out. 2023.
- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO. Processo ACPCiv 0000831-49.2020.5.08.0115. Disponível em <https://pje.trt8.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000831-49.2020.5.08.0115/2#dbc2d5b>. Acesso em 2 out. 2023.
- UN DESA. UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS. A Guidebook to the Green Economy. Issue 1: Green Economy, Green Growth, and Low-Carbon Development: History, Definitions and a Guide to Recent Publications. United Nations Division for Sustainable Development, 2012.
- UNFCC. UNITED NATIONS CLIMATE CHANGES. Disponível em: <https://unfccc.int/process/conferences/pastconferences/copenhagen-climate-change-conference-december-2009/statements-and-resources/information-provided-by-parties-to-the-convention-relating-to-the-copenhagen-agreement>. Acesso em: 10 abr. 2023.
- VERÍSSIMO, Beto. ASSUNÇÃO, Juliano. BARRETO, Paulo. O paradoxo Amazônico: O desastroso processo de ocupação da Amazônia Legal nos oferece, atualmente, as chaves para a construção do seu futuro sustentável. Projeto Amazônia 2030. Setembro 2022, número 50. Disponível em: <https://amazon.org.br/publicacoes/>. Acesso em: 8 ago. 2023.

WRI. Uma nova economia para uma nova era: elementos para a construção de uma economia mais eficiente e resiliente para o Brasil. Brasil, 2020, p. 13. Disponível em: https://wribrasil.org.br/sites/default/files/af_neb_synthesisreport_digital.pdf. Acesso em: 10 ago. 2023.

WYZYKOWSKI, Adriana; COSTA, Beatriz Moraes de Athayde. O "Emprego Verde" como um parâmetro ajustado à ideia de trabalho decente: uma análise a partir do incentivo e apoio da OIT. Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano, Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região, v. 5, 2022, p. 1-37.

DIREITO À INCLUSÃO CULTURAL NO PLANO SUBNACIONAL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL PARA INCENTIVO AO CINEMA NO BRASIL ENTRE 2017 E 2021

Cultural Inclusion at the Subnational Plan: A Comparative Analysis of the Legislation for the Incentive of Cinema in Brazil between 2017 and 2021

Marcelo Labanca Corrêa de Araújo*
Juliana do Rêgo Barros Valois**

Resumo: O presente trabalho versa sobre as políticas legislativas estaduais de fomento ao direito à inclusão cultural por meio do incentivo ao cinema. Como hipótese de pesquisa, partiu-se da noção de que, se a Constituição Federal de 1988, ao aplicar a teoria do federalismo cooperativo na repartição de competências, estabeleceu que os Estados-Membros possuem competência concorrente para legislar acerca da cultura, logo, o incentivo ao cinema concretiza a aplicação dos dispositivos desta Carta Magna, além de consagrar o direito fundamental à inclusão cultural. O foco da pesquisa diz respeito à investigação das respostas legislativas provenientes do exercício da competência legislativa estadual para incentivo ao cinema no Brasil entre os anos de 2017 e 2021, por meio do método empírico. Com os dados coletados, foi possível retratar o estado da arte no que diz respeito ao papel das assembleias legislativas na promoção dos direitos culturais, notadamente o do incentivo ao cinema.

Keywords: The present work deals with state legislative policies to promote the right to cultural inclusion by encouraging cinema. As a research hypothesis, we assumed that, if the Federal Constitution of 1988, when applying the theory of cooperative federalism in the

* Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e realizou Pós-Doutorado na Universidade de Pisa, Itália, como bolsista da CAPES no âmbito do Programa de Estágio Pós-Doutoral no Exterior. Atualmente, atua como Professor de Direito Constitucional na Universidade Católica de Pernambuco, lecionando tanto na graduação quanto na pós-graduação. Além de sua carreira acadêmica, é Diretor do Centro de Estudos Constitucionais em Federalismo e Direito Estadual e ocupa a posição de Procurador-Chefe na Procuradoria Regional do Banco Central em Pernambuco, Brasil.

** Graduada na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Pesquisadora do Centro de Estudos Constitucionais em Direito Estadual e Federalismo.

division of competences, established that the States have concurrent competence to legislate about culture, therefore, the incentive to cinema implements the application of the articles in this Charter, in addition to enshrining the fundamental right to cultural inclusion. The focus of the research concerns the investigation of legislative responses arising from the exercise of state legislative competence to encourage cinema in Brazil between the years 2017 and 2021, through the empirical method. With the data collected, it was possible to portray the state of the art regarding the role of legislative assemblies in promoting cultural rights, notably to encourage cinema

Sumário: 1. Introdução; 2. Essência Federativa; 3. O Federalismo Brasileiro e a Autonomia Estadual; 3.1 Competência Legislativa Concorrente; 4. Direitos Culturais na Constituição Federal de 1988; 5. A Importância do Incentivo ao Cinema no Plano Legislativo Estadual; 6. Resultados; 7. Considerações Finais; 8. Referências Bibliográficas.

1.Introdução

Os direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988 são comumente chamados de direitos subjetivos “públicos” justamente por terem o Poder Público como um agente realizador (seja ativa ou passivamente).

Assim, direitos tradicionalmente considerados “de liberdade” merecem uma ação negativa do Estado para que possam ser realizados. Isso ocorre, apenas para exemplificar, com o direito à liberdade de expressão que é tão mais exercido quanto menos o poder público impor censura. Exige-se, portanto, do Estado uma não-ação.

Já os direitos considerados “prestacionais”, como o próprio nome da classificação já sugere, são realizados mediante uma prestação positiva do Estado. Assim ocorre com o direito à educação, à saúde, ao lazer, à cultura e tantos outros. Afinal, é necessário que o poder público construa hospitais, escolas, parques e promova acesso a eventos culturais. Sem a participação do Estado, tais direitos

deixam de ser usufruídos por parcela da população que não possui capacidade financeira para tal realização.

Considerando, então, que o Poder Público é um ente fundamental na realização dos direitos fundamentais (já que são direitos subjetivos “públicos”), então não é demais concluir que há uma fronteira muito tênue entre direitos fundamentais e federalismo. Afinal, qual esfera de Poder Público será a competente para atuar na realização de direitos fundamentais? A federal, a estadual ou a municipal? Questões de direitos fundamentais tendem, portanto, a se transformar em questões envolvendo a temática do federalismo e da repartição de competências.

Assim ocorre com o direito à inclusão cultural. Se, por um lado, os direitos fundamentais estão escritos pela Constituição Federal como mensagens direcionadas aos cidadãos, por outro lado há regras de competência direcionadas aos Poderes Públicos e tais regras identificam deveres das esferas multiníveis para a consecução dos direitos. A legislação sobre a cultura está expressamente prevista no artigo 23º, V, da Constituição Federal, como um dever da União, Estados, Municípios e Distrito Federal de promover o acesso à cultura. E, se há um dever, há um direito: o direito de acesso à cultura. Além disso, o artigo 24º, IX, também estabelece como competência concorrente interfederativa a legislação sobre cultura.

Entender de que forma esse acesso à cultura ocorre é de extrema importância para a comunidade acadêmica, a fim de identificar se esse dever está sendo realizado de maneira efetiva, notadamente no plano subnacional.

Para verificar a hipótese segundo a qual Estados brasileiros atuam na promoção ao acesso à cultura, buscou-se especificar o objeto da pesquisa às

legislações estaduais sobre cinema, buscando responder ao seguinte problema de pesquisa: os Estados-membros exerceram a sua competência legislativa em matéria de cinema nos anos de 2017 a 2021 ampliando o acesso ao direito fundamental à cultura no âmbito subnacional?

Para responder a essa pergunta, foi realizada uma coleta de dados quantitativa e qualitativa, para identificar quantas (quanti) normas foram elaboradas e por quais Estados, considerando a temática central da presente pesquisa e as suas esferas de abrangência (quali).

O percurso para a obtenção dos dados se deu, inicialmente, com a utilização do sítio eletrônico "<https://leisestaduais.com.br>" e pesquisa das leis ordinárias e complementares nos 27 Estados-Membros com as expressões de busca "cinema", "produção cinematográfica" e "audiovisual" para obter, com maior precisão, todas as leis produzidas. O lapso temporal, de 01/01/2017 até 31/12/2021, foi definido de forma discricionária, a fim de garantir os critérios de atualidade da pesquisa.

Com o garimpo das informações, passou-se à montagem do banco de dados para retratar o estado da arte no que diz respeito ao papel das assembleias legislativas na promoção dos direitos culturais, notadamente o do acesso e incentivo ao cinema. Dessa maneira, realizou-se um mapeamento qualitativo por meio de planilhas que classificaram a legislação encontrada com base em três critérios, quais sejam, "restrição ao cinema", "incentivo ativo", identificando as leis que têm como objetivo a promoção do direito à cultura por meio do incentivo à cadeia produtora de cinema, e "incentivo passivo", para a legislação que incentivou o acesso, por parte da sociedade, ao consumo de cinema no Brasil. Por fim, foi

efetuada uma comparação, através da aplicação de jurimetria e elaboração de gráficos, entre as legislações de cada Estado-Membro mapeado.

Se federalismo e direitos fundamentais são temas que se ligam umbilicalmente, isso ocorre com muito mais frequência quando estamos diante de um tipo de direito fundamental que pode merecer a atenção de mais de uma esfera federativa. O direito à cultura e ao cinema é um desses assuntos que não pode ser negligenciado no plano estadual e a execução desta pesquisa demonstrou, ao final, o quanto a máquina de produção normativa dos Estados dá atenção a tal tema e de como a concretização desse direito depende da produção legislativa.

2. Essência Federativa

Diferentemente de outros temas recorrentes na ciência política e na teoria do Estado, como democracia e separação de poderes, o federalismo foi desconhecido na Idade Antiga¹. A federação, como forma de Estado, foi fruto da criação norte-americana que, em 1787, a implementou no processo de ratificação de sua Constituição ainda hoje vigente.

À época, o que se propunha era uma alternativa intermediária às configurações de Estado comumente adotadas, isto é, o Estado Unitário e a Confederação, para que os Estados Unidos, no cenário de recém independência da monarquia absolutista inglesa e de preponderância da ideologia do Estado Liberal burguês², se desvencilhasse tanto da lógica aplicada por seus antigos colonizadores,

¹ JURACI MOURÃO LOPES FILHO, *Competências Federativas: Na Constituição e nos Precedentes do STF*, 1ª ed., Salvador, Juspodivm, 2012, p.17.

² JURACI MOURÃO LOPES FILHO, *Competências Federativas: Na Constituição...*, p.18.

quanto se baseasse nos novos ideais iluministas de liberdade e independência com ausência de concentração de poder.

Neste modelo, no qual a soberania é abdicada pelas partes integrantes da federação para ser exercida tão somente pelo governo central, extingue-se o direito de secessão, uma vez que este seria considerado ato ilícito violador da Constituição³, e divide-se apenas o poder político entre os entes federativos.

Embora o modelo clássico americano tenha estabelecido apenas dois níveis de divisão desse poder político⁴, quais sejam, o estadual e o federal, é importante salientar que não há rigor na quantidade de entes necessários para se caracterizar uma federação⁵, inclusive porque o cerne deste modelo de Estado é o equilíbrio entre a unidade nas várias diversidades, quaisquer que sejam suas configurações tanto quanto à quantidade de níveis de divisão do poder político, quanto à simetria ou assimetria entre eles.

Como bem assinala Juraci Mourão Lopes Filho:

É a constituição de cada país que estabelece a federação real. Se ela estabelecer as exigências mínimas para efetivamente caracterizar uma divisão de poderes entre vários entes dotados de autonomia, não há por que negar a essência federativa ou mesmo o *status* federativo das regiões

³ JURACI MOURÃO LOPES FILHO, *Competências Federativas: Na Constituição...*, p.22.

⁴ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 33ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016, p.253. Como explica o autor, essa rígida separação marcou o modelo clássico norte-americano, que se dizia dual precisamente pela existência da distribuição vertical do poder político. Advindo de uma necessidade histórica de conciliação entre a formação de um governo central e a intransigência dos Estados que não renunciavam a sua autonomia política, o federalismo dual estabeleceu um Estado Federal em que a maior parte das competências era exercida pelos Estados-Membros, restando à União somente o que lhe foi expressamente atribuído no texto constitucional.

⁵ JURACI MOURÃO LOPES FILHO, *Competências Federativas: Na Constituição...*, p.35.

ou municípios que venham a ser incluídos de maneira assimétrica como partes do pacto federativo.⁶

Portanto, diante da singularidade de cada federação e das diferenças históricas de cada país, impreciso seria definir características rígidas para estabelecer o pacto federativo. No entanto, pode-se falar na essência federativa, isto é, em princípios ou elementos essenciais e que são observados na maioria dos modelos de federação. Para este trabalho, será pertinente esmiuçar três desses elementos: a existência da Constituição como base jurídica do Estado⁷, a autonomia dos entes periféricos⁸ e a repartição constitucional de competências, já que são essas as características que explicam a possibilidade de produção legislativa para incentivo ao cinema no âmbito do plano subnacional brasileiro.

Insta ratificar que o modelo federal pressupõe a existência de uma Constituição Federal formal, rígida e escrita como base jurídica deste Estado, isto é, instituindo sua "espinha dorsal" e todos os seus mecanismos de funcionamento. Outrossim, Raul Machado Horta é preciso ao afirmar que "há uma relação de causalidade entre Constituição Federal e Estado Federal"⁹, uma vez que a Lei Maior não só detém a função estruturante e operacional do Estado federal, mas também fornece as bases axiológicas que servirão de limites para o exercício e a interpretação material e legislativa, de modo que as disposições federativas estejam

⁶ JURACI MOURÃO LOPES FILHO, *Competências Federativas: Na Constituição...*, p.35.

⁷ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de Teoria...*, p. 253.

⁸ JURACI MOURÃO LOPES FILHO, *Competências Federativas: Na Constituição...*, p.36.

⁹ RAUL MACHADO HORTA, *Direito Constitucional*, 4ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p.305.

continuamente próximas das aspirações sociais e dos valores vigentes¹⁰, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais e à proteção das minorias.

Outro elemento fundamental para a existência do Estado federal é a autonomia dos Estados-Membros¹¹, que, nas palavras de Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, é a "capacidade desses estados de estabelecerem regras próprias no plano político, por meio da inovação na ordem jurídica em decorrência da capacidade de produção de leis"¹². Note-se, entretanto, que o exercício da autonomia pelos entes federativos se limita ao plano político interno, esbarrando sempre na soberania do Estado Federal, que, no caso do Brasil, pertence ao Estado brasileiro e é exercida pela União¹³.

Isto posto, por força da descentralização política estabelecida pelo modelo federativo, os entes federados são dotados de autonomia, que, ressalta-se, não é concedida pelo governo central, mas sim, própria desses entes, na medida estabelecida pela Constituição. Essa descentralização política não pode ser confundida com a descentralização administrativa, típica do estado unitário¹⁴, que

¹⁰ JURACI MOURÃO LOPES FILHO, *Competências Federativas: Na Constituição...*, p.38.

¹¹ Adota-se aqui, uma vez que o tema do trabalho se trata do caso do federalismo brasileiro, a denominação de Estado-Membro para designar as unidades de uma federação. Contudo, é válido recordar que diversas são as denominações para as unidades da federação, como, por exemplo, os *Länder* na Alemanha e na Áustria, os *cantões* na Suíça e as *províncias* na Argentina.

¹² MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO, *Jurisdição Constitucional e Federação: O Princípio da Simetria na Jurisprudência do STF*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p.19

¹³ PAULO AFONSO CAVICHIOLI CARMONA, *Das Normas Gerais: Alcance e Extensão da Competência Legislativa Concorrente*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2010, p. 21.

¹⁴ PAULO AFONSO CAVICHIOLI CARMONA, *Das Normas Gerais...*, p. 21.

concede atribuições a entes descentralizados que não possuem autonomia, mas tão somente exercem as tarefas estabelecidas administrativamente.

Cumprе trazer à baila, ainda, que a autonomia constitucional dos entes federativos pressupõe os poderes de auto-organização, autolegislação, autogoverno e autoadministração. Para este trabalho, é relevante aprofundar o poder de autolegislação, já que é ele o responsável por conceder, aos Estados-Membros brasileiros, a capacidade de elaboração de suas próprias leis, evitando a dependência da legislação federal para executar suas atribuições¹⁵ e viabilizando inclusive, no contexto atual brasileiro, a proteção de direitos fundamentais em mais uma esfera de poder além da federal.

Sobre o tema, Marcelo Labanca Corrêa de Araújo relembra que as matérias passíveis de autolegislação por parte dos Estados-Membros devem constar na Constituição Federal, o que demonstra a existência de um exercício de atribuição meramente indicativo de uma liberdade vigiada pelas normas constitucionais federais: "a autolegislação dos estados-membros é obtida por meio da determinação constitucional de competências legislativas que devem ser desempenhadas autonomamente, sem interferência do poder central. Ou seja, a própria Constituição Federal já de antemão determina quais matérias podem estar sujeitas à legislação estadual¹⁶."

¹⁵ MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO, *Jurisdição Constitucional...*, p. 21.

¹⁶ MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO, *Jurisdição Constitucional...*, p. 22.

Como pôde ser observado, a autonomia federativa é a medida constitucional do exercício da soberania, que se encontra sistematizada por meio da repartição de competências prevista na Constituição Federal, mecanismo que influencia tanto na expressão positiva dessa partilha de poder político mediante a edição de constituições estaduais e leis orgânicas, quanto no estabelecimento de limites a esse exercício.

Logo, a repartição constitucional de competências, outro elemento imprescindível para o formato de Estado Federal, sistematiza a atuação da autonomia dos entes federativos na prática. O constituinte, ao dividir tarefas estabelecendo competências, coloca em prática a integração e coexistência dos múltiplos ordenamentos, quais sejam, o da Federação, que é central e normalmente válido para todo o território nacional, e o dos Estados-Membros, que são parciais¹⁷. Desse modo, pontua Marcelo Labanca que os estados-membros de uma federação formam um todo atributivo que se desdobra num todo distributivo, no qual seria fomentado pela constituição total, que contempla a distribuição de competências entre o entre central e os entes locais¹⁸.

Acerca da repartição de competências no contexto brasileiro atual, também narra Raul Machado Horta:

A decisão a respeito da repartição de competências condiciona a fisionomia do Estado Federal, para determinar os graus de centralização e de descentralização do poder federal. A repartição atende a um princípio corporativo territorial, de modo que determinadas matérias passarão a ter incidência em todo o território federal, enquanto outras ficarão

¹⁷ RAUL MACHADO HORTA, *Direito Constitucional...*, p. 306.

¹⁸ MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO, *Jurisdição Constitucional...*, p.24.

distribuídas aos ordenamentos parciais dos Estados-Membros e dos Municípios.¹⁹

Depreende-se, portanto, que a configuração escolhida para a partilha de competências define o grau de concentração de poder dos entes federativos e, conseqüentemente, estabelece a configuração do federalismo no Estado, que pode ser classificada²⁰ em federalismo contrípeto, federalismo centrífugo e federalismo de equilíbrio²¹. Todavia, cumpre salientar que essas classificações podem se modificar ao longo dos anos, pois o grau de concentração de poder dos entes federativos não é estático, já que a construção do Estado Federal está submetida a construções não só normativas, como também hermenêuticas²².

Ainda de acordo com Raul Machado Horta:

Se a concepção do constituinte inclinar-se pelo fortalecimento do poder federal, teremos o federalismo contrípeto (...); se, ao contrário, a concepção fixar-se na preservação do poder estadual emergirá o

¹⁹ RAUL MACHADO HORTA, *Direito Constitucional...*, p. 308.

²⁰ MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO, *Jurisdição Constitucional...*, p.23. Essas classificações pressupõem a necessidade de existência de um centro como referência, contudo, é importante ratificar que o Estado Federal se caracteriza pela existência de duas ordens jurídicas parciais que, em tese, não estão subordinadas uma à outra. Logo, o único centro de referência será a Constituição Federal, de onde emanam todas as competências. Sobre o assunto, o autor assinala que "mesmo as normas centrais, que são válidas para todo o território nacional (seja com incidência espacial ou pessoal), são consideradas de ordem jurídica parcial. As normas (locais e centrais), juntas, perfazem o que se convencionou chamar de ordem jurídica total".

²¹ RAUL MACHADO HORTA, *Direito Constitucional...*, p.306.

²² MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO, *Jurisdição Constitucional...*, p.24. Segundo o autor, devido à complexidade de identificação dos princípios limitadores da autonomia dos estados-membros brasileiros, que não foram expressamente mencionados no art. 25 da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal acaba assumindo um papel de intérprete e construtor da federação brasileira, ao disciplinar a extensão do poder estadual ao exercer a jurisdição constitucional.

federalismo centrífugo (...). Pode ainda o constituinte federal modelar sua concepção federal pelo equilíbrio entre as forças contraditórias da unidade e da diversidade, do localismo e do centralismo, concebendo o federalismo de cooperação, o federalismo de equilíbrio entre a União soberana e os Estados-Membros autônomos²³.

Portanto, a partir das referidas classificações, é possível verificar se, durante a evolução histórica dos Estados federais, houve fortalecimento dos governos estaduais, dos governos federais ou mesmo de ambas as esferas, sendo este último o objetivo do federalismo cooperativo, modelo de divisão de competências aplicado atualmente no Brasil e que propõe a lógica do *all together*²⁴, isto é a cooperação entre os entes, em detrimento da competição entre eles, própria do federalismo dual.

3. O Federalismo Brasileiro e a Autonomia Estadual

Cumprir trazer à baila que a forma federativa somente foi instaurada no Brasil, oficialmente, por meio do Decreto nº 1 de 15 de novembro de 1889, primeiro ato do Governo Republicano, e posteriormente confirmada na Constituição de 1891, em seu artigo 1º. Inspirada no modelo norte-americano, a primeira Constituição republicana do Brasil gerou o simultâneo “nascimento” da União e de seus Estados componentes, que passaram a integrar a República Federativa.

Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, onde a formação do federalismo se deu por meio da aglutinação histórica e real de Estados

²³ RAUL MACHADO HORTA, *Direito Constitucional...*, pp. 306-307.

²⁴ MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO. *Considerações sobre Direitos Fundamentais Estaduais e Federalismo*, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-23/marcelo-labanca-direitos-fundamentais-estaduais-federalismo>, Acesso em: 14/06/2022.

preexistentes, a formação do Estado Federal no Brasil foi fruto de imputação normativa, estabelecida mediante a criação jurídica dos Estados na própria Constituição²⁵.

Acerca do tema, ensina Nilo Marcelo de Almeida Camargo ao citar Pontes de Miranda:

As federações nasceram de pactos, pactos de paz, como já se dizia nos velhos escritos federais do século XVI. A do Brasil, não. Nada se federou, nada se ligou; o que se fez foi adotar a federatividade constitucional, expediente de técnica política constitucional. A União não nasceu da federação; a União adotou a organização federal²⁶.

Apesar das diferenças históricas, culturais e sociológicas de ambos os países, adotou-se, na nascente ordem constitucional brasileira, técnica de repartição de competências semelhante à dos norte-americanos.

Entretanto, ainda que inicialmente atribuída a técnica clássica, é importante salientar que a configuração da repartição de competências, que é o “coração” de qualquer sistema federativo²⁷, se alterou em cada nova Constituição aprovada ao longo da história, moldando o federalismo no país. Portanto, depreende-se que a construção do Estado brasileiro pode ser pensada através de uma sucessão de períodos de centralização aos quais se sucedem períodos de descentralização, como

²⁵ RAUL MACHADO HORTA, *Direito Constitucional...*, p. 321.

²⁶ NILO MARCELO DE ALMEIDA CAMARGO, *A Forma Federativa de Estado e o Supremo Tribunal Federal Pós Constituição de 1988*, 1ª ed., Porto Alegre, Núria Fabris, 2010, p. 179.

²⁷ LEONAM BAESSO DA SILVA LIZIERO, FABRÍCIO CARVALHO, *Federalismo e Centralização...*, p. 1494.

um verdadeiro "efeito sanfona" entre a centralização e a descentralização federativa.

Já em 1988, como aspiravam os constituintes, a Constituição Federal confirmou a forma federal de Estado²⁸ e aproximou o Brasil de um federalismo cooperativo ao definir as competências inspirada na Lei Fundamental de Bonn de 1949²⁹, propondo uma maior descentralização e alinhamento do país ao constitucionalismo social³⁰. De acordo com Raul Machado Horta, “A Constituição Federal de 1988 promoveu a reconstrução do federalismo brasileiro e estabeleceu a relação entre a Federação e os princípios e regras que individualizam essa forma de Estado no conjunto das formas políticas”³¹.

Paulo Afonso Cavichioli Carmona leciona sobre o desenho institucional das competências traçado pelo texto constitucional:

A Magna Carta de 1988 adotou um complexo sistema de partilha de competências aos entes políticos. Em busca do equilíbrio federativo, enumerou os poderes da União (arts. 21 e 22), atribuiu poderes remanescentes aos Estados (art.25, §1º), definiu de forma indicativa os poderes para os Municípios (art.30), combinou a possibilidade de

²⁸ A Constituição Federal estabelece, em seu art. 1º, *caput*, que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal.

²⁹ LEONAM BAESSO DA SILVA LIZIERO, FABRÍCIO CARVALHO, Federalismo e Centralização no Brasil: Contrastes na Construção da Federação Brasileira, *Revista de Direito da Cidade*, vol. 10, 2018, pp. 1483-1503, p.1483. Segundo os autores, a Lei Fundamental de Bonn foi aquela responsável por institucionalizar o federalismo alemão em 1949. Apesar das diversas críticas no que tange à sua tendência centralizadora, o modelo alemão, desde seu início, tem sido bastante eficiente e marcado pela inter-relação e colaboração entre as esferas federal e estatal.

³⁰ LEONAM BAESSO DA SILVA LIZIERO, FABRÍCIO CARVALHO, Federalismo e Centralização..., p. 1501.

³¹ RAUL MACHADO HORTA, *Direito Constitucional...*, p. 444.

delegação (art.22, parágrafo único) e áreas de atuação paralela (art.23) ou condominial³².

Não obstante o esforço, em 1988, em promover mecanismos que garantissem uma maior autonomia aos Estados-Membros, o Estado federal brasileiro ainda é caracterizado como centralizador³³, devido a diversos fatores, como, por exemplo, a concentração de boa parte das competências tributárias na União, que também detém grande poder de decisão a respeito da distribuição de receitas.

Contudo, ainda que haja uma histórica concentração de recursos em tal ente, o caso brasileiro tem demonstrado, como será verificado a partir dos dados desta pesquisa, que o plano estadual pode, sim, ser fortalecido enquanto um espaço adequado de proteção de direitos fundamentais³⁴, como bem assinala Marcelo Labanca:

O próprio argumento da excessiva centralização de recursos na União não pode ser mais utilizado para impedir processos descentralizadores para proteção de direitos que não geram custos, já que há direitos que dependem, realmente, de recursos (os prestacionais), mas há outros que independem (os não prestacionais). Estados podem, por exemplo, prever direitos de inclusão e proteção de minorias, igualdade de gênero e racial, apenas para exemplificar, sem que isso onere cofres públicos³⁵.

³² PAULO AFONSO CAVICHIOLI CARMONA, *Das Normas Gerais...*, p.29.

³³ LEONAM BAESSO DA SILVA LIZIERO, FABRÍCIO CARVALHO, *Federalismo e Centralização...*, p. 1499.

³⁴ MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO. *Considerações sobre Direitos Fundamentais...*, n.p.

³⁵ MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO. *Considerações sobre Direitos Fundamentais...*, n.p.

Dessa forma, mesmo que dentro dos limites estabelecidos pelo poder constituinte decorrente e pela repartição de competências, os Estados-Membros brasileiros podem e devem atuar para fortalecer, no âmbito do federalismo cooperativo, a proteção de direitos fundamentais previstos na Carta constitucional.

Pelo exposto, para melhor compreender o complexo sistema de repartição de competências, principalmente no que tange ao exercício da competência legislativa estadual, objeto da presente pesquisa, é importante observar que a literatura jurídica estabeleceu alguns critérios para estruturá-las. As competências podem ser classificadas em materiais, isto é, aquelas que versam sobre áreas de atuação política, ou legislativas quando tratam, como já prevê a denominação, dos âmbitos passíveis de produção legislativa³⁶.

No caso das competências legislativas, a Constituição Federal de 1988 adotou a técnica de competências enumeradas, que são aquelas em que há previsões expressas na Carta, e competências remanescentes, que são exercidas quando esta Carta não indica um tema, se omitindo em relação a alguma atribuição³⁷. Dessa forma, as competências enumeradas foram atribuídas à União e aos Municípios, ao passo que as competências remanescentes foram conferidas aos Estados.

Assim, diante da possibilidade do exercício compartilhado das competências legislativas, costuma-se falar em competência legislativa privativa e competência legislativa concorrente. De acordo com Marcelo Labanca Corrêa de Araújo e Glauco Salomão Leite, a primeira ocorre quando a Constituição dá certas

³⁶ PAULO AFONSO CAVICHIOLI CARMONA, *Das Normas Gerais...*, p.41.

³⁷ GLAUCO SALOMÃO LEITE, MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO, *Poder Legislativo...*p.295.

matérias para apenas uma esfera legislar, enquanto na segunda, como será esmiuçado adiante, mais de uma esfera pode legislar sobre as matérias.

3.1. Competência Legislativa Concorrente

A consolidação do federalismo cooperativo, na Constituição Federal de 1988, se deu pela competência legislativa concorrente, já que é nela em que se materializa o modelo vertical de competências, isto é, aquele que estabelece uma atividade conjunta e complementar dos entes federativos, com o intuito de somar esforços para atingir os desígnios cada vez mais complexos de um Estado social³⁸.

Ademais, se mostrou como uma tentativa de compensação à já histórica feição centralizadora do federalismo legislativo brasileiro, como afirmam Marcelo Labanca Corrêa de Araújo e Glauco Salomão Leite:

A Constituição Federal estabeleceu um extenso rol de matérias no art. 22, com vinte e nove incisos que giram desde o Direito Civil até a matéria de propaganda comercial. Com isso, vê-se que optou, claramente, por centralizar nas mãos da União Federal boa parte da matéria a ser legislada no país. (...) Para tentar compensar tamanha centralização, a Constituição previu, no art. 24, um campo de intersecção de matérias que podem ser legisladas tanto pela União quanto pelos Estados-membros e Distrito Federal: as chamadas competências legislativas concorrentes³⁹.

Contudo, mesmo nessa esfera, ainda residem as vicissitudes da centralização normativa, uma vez que, diferentemente da competência

³⁸ JURACI MOURÃO LOPES FILHO, *Competências Federativas: Na Constituição...*, p.75.

³⁹ GLAUCO SALOMÃO LEITE, MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO, *Poder Legislativo e Dinâmica Constitucional: Um Estudo à Luz do Princípio Federativo*, RIL, n.º. 207, 2015, pp. 289-303, p.295.

administrativa concorrente⁴⁰, em que todos os entes federativos podem atuar paralelamente, na competência legislativa concorrente, há atuação dos Estados, Distrito Federal e União nos moldes da concorrência condominial⁴¹⁴².

Essa “concorrência condominial” ou “condomínio legislativo” decorre do próprio texto da Carta Magna, que delimitou, nos parágrafos do seu 24º artigo (BRASIL,1988), o campo de atuação legislativa dos Estados alicerçado na edição de normas gerais por parte da União, veja-se:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Com base nos parágrafos do referido dispositivo constitucional, é possível observar que há uma relação não só de causalidade, mas também de condicionamento entre a existência ou não de normas gerais e o exercício da competência legislativa concorrente dos Estados e do Distrito Federal. Para

⁴⁰ A competência administrativa concorrente, também denominada de competência comum, está prevista no art. 23 da CF/88: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (...)”.

⁴¹ Em princípio, a competência legislativa concorrente não abarca os Municípios, contudo, em caso de omissão sucessiva dos legisladores federal e estadual, nada impede que este ente preencha a lacuna, sem exceder os limites dos interesses locais, até que a omissão seja suprida.

⁴² PAULO AFONSO CAVICHIOLI CARMONA, *Das Normas Gerais...*, p. 38.

Fernanda Dias Menezes de Almeida⁴³, essa modalidade de competência legislativa concorrente é denominada de não-cumulativa, precisamente por não disponibilizar, aos entes federativos, o acúmulo ilimitado de produção legislativa até o esgotamento das matérias previstas, mas tão somente a facultar, aos Estados, a complementação dessas normas gerais ou, na falta delas, a suplementação.

De antemão, pontua-se que, ainda dentro dos ditames do espaço não cumulativo da competência legislativa concorrente, eventualmente os interesses dos entes federativos podem confluir, nomeadamente no que se refere à proteção de direitos fundamentais, diante do seu caráter indivisível e interdependente. Por esse motivo, a atuação conjunta dos entes federativos, para que seja efetiva, deve respeitar o princípio da predominância do interesse, isto é, o parâmetro de atuação de cada ente federativo deve levar em conta a sua amplitude no espaço federativo. Dessa maneira, caberá à União Federal conhecer dos assuntos de preponderante interesse nacional, ao passo que aos Estados e Municípios, caberão os assuntos de predominante interesse regional e local, respectivamente⁴⁴. Todavia, o princípio da predominância do interesse não pode ser analisado desconectado de uma maior proteção dos direitos fundamentais. Assim, nota-se uma inclinação da jurisprudência para que a cláusula de predominância seja analisada a partir da verificação sobre qual ente tem a melhor capacidade de proteger direitos fundamentais. Isso ficou nítido no precedente “Cabedelo”, quando o Supremo Tribunal Federal, por meio do Pedido de Suspensão da Tutela Provisória 449⁴⁵,

⁴³ FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA, *Competências na...*, p.138

⁴⁴ PAULO AFONSO CAVICHIOLI CARMONA, *Das Normas Gerais...*, p.25.

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Provisória (STP) nº. 449. Relator Dias Toffoli. Julgamento em 09 de julho de 2020. Diário Judicial Eletrônico.

desautorizou o plano municipal para disciplinar horário de funcionamento de comércio local, validando decretos estaduais que disciplinavam a abertura e fechamento em função da necessidade de proteção da saúde e para evitar a disseminação do vírus da COVID-19. É um caso interessante, já que há uma súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (a Súmula 419⁴⁶) que expressamente determina ser de competência do município a definição de horário de funcionamento de comércio local. Mas, diante da necessidade de proteção de direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal legitimou a legislação estadual em detrimento da legislação municipal sobre esse tema. Pode-se, portanto, dizer que a proteção de direitos fundamentais serviu como critério de mitigação do princípio da predominância do interesse.

De qualquer modo, no que se refere ao campo da incompatibilidade normativa federal, estadual e municipal, caso haja confluência entre leis estaduais e leis federais pela não observância do princípio da predominância de interesse, não haverá o que se falar em ilegalidade da lei estadual, mas tão somente inconstitucionalidade formal⁴⁷, uma vez que o modelo vertical de competências não se refere à noção de hierarquia jurídica entre normas, inclusive porque invalidaria o próprio federalismo cooperativo, já que onde há cooperação, não pode haver subordinação, mas sim, relação de cooperação.

Dessa maneira, fica claro que, para compreender o âmbito de atuação dos Estados e do Distrito federal no exercício da competência legislativa concorrente,

⁴⁶ Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 419, de 01 de junho de 1964. Diário Oficial da União.

⁴⁷ JURACI MOURÃO LOPES FILHO, *Competências Federativas: Na Constituição...*, p.226.

é imprescindível verificar o que se entende por normas gerais. No entanto, não há, entre a literatura jurídica e os dispositivos normativos, apenas um conceito uniforme que sirva de parâmetro objetivo para definir quais matérias devem ser tratadas como “gerais”.

Paulo Afonso Cavichioli Carmona menciona, em obra que analisa a extensão e o alcance das competências legislativas concorrentes⁴⁸, catorze entendimentos doutrinários acerca do tema, que acabam por introduzir ou complementar a sua concepção de que o objetivo das normas gerais é fixar um sentido limitativo, na medida em que estas são um *comando-limite* que “permite que a legislação concorrente estadual, distrital ou municipal opte, escolha, minudencie e determine o que lhe parecer mais adequado para o atendimento de seu interesse no âmbito discricionário de sua competência específica”⁴⁹.

Nesse mesmo sentido, Juraci Mourão Lopes Filho define as normas gerais:

É muito simples e pouco elucidativo, mas não errado, afirmar que normas gerais são aquelas que disciplinam os pontos mais abrangentes e relevantes de um determinado assunto sem descer a pormenores e minúcias, ou, como escreveu o Ministro Carlos Velloso em passagem já citada, que são normas que traçam a “moldura do quadro a ser pintado” pelas normas periféricas.⁵⁰

Destarte, para compreender a extensão das normas gerais, dever-se-á analisar, no caso concreto, o caráter abrangente do texto em relação às especificidades daquilo produzido pelos Estados sobre a mesma matéria. Assinala,

⁴⁸ PAULO AFONSO CAVICHIOLI CARMONA, *Das Normas Gerais...*, pp. 57-58.

⁴⁹ PAULO AFONSO CAVICHIOLI CARMONA, *Das Normas Gerais...*, p.59.

⁵⁰ JURACI MOURÃO LOPES FILHO, *Competências Federativas: Na Constituição...*, p.234.

desse modo, Fernanda Dias Menezes de Almeida, ao citar Ferreira Filho⁵¹: “mais fácil é determinar o que sejam ‘normas gerais’ pelo ângulo negativo. Quer dizer, indicar os caracteres de uma norma que não é ‘geral’; é, conseqüentemente, específica, particularizante, complementar”. Esse caminho inverso, isto é, essa pintura do quadro, será realizado pelos Estados-Membros e municípios no desempenho de suas competências.

Por todo o exposto, tomando como base o condomínio legislativo e a previsão normativa das matérias a serem legisladas, têm-se a atuação legislativa concorrente dos Estados-Membros, de maneira concorrente, a partir de dois campos básicos: na existência de normas gerais editadas pela União, suplementando com sua própria legislação estadual para aperfeiçoamento regional (art.24 §2º/CF) e na ausência de normas gerais da União, exercendo sua competência plena (art.24 §3º/CF) para suprir a lacuna e atender suas peculiaridades⁵².

Insta ratificar, todavia, que, se, por um lado, a edição de normas gerais, por parte da União, deve ser mais abrangente para que não impeça a atuação da competência suplementar estadual, por outro, a legislação estadual também não pode usurpar a competência da União e editar normas contrárias à legislação federal, em respeito à unidade do pacto federativo⁵³

⁵¹ FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA, *Competências na Constituição de 1988*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, p.149.

⁵² PAULO AFONSO CAVICHIOLI CARMONA, *Das Normas Gerais...*, p.41.

⁵³ RENATA GONÇALVES PERMAN, *Os Direitos do Consumidor no Plano Estadual: Limites Federativos e os Regimes Estaduais de Proteção ao Consumidor*, Dissertação (Mestrado em Direito), 2020, p.93.

Ademais, o parágrafo 4º do mesmo artigo estabelece que, em caso de superveniência de lei normas gerais por parte da União acerca de matéria já disciplinada por meio da competência plena dos Estados-Membros, ocorrerá a suspensão da lei estadual nos aspectos em que esta for contrária àquela, para que não haja colisão normativa.

Assim, a competência da União em editar normas gerais não exclui a capacidade legislativa estadual, que deve não só preencher vazios normativos, mas aperfeiçoá-los para atender as particularidades regionais, válidas só no seu âmbito de autonomia.

4. Direitos Culturais na Constituição Federal de 1988

Por envolver uma grande interdisciplinariedade de estudos, além de ser um termo com significado antropológico amplo, já que diz respeito à intervenção do homem no ambiente natural, a cultura passou a ser pensada como uma totalidade, ubiquidade diante de todos os fenômenos sociais⁵⁴. Esse superdimensionamento da cultura, que deveria lhe render diferenciado e elevado prestígio, acaba por poder provocar o oposto, especialmente sob o prisma das relações jurídicas, por não se mostrar eficiente para a prática das políticas culturais, uma vez que onde não houver legislação aplicável, não haverá efetivação concreta de direitos. Assim, como afirma Humberto Cunha Filho⁵⁵, o Direito demanda “uma compreensão de certa forma restrita para tornar a cultura operacionável, uma vez que se trata de um bem

⁵⁴ HUMBERTO CUNHA FILHO, *Teoria dos Direitos Culturais: Fundamentos e Finalidades*, 2ª ed, São Paulo, Edições Sesc, 2018, p.25.

⁵⁵ HUMBERTO CUNHA FILHO, *Teoria dos Direitos...*, p.29.

jurídico que pode ser violado e eventualmente recomposto, segundo regra preestabelecidas”.

Por outro lado, não se pode olvidar que a legislação aplicável à cultura não deve ter, como objetivo, o cerceamento das manifestações culturais, uma vez que estas são um fenômeno social e, assim como tudo que envolve a humanidade, estão em constante transformação. Ademais, considerar a cultura como um fenômeno estático equivaleria à sua própria deterioração, visto que o pluralismo, a inovação e a criatividade são características essenciais para sua sobrevivência.

Acerca da necessidade de confluência entre essas duas interpretações, assinala Humberto Cunha Filho:

Direitos culturais (...) pressupõem, como visto, a especificação, se não de um rol, ao menos de categorias de direitos relacionados com a cultura, compreendida a partir de núcleos concretos formadores de sua substância, como as artes, a memória coletiva e o fluxo dos saberes⁵⁶.

Com efeito, complexa é a tarefa não só de disciplinar, mas também de efetivar os direitos culturais diante dessa dupla interpretação, o que demanda inexoravelmente a construção, por parte de uma multiplicidade de entes políticos, de um arcabouço normativo que proporcione políticas públicas adequadas a uma interação sistêmica e que contemple todos os núcleos formadores de sua substância⁵⁷.

⁵⁶ HUMBERTO CUNHA FILHO, *Teoria dos Direitos...*, p.34.

⁵⁷ HUMBERTO CUNHA FILHO, *Teoria dos Direitos...*, p.161.

Há uma classificação bastante conhecida no âmbito dos direitos fundamentais: aqueles que se encontram dentro e fora do catálogo⁵⁸. O “catálogo de direitos fundamentais” da Constituição Federal de 1988 está devidamente posto do artigo 5º ao art. 17º, estando ali previstos diversos direitos à liberdade, direitos sociais, de nacionalidade, dentre outros. Os direitos culturais são, sem dúvidas, direitos fundamentais, porém fora do catálogo, mas ainda sujeitos ao regime deles. Dessa maneira, o artigo 215º da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece o dever do Estado em garantir o pleno exercício dos direitos culturais, o acesso às fontes da cultura nacional, além do apoio e incentivo à valorização e difusão das manifestações culturais⁵⁹.

Como antedito, diante da dinamicidade e da pluralidade regional e social, principalmente no contexto brasileiro, a concretização do incentivo aos direitos culturais pressupõe uma interação sistêmica entre os entes políticos. Isto posto, acertada foi a decisão do constituinte ao disciplinar, no artigo 24º, IX da CF/88, que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre cultura. Outrossim, prevê, no art. 23, incisos III, IV e V da Carta, que a execução das leis sobre a temática cultural é de competência comum de todos os entes da Federação, o que revela que a competência legislativa concorrente do artigo 24º/CF pode atuar tanto em conjunto, como para dar suporte à competência material dos entes federados do art. 23/CF.

⁵⁸ Para um aprofundamento no assunto, SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, 13ª ed. rev. e atual., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2018.

Desse modo, a partilha de responsabilidades entre os entes federados se mostra vital não apenas para preservar os parâmetros de “unidade na diversidade” estabelecidos pelo federalismo cooperativo e pela repartição de competências, mas também, à medida que os entes federados acomodam as suas legislações às respectivas necessidades e particularidades culturais, para preservar a pluralidade cultural e social brasileira, que gera necessidades e soluções independentes em cada ente federado.

É importante pontuar, ainda, que a partir dos referidos dispositivos constitucionais e da literatura jurídica, consideram-se categorias dos direitos culturais a criação, o acesso, a difusão, as liberdades culturais, a formação e a proteção do patrimônio cultural⁶⁰. Destarte, caberá ao Estado o dever de agir em prol da efetivação destas categorias⁶¹, contidas em todos os núcleos formadores da cultura, como, por exemplo, a música, o teatro, a dança, as artes plásticas e o cinema, objeto da presente pesquisa.

5. A Importância do Incentivo ao Cinema no Plano Legislativo Estadual

O incentivo ao cinema por meio de leis estaduais é salutar, uma vez que, na edição destas, os Estados-membros são capazes tanto de regular peculiaridades culturais importantes que, no âmbito da legislação federal, podem ser negligenciados, quanto fomentar a economia e promover a igualdade social no seu território.

⁶⁰ HUMBERTO CUNHA FILHO, *Teoria dos Direitos...*, p.160.

⁶¹ TALITA NATARELLI, *A Cultura do Povo e para o Povo: Direito Fundamental Erradicado*, Araraquara, *Cadernos de campo*, 2016, pp. 49-63, p.50.

Sobre a importância do setor cinematográfico, assinala Fabio Kopol Fornazari:

O setor cinematográfico, criado em decorrência da aproximação da arte com o desenvolvimento tecnológico, encerra em si mesmo a ambiguidade de ser uma atividade industrial – que requer alto investimento e retorno a longo prazo – e, também, um fenômeno estético, cultural e artístico, que acarreta na vida contemporânea dos países uma ampla força simbólica em termos de construção e promoção da identidade cultural nacional⁶².

Pontua-se que, no mapeamento qualitativo da presente pesquisa, realizado com base nos parâmetros metodológicos anteriormente mencionados, utilizamos dois critérios de classificação da produção legislativa estadual para o incentivo ao cinema, quais sejam, o “incentivo ativo”, para identificar as leis que tiveram como objetivo o incentivo à cadeia produtora de cinema (contemplando a categoria de criação do direitos culturais) e “incentivo passivo”, para detectar a legislação que incentiva o acesso, por parte da sociedade, ao consumo de cinema no Brasil (abrangendo as categorias de acesso e difusão dos direitos culturais).

Isso porque, com relação ao âmbito passivo, a falta de acesso potencial ao cinema e a outros equipamentos culturais, como museus e teatros, varia por sexo, cor ou raça, grupo de idade e nível de instrução. De acordo com os dados do Sistema de Informações e Indicadores Culturais⁶³, em 2018, enquanto 44% dos pretos ou pardos moravam em municípios sem cinema e, conseqüentemente, tinha menor acesso potencial a ele, esse número em relação aos brancos era de 34,8%, o que

⁶² FABIO KOPOL FORNAZARI, Instituições do Estado e políticas de regulação e incentivo ao cinema no Brasil: o caso Ancine e Ancinav, *Revista de Administração Pública*, 2006, pp. 647-677, p.651.

⁶³ divulgados pelo IBGE, site!!

revela que esse acesso está intrinsecamente relacionado à desigualdade social no país. Portanto, foi preciso mapear para investigar se a produção legislativa estadual está preenchendo as lacunas para construir políticas públicas que cessem essa espécie de *apartheid* cultural em seu território.

Já com relação à esfera ativa, o incentivo se mostra relevante na medida em que o setor cinematográfico é fonte de geração de empregos e valorização da economia nos Estados-membros, uma vez que gera mais de 330 mil empregos ao ano⁶⁴ e só em 2019, foi responsável por 27,5 bilhões do PIB brasileiro, de acordo com os dados Observatório do Cinema Brasileiro e do Audiovisual⁶⁵. Dessa maneira, foi igualmente necessário mapear se a legislação produzida se direcionou ao incentivo do setor cinematográfico e dos profissionais do mercado do audiovisual através de, por exemplo, fornecimento de recursos e priorização das produções locais independentes.

Fabio Kobol Fornazari entende que a intervenção do poder público é vital para o preenchimento das imperfeições do mercado cinematográfico:

O poder público, assim, não se desloca totalmente da intervenção no domínio econômico e social, pois precisa preencher as imperfeições de um mercado relativamente de pequena escala, com limitações tecnológicas e sem acesso viável a financiamentos privados. Além disso, vive-se uma configuração de mercado em que há a hegemonia da produção cinematográfica de origem norte-americana de um lado e, de outro, uma importante e influente camada de indivíduos e organizações

⁶⁴TERRA, *Audiovisual: um Setor com Importante Força Econômica*, disponível em <https://www.terra.com.br/noticias/dino/audiovisual-um-setor-com-importante-forca-economica,e295e555d018a14abf43e23aa6e738f4es0qd5q2.html>, acesso em 20/07/2022.

⁶⁵ AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA, Mercado Audiovisual Brasileiro, disponível em <https://www.gov.br/ancine/pt-br/oca/mercado-audiovisual-brasileiro>, acesso em 21/07/2022.

nacionais exercendo pressão por apoio e recursos para o setor. São, em geral, formadoras de opinião com acesso à mídia, ou mesmo as próprias empresas de comunicação social e grande companhias produtoras da indústria de entretenimento, que possuem fortes canais de poder para pressionar por auxílio oficial⁶⁶.

Por todo o exposto, verifica-se que, tanto no âmbito ativo, quanto no âmbito passivo, o setor cinematográfico depende da produção legislativa para garantir sua sobrevivência, para que, assim, este seja utilizado como mecanismo de transformação social e de desenvolvimento das pluralidades culturais inerentes a cada região, concretizando as teorias federativas.

6. Resultados

Como já detalhado anteriormente, a presente pesquisa teve o intuito de investigar se os Estados-Membros têm dado respostas legislativas no que tange ao fomento da cultura por meio do incentivo ao cinema no Brasil entre os anos de 2017 e 2021. Dessa maneira, partiu-se da hipótese de que, se a Constituição Federal de 1988, ao aplicar a teoria do federalismo cooperativo na repartição de competências, estabeleceu que os Estados-Membros possuem competência concorrente para legislar acerca da cultura, logo, a promoção e incentivo ao cinema, tanto no âmbito de consumo quanto de produção, concretiza a aplicação dos dispositivos desta Carta Magna, além de consagrar o direito fundamental à cultura.

Após a coleta e análise dos dados obtidos, verificou-se que, quantitativamente, o Estado-Membro que mais produziu leis ordinárias e complementares, nos critérios temporais adotados, foi o Rio de Janeiro, com 31

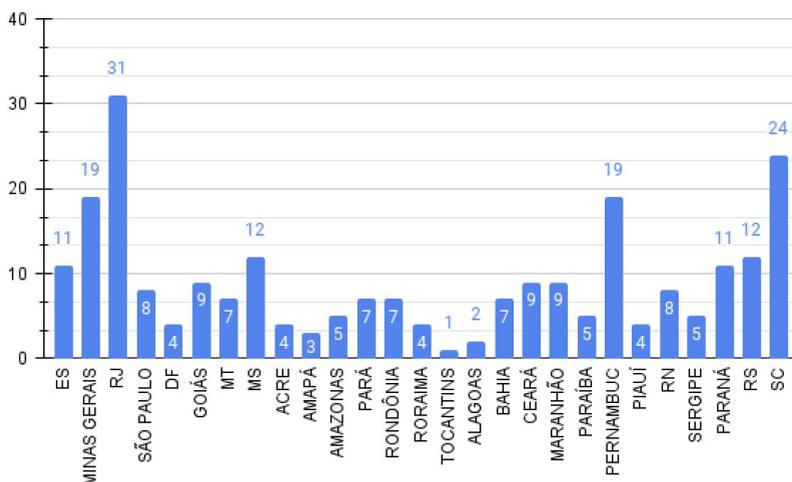
⁶⁶ FABIO KOPOL FORNAZARI, *Instituições do Estado...*, p. 650.

leis. Em contrapartida, o Estado que menos produziu leis foi o Tocantins, com apenas 1 lei sobre o tema.

Ademais, cumpre demonstrar que, apesar de a Região Sudeste ter sido a maior produtora de leis sobre o tema durante o lapso temporal analisado, com 69 leis produzidas pelo Espírito Santo, Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais, verificou-se que, proporcionalmente, foi na Região Nordeste onde mais Estados-Membros aprovaram ou alteraram a legislação sobre cinema, com uma média percentual de 28,1% calculada com base no número total de Estados por região e número total de leis produzidas.

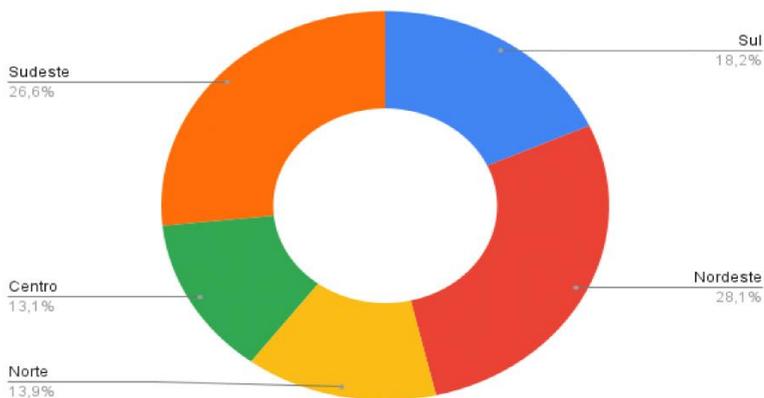
Os gráficos abaixo esmiuçam os dados quantitativos obtidos, vejamos:

Gráfico 1 — Legislação Quantitativa Estadual para Cinema por Estado-Membro



Fonte: Os autores (2022)

Gráfico 2 — Legislação Quantitativa para Cinema - Média Proporcional por Região



Fonte: Os autores (2022)

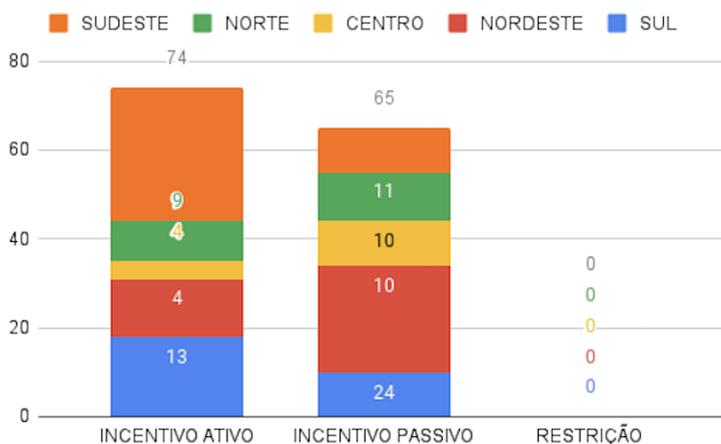
Já com relação ao mapeamento qualitativo, foi possível analisar que a produção normativa das assembleias legislativas dos Estados-Membros se dedicou, em maior proporção, ao incentivo ativo do cinema no Brasil, elaborando um total de 74 leis relacionadas, de algum modo, ao incentivo da cadeia produtora de cinema no país. Dentre estas leis, foi possível observar que os Estados-Membros disciplinaram diversos temas, como, por exemplo, a revalorização dos pisos salariais dos trabalhadores da área (Lei Ordinária nº 16.953/2019 do Estado de São Paulo), a instituição de Planos Culturais estaduais com apoio às produções cinematográficas que preservem a história do Estado (Lei Ordinária nº 22627/2017 do Estado de Minas Gerais), o reconhecimento de Centros de Referência em cinema no Estado (Lei Ordinária nº 8268/2018 do Estado do Rio de Janeiro), entre outros.

Dentre os temas abordados na área de incentivo passivo, ou seja, direcionados ao público consumidor de cinema no Brasil, os Estados-Membros se

debruçaram sobre a promoção de mecanismos de acessibilidade para pessoas com deficiência (Lei Ordinária nº 6858/2021 do Distrito Federal), além de facilitarem o acesso a mais pessoas aos ambientes com produção cinematográfica por meio da instituição de descontos em ingressos e obrigatoriedade da adoção de legendas em filmes estrangeiros (Lei Ordinária nº 11925/2021 do Estado da Paraíba).

O gráfico abaixo demonstra os resultados acima mencionados, veja-se:

Gráfico 3 — Mapeamento Qualitativo Total - Modalidades de Incentivo e Restrição ao Cinema em todos os Estados-Membros



Fonte: Os autores (2022)

Diante dos resultados descritos, pode-se, assim, confirmar a hipótese de pesquisa no sentido de que a engrenagem federativa de descentralização do direito fundamental à cultura está em curso no que tange o incentivo ao cinema, tanto no âmbito ativo, quanto passivo. Resta apenas identificar, o que será objeto de futuras pesquisas, se a produção legislativa estadual apresentou inovações com relação à produção legislativa federal, uma vez que o caráter vertical e *top-down* do federalismo brasileiro não implica a impossibilidade de alguma variação

ou inovação, particularmente no âmbito da formulação e implementação estadual de políticas públicas estipuladas centralmente⁶⁷.

7. Considerações Finais

Ainda que o Brasil seja considerado, historicamente, um Estado Federal de caráter centralizador com relação às competências atribuídas à União, a presente pesquisa demonstrou que essa concepção não pode negligenciar ou obstaculizar o fato de que o plano estadual tem sido um espaço adequado de previsão e proteção aos direitos fundamentais.

O federalismo cooperativo pressupõe o preenchimento, por parte do plano subnacional, das lacunas ocasionadas pelo caráter genérico das normas gerais editadas pela União. Dessa forma, especialmente no que tange ao direito à inclusão cultural, é imprescindível que essa noção da partilha de responsabilidades inerente à engrenagem federativa continue funcionando não apenas para preservar os parâmetros de “unidade na diversidade” estabelecidos pela repartição de competências, mas também para preservar a pluralidade cultural e social brasileira, que gera necessidades independentes em cada ente federado.

Do mesmo modo que as necessidades culturais em cada território são independentes, o plano subnacional deve agir para proporcionar soluções também independentes e inovadoras, de maneira que seja possível o estabelecimento de mais uma camada de proteção desses direitos.

⁶⁷ CLÁUDIO GONÇALVES COUTO, GABRIEL LUAN ABSHER-BELLON, Imitação ou coerção? Constituições estaduais e centralização federativa no Brasil, *Revista de Administração Pública*, vol. 52, nº. 2, 2018, pp. 321-324, p. 324.

De acordo com Talita Natarelli, “a cultura deve ser compreendida dentro de um ambiente que a tome como parte indispensável da vida⁶⁸”, o que só é possível a partir da valorização dos núcleos formadores da cultura, nomeadamente o cinema, que gera ainda mais benefícios tanto no âmbito econômico, ao fomentar a indústria tecnológica e gerar empregos, quanto no âmbito social, ao proporcionar o acesso à arte, à diversidade e a redução das desigualdades sociais.

Bibliografia

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de, *Competências na Constituição de 1988*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2000.
- ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de, *Considerações sobre Direitos Fundamentais Estaduais e Federalismo*, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-23/marcelo-labanca-direitos-fundamentais-estaduais-federalismo>, Acesso em: 14/06/2022.
- ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de, *Jurisdição Constitucional e Federação: O Princípio da Simetria na Jurisprudência do STF*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.
- ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de, LEITE, Glauco Salomão, Poder Legislativo e Dinâmica Constitucional: Um Estudo à Luz do Princípio Federativo, *RIL*, nº. 207, 2015, pp. 289-303.
- CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida, *A Forma Federativa de Estado e o Supremo Tribunal Federal Pós Constituição de 1988*, 1ª ed., Porto Alegre, Núria Fabris, 2010.
- CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli, *Das Normas Gerais: Alcance e Extensão da Competência Legislativa Concorrente*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2010.
- COUTO, Cláudio Gonçalves, ABSHER-BELLON, Gabriel Luan, Imitação ou coerção? Constituições estaduais e centralização federativa no Brasil, *Revista de Administração Pública*, vol. 52, nº. 2, 2018, pp. 321-324.
- CUNHA FILHO, Humberto, *Teoria dos Direitos Culturais: Fundamentos e Finalidades*, 2ª ed, São Paulo, Edições Sesc, 2018.
- DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 33ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016.
- FORNAZARI, Fabio Kopol, Instituições do Estado e políticas de regulação e incentivo ao cinema no Brasil: o caso Ancine e Ancinav, *Revista de Administração Pública*, 2006.
- HORTA, Raul Machado, *Direito Constitucional*, 4ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

⁶⁸ TALITA NATARELLI, A Cultura do Povo..., p.61.

LIZIERO, Leonam Baesso da Silva; CARVALHO, Fabrício, Federalismo e Centralização no Brasil: Constrastes na Construção da Federação Brasileira, *Revista de Direito da Cidade*, vol. 10, 2018, pp. 1483-1503.

LOPES FILHO, Juraci Mourão, *Competências Federativas: Na Constituição e nos Precedentes do STF*, 1ª ed., Salvador, Juspodivm, 2012.

NATARELLI, Talita, A Cultura do Povo e para o Povo: Direito Fundamental Erradicado, Araraquara, *Cadernos de campo*, 2016, pp. 49-63.

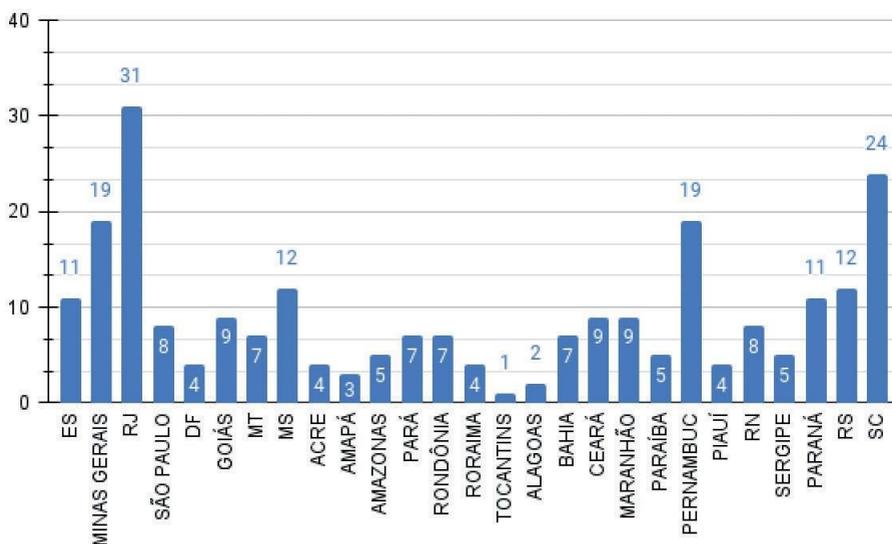
PERMAN, Renata Gonçalves, *Os Direitos do Consumidor no Plano Estadual: Limites Federativos e os Regimes Estaduais de Proteção ao Consumidor*, Dissertação (Mestrado em Direito), 2020.

Anexos

Mapeamento quantitativo-produção legislativa para incentivo ao cinema

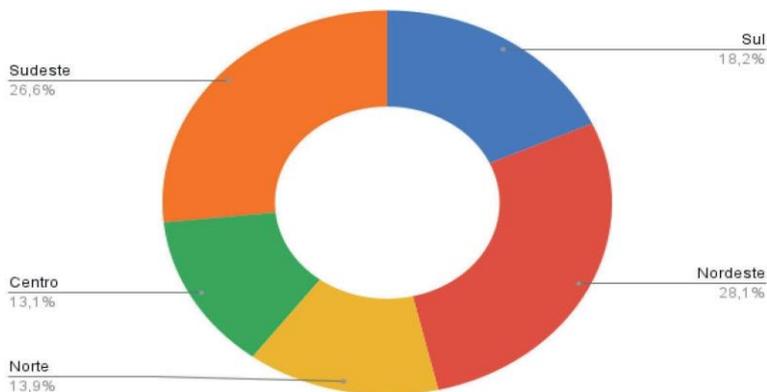
1.1. Resultado do Mapeamento Quantitativo por Estado- Membro

Gráfico 1 - Legislação Quantitativa Estadual para Cinema por Estado-Membro



Fonte: Os autores (2022)

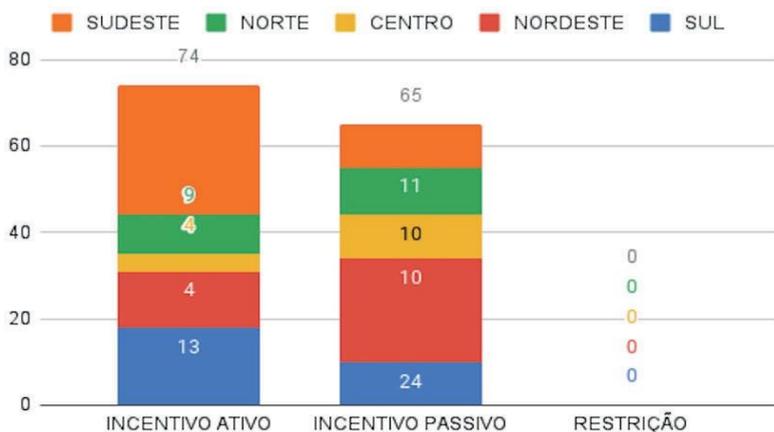
Gráfico 2 - Legislação Quantitativa para Cinema - Média Proporcional por Região



Mapeamento quantitativo-produção legislativa para incentivo ao cinema

1.2. Resultado Geral do Mapeamento Qualitativo

Gráfico 3 - Mapeamento Qualitativo Total - Modalidades de Incentivo e Restrição ao Cinema em todos os Estados-Membros



Fonte: Os autores (2022).

1.3. Resultados do Mapeamento Qualitativo por Estado-Membro

Tabela 1 - Produção Legislativa do Acre

	CINEMA	PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA	AUDIOVISUAL
INCENTIVO ATIVO	0	0	0
INCENTIVO PASSIVO	3	0	0
RESTRICÇÃO	0	0	0
IMPERTINENTE/ NÃO RELACIONADO	4	0	0

Fonte: Os autores (2022)

Tabela 2 - Produção Legislativa do Alagoas

	CINEMA	PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA	AUDIOVISUAL
INCENTIVO ATIVO	0	0	0
INCENTIVO PASSIVO	0	0	0
RESTRICÇÃO	0	0	0
IMPERTINENTE/ NÃO RELACIONADO	1	0	0

Fonte: Os autores (2022)

Tabela 3 - Produção Legislativa do Amazonas

	CINEMA	PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA	AUDIOVISUAL
INCENTIVO ATIVO	0	0	0
INCENTIVO PASSIVO	2	0	0
RESTRICÇÃO	0	0	0
IMPERTINENTE/ NÃO RELACIONADO	1	0	0

Fonte: Os autores (2022)

Tabela 4 - Produção Legislativa do Amapá

	CINEMA	PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA	AUDIOVISUAL
INCENTIVO ATIVO	0	0	0
INCENTIVO PASSIVO	2	0	0
RESTRICÇÃO	0	0	0
IMPERTINENTE/ NÃO RELACIONADO	0	0	1

Fonte: Os autores (2022)

Tabela 5 - Produção Legislativa da Bahia

	CINEMA	PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA	AUDIOVISUAL
INCENTIVO ATIVO	2	0	0
INCENTIVO PASSIVO	1	0	0
RESTRICÇÃO	0	0	0
IMPERTINENTE/ NÃO RELACIONADO	3	0	1

Fonte: Os autores (2022)

Tabela 6 - Produção Legislativa do Ceará

	CINEMA	PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA	AUDIOVISUAL
INCENTIVO ATIVO	1	0	0
INCENTIVO PASSIVO	1	0	0
RESTRICÇÃO	0	0	0
IMPERTINENTE/ NÃO RELACIONADO	4	0	0

Fonte: Os autores (2022)

Tabela 7 - Produção Legislativa do Distrito Federal

	CINEMA	PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA	AUDIOVISUAL
INCENTIVO ATIVO	0	0	0
INCENTIVO PASSIVO	1	0	0
RESTRICÇÃO	0	0	0
IMPERTINENTE/ NÃO RELACIONADO	1	0	1

Fonte: Os autores (2022)

Tabela 8 - Produção Legislativa do Espírito Santo

	CINEMA	PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA	AUDIOVISUAL
INCENTIVO ATIVO	3	0	0
INCENTIVO PASSIVO	3	0	0
RESTRICÇÃO	0	0	0
IMPERTINENTE/ NÃO RELACIONADO	1	0	1

Fonte: Os autores (2022)

Tabela 9 - Produção Legislativa de Goiás

	CINEMA	PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA	AUDIOVISUAL
INCENTIVO ATIVO	0	0	1
INCENTIVO PASSIVO	3	0	0
RESTRICÇÃO	0	0	0
IMPERTINENTE/ NÃO RELACIONADO	1	0	4

Fonte: Os autores (2022)

Tabela 10 - Produção Legislativa do Maranhão

	CINEMA	PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA	AUDIOVISUAL
INCENTIVO ATIVO	0	0	0
INCENTIVO PASSIVO	4	0	0
RESTRICÇÃO	0	0	0
IMPERTINENTE/ NÃO RELACIONADO	2	0	0

Fonte: Os autores (2022)

Tabela 11 - Produção Legislativa de Minas Gerais

	CINEMA	PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA	AUDIOVISUAL
INCENTIVO ATIVO	6	0	6
INCENTIVO PASSIVO	0	0	0
RESTRICÇÃO	0	0	0
IMPERTINENTE/ NÃO RELACIONADO	3	0	4

Fonte: Os autores (2022)

Tabela 12 - Produção Legislativa do Mato Grosso do Sul

	CINEMA	PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA	AUDIOVISUAL
INCENTIVO ATIVO	0	0	0
INCENTIVO PASSIVO	3	0	1
RESTRICÇÃO	0	0	0
IMPERTINENTE/ NÃO RELACIONADO	5	1	2

Fonte: Os autores (2022)

Tabela 13 - Produção Legislativa do Mato Grosso

	CINEMA	PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA	AUDIOVISUAL
INCENTIVO ATIVO	1	0	2
INCENTIVO PASSIVO	2	0	0
RESTRIÇÃO	0	0	0
IMPERTINENTE/ NÃO RELACIONADO	1	0	1

Fonte: Os autores (2022)

Tabela 14 - Produção Legislativa do Pará

	CINEMA	PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA	AUDIOVISUAL
INCENTIVO ATIVO	1	1	1
INCENTIVO PASSIVO	0	0	0
RESTRIÇÃO	0	0	0
IMPERTINENTE/ NÃO RELACIONADO	3	1	0

Fonte: Os autores (2022)

Tabela 15 - Produção Legislativa da Paraíba

	CINEMA	PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA	AUDIOVISUAL
INCENTIVO ATIVO	0	0	
INCENTIVO PASSIVO	2	0	0
RESTRIÇÃO	0	0	0
IMPERTINENTE/ NÃO RELACIONADO	3	0	0

Fonte: Os autores (2022)

UM LEITO E TREZENTAS VIDAS: O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO E A INCONSISTÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA NO ESTADO DE PERNAMBUCO, BRAZIL

A bed and three hundred lives: the protagonism of the judiciary and the inconsistence of jurisprudence in the state of Pernambuco, Brazil

Sergio Torres Teixeira*
Mayara Schwambach Walmsley**

Resumo: O presente artigo trata do recorrido histórico que levou ao protagonismo do Judiciário no Brasil e da inconsistência da jurisprudência, especialmente no contexto da pandemia de Covid-19 no Estado de Pernambuco. A pesquisa objetiva analisar a relação entre o protagonismo do Poder Judiciário no direito brasileiro e a ocorrência de decisões conflitantes em um mesmo tribunal, além do impacto dessas decisões para os jurisdicionados. Para tanto, foram analisados os desfechos de duas ações judiciais cujas liminares foram apreciadas pelos órgãos fracionários do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, ambas no mês maio de 2020. A metodologia utilizada foi a da pesquisa qualitativa com a construção de proposições teóricas testadas à luz de um estudo de caso comparativo. As proposições teóricas conduziram a coleta e a análise dos dados a fim de testar a teoria apresentada no contexto da judicialização da saúde durante a pandemia de Covid-19. A escolha dos casos confrontados se deu em razão de seu caráter decisivo para testar a teoria apresentada, uma vez que as decisões foram proferidas pelo mesmo Tribunal, no mesmo mês e nas mesmas circunstâncias fáticas. As unidades de análise do estudo foram o protagonismo judicial no Direito à Saúde, a inconsistência da jurisprudência e a inserção de um sistema de precedentes em um ordenamento jurídico de tradição romano-germânica. Conclui-se que bem-vindas foram as alterações trazidas pelo CPC/2015 no intuito de reforçar a busca pela igualdade jurídica e material entre os jurisdicionados.

Palavras-chave: Pandemia. Protagonismo do Poder Judiciário. Inconsistência Jurisprudencial. Direito à Saúde. Sistema de Precedentes.

1

*Doutor em Direito. Professor da UNICAP e FDR/UFPE. Desembargador do TRT6.

** Advogada. Mestranda em Direito pelo PPGD/UNICAP.

Abstract: This article looks at the historical course that led to the protagonism of the Judiciary Power in Brazil and the inconsistencies of the jurisprudence, especially in the context of the Covid-19 pandemic in the State of Pernambuco. The present research aims to analyze the relationship between the role of the Judiciary in Brazilian law and the existence of conflicting decisions in the same court, in addition to the impact of these decisions for one those seeking the jurisdiction. To this end, the outcomes of two lawsuits were analyzed. In both, the judicial injunctions were assessed by fraticional organs of the of the Court of Justice of the State of Pernambuco, in May 2020. The methodology used was that of qualitative research with the construction of theoretical propositions tested in the light of a comparative case study. Theoretical propositions led to the collection and analysis of data in order to test the theory presented in the context of the judicialization of health during the Covid-19 pandemic. The choice of the cases confronted was due to their decisive character to test the theory presented, since the decisions were handed down by the same Court, in the same month and in the same factual circumstances. The units of analysis of the study were the judicial role in the right to health, the inconsistency of jurisprudence and the insertion of a system of precedents in a legal system of Roman-Germanic tradition. It is concluded that the changes brought by the CPC/2015 are welcomed in order to reinforce the search for legal and material equality between the jurisdictions.

Keywords: Pandemic. Protagonism of the Judiciary. Jurisprudential Inconsistency. Right to Health. System of Precedents.

Sumário: 1. Introdução. 2. O *Stare Decisis Brasiliensis* como Instrumento de Combate a um Sistema de Órgãos Judiciais “Anárquicos” e à Produção de uma Jurisprudência “Lotérica”. 3. A Pandemia do Coronavírus e a Escassez de Leitos: dois casos e dois desfechos. 4. Conclusões. 5. Referências.

1. Introdução

O presente estudo busca, por meio do desfecho de duas ações judiciais ajuizadas perante o Tribunal de Justiça de Pernambuco, trazer uma reflexão acerca da inconsistência jurisprudencial existente nos tribunais brasileiros e o sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

Inicialmente, serão tecidas algumas linhas acerca do contexto político, histórico e jurídico que culminou no protagonismo do Poder Judiciário no

ordenamento jurídico brasileiro. Após, serão apontadas as consequências do engrandecimento do Poder Judiciário para a segurança jurídica dos jurisdicionados, sobretudo no tocante ao Direito à saúde.

O pano de fundo fático do presente artigo baseia-se em dados da Secretaria de Saúde do estado de Pernambuco quanto à administração dos leitos de UTI (unidade de terapia intensiva) e à escassez apresentada principalmente durante o mês de maio de 2020, quando a fila a espera por cuidados intensivos ultrapassou o número de 300 (trezentos) pacientes. Precisamente nesse mês foram ajuizadas as duas ações que serão utilizadas como paradigma para as reflexões propostas a seguir.

2. O *Stare Decisis Brasiliensis* como Instrumento de Combate a um Sistema de Órgãos Judiciais “Anárquicos” e à Produção de uma Jurisprudência “Lotérica”

A ausência de um sistema bem estruturado de imposição de obediência a precedentes judiciais, naturalmente enseja o surgimento de decisões conflitantes envolvendo uma mesma matéria judicializada por meios de múltiplas demandas, uma vez que a falta de uma diretriz de orientação inevitavelmente conduz ao exercício de uma liberdade de interpretação ampla e subjetiva, variando de julgador para julgador segundo as peculiaridades que informam cada magistrado. Neste ambiente de pluralidade de interpretações não sujeitas à uma análise comparativa e a um exame de julgamentos do passado envolvendo questões idênticas ou de forte semelhança, a divergência de resultados gera para a pessoa comum uma ideia de “anarquia” dentro do Judiciário, com juízes julgando a mesma matéria de forma completamente distinta, criando não apenas um clima de insegurança, mas um

sentimento de desigualdade para aqueles que tiverem uma solução judicial menos favorável em comparação com outra pessoa nas mesmas condições. Se a parte tiver a “sorte” de ter seu processo distribuído para um julgador com pensamento favorável à sua pretensão

Aos olhos da cidadã e do cidadão comum, surge a imagem de um Judiciário “anárquico” produzindo uma jurisprudência “lotérica”, com consequências nefastas tanto para a sociedade como a Justiça.

Sensível ao perigo de uma crise de legitimidade do Judiciário, o legislador ordinário não se manteve inerte.

O Código de Processo Civil de 2015, consubstanciado na Lei nº 13.105, está vigente no ordenamento jurídico brasileiro desde 18 de março de 2016. Um dos aspectos mais tormentosos do CPC/2015 foi a instituição de um sistema de precedentes judiciais no seio de um sistema jurídico de origem romano-germânica pautado no *civil law*.

O Brasil insere-se tradicionalmente na família jurídica de *civil law*, cuja tradição, principalmente no período de consolidação do Estado Liberal, apontava para a concretização da igualdade e da segurança jurídica – corolários dos ideais da Revolução Francesa – exclusivamente por meio do rigoroso respeito à legislação escrita.

À época da consolidação do *civil law*, no século XVIII, havia uma profunda desconfiança quanto ao Poder Judiciário nos moldes herdados do Estado absolutista, tendo em vista que “não havia exata delimitação da atividade

jurisdicional, de modo que os juízes, com frequência, decidiam com base na vontade dos governantes.”²

Predominava, portanto, entre os juristas, a profunda crença de que a segurança jurídica apenas poderia ser alcançada mediante o estrito cumprimento da lei, uma vez que essa seria elaborada por representantes democraticamente eleitos e funcionaria como instrumento de controle e garantia dos cidadãos contra as arbitrariedades cometidas pelo Estado. Ou seja: buscava-se a ruptura completa com o *ancien régime*, pautado na figura centralizadora do monarca, e passava-se a situar o povo no centro das relações jurídicas, políticas e sociais.

Nesse contexto, a doutrina da separação dos poderes, profundamente influenciada pelos ensinamentos de Montesquieu, conheceu o seu apogeu. Temerosos das arbitrariedades até então cometidas pela aristocracia e chancelada pelo judiciário – que por sua vez era composto por nobres cujos cargos eram comprados ou herdados – os revolucionários franceses introduziram diversas técnicas com o intuito de inviabilizar a interferência do judiciário na esfera legislativa, proibindo-se até mesmo a interpretação da lei por parte dos magistrados. Assim, “a absorção da jurisdição pelo parlamento e a total separação de poderes após a Revolução Francesa foram marcos responsáveis por introduzir diferentes valores culturais no sistema jurídico da tradição de *Civil Law*.”³

² OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Aspectos da tradição do common law necessários para o desenvolvimento da teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; JAYME, Fernando Gonzaga (org.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2017. p. 274.

³ ZANETI JUNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de processo civil de 2015? 2016. *Revista de Processo*.

Ao magistrado, à época, cabia apenas declarar a lei (seria o juiz a “*bouche de la loi*”). Isto é, cabia ao magistrado realizar a mera subsunção dos fatos aos dispositivos legais, sem a realização de qualquer esforço interpretativo, razão pela qual, nesse período, os precedentes judiciais careciam, naturalmente, de importância. Destaca-se que a realização da mera declaração da lei sem a realização de interpretação por parte dos magistrados era possibilitada, também, pela técnica legislativa então adotada, com a elaboração de regras fechadas que objetivam gerar o sentido unívoco a ser descoberto e pretendiam prever todas as relações jurídicas.

Por outro lado, na tradição jurídica de *common law* nascida na Inglaterra, cuja regra é a inexistência de legislação escrita, a busca pela igualdade e pela segurança jurídica entre os cidadãos se deu por meio da aplicação aos casos concretos de decisões reiteradamente adotada em casos anteriores. Nos países que adotam o sistema de *common law* há a profunda convicção de que seus cidadãos não deverão ser surpreendidos por uma decisão cujo posicionamento nunca foi adotado antes, ou que não poderia ser, de certo modo, esperado. A previsibilidade, portanto, é valorada como essencial ao Estado de Direito.

Desse modo, o objetivo da previsibilidade no sistema de *common law* é alcançado por meio da adoção de um sistema de precedentes. Nesse sentido, tanto a partes envolvidas em um processo judicial quanto a

Vol.

257.

Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.257.21.PDF. não. p.

sociedade em geral pautam o seu comportamento e expectativas nas decisões judiciais. Nesse sentido, a previsibilidade das decisões judiciais e os parâmetros por elas adotados acabariam por garantir a igualdade aos jurisdicionados.

Destaca-se que o desenvolvimento do *common law*, desde os assentos ingleses, se deu de forma contínua, sem nenhum marco consistente de criação ou ruptura, o que resultou na ausência de desprezo pelo que foi decidido antes e a principal característica do sistema se manteve presente: a consideração de casos concretos como fonte de direito. Assim, ao passo que em sua origem o sistema de *common law* era composto pelos costumes comumente observado pela sua população, atualmente, “as decisões são baseadas nelas mesmas (precedentes)”.⁴

Consequentemente, no sistema de *common law*, os precedentes possuem força vinculante, ou seja, uma vez proferidos pelos tribunais, deverão obrigatoriamente ser seguidos pelas instâncias inferiores ou pelo próprio tribunal em casos posteriores. Sendo assim, “o respeito à eficácia vinculante dos precedentes é força motriz que dá sustentação ao sistema, em razão da ausência de normas jurídicas escritas.”⁵

⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. Revista Juris Plenum, Caxias do Sul, v. 12, n. 67, jan. 2016, p. 135.

⁵ DANTAS, Bruno. (In)consistência jurisprudencial e segurança jurídica: O “novo” dever dos tribunais no código de Processo civil brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, v. 41, n. 262, dez. 2016, p. 331)

Dessa brevíssima explanação acerca das principais características dos sistemas de *civil law* e de *common law* percebe-se que, embora previsibilidade e igualdade sejam de suma importância para ambas as tradições jurídicas, as formas de *tradicionalmente* alcançá-las são substancialmente distintas. Enquanto nas famílias de *civil law* a lei vigora como o principal elemento de segurança do ordenamento jurídico por conter em si – a princípio – todo o conteúdo necessário, nas famílias de *common law* a segurança jurídica é trazida por meio da obediência aos precedentes, tendo em vista que a regra é a lei não escrita.

Entretanto, o contexto histórico, político e social no qual foram construídas as bases das duas grandes famílias jurídicas e consolidadas as suas distinções vem sofrendo profundas alterações. As mudanças da sociedade moderna impuseram novos desafios ao direito:

O mundo estável, com divisão nítida de classes sociais, em que praticamente não havia mobilidade e em que o acesso a justiça era razoavelmente restrito, passou, aos poucos, a dar lugar a uma sociedade em que as alterações acontecem muito rapidamente; que abrange, possibilita e incentiva a mobilidade social, o que acaba, de certo modo, gerando correlata modificação na esfera dos valores sociais.⁶

Com o fim da segunda guerra mundial, houve uma profunda alteração na forma como o mundo ocidental percebia o direito, ficando claro, a partir de então, que uma visão jurídica estritamente positivista seria insuficiente à garantia do

⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. Revista Juris Plenum, Caxias do Sul, v. 12, n. 67, jan. 2016, p. 138.

combate ao cometimento de arbitrariedades pelo Estado e do alcance da segurança jurídica e da igualdade jurídica e material pelos jurisdicionados.

Assim, o sistema de tripartição de poderes tal qual concebido por Montesquieu mostrou-se insuficiente à consecução de seu próprio objetivo: a garantia da liberdade mediante segurança. A premissa de que leis gerais e abstratas editadas exclusivamente pelo legislativo trariam segurança jurídica ao jurisdicionado provou-se equivocada. Seja porque a lei, ela mesma, poderia ser agressora do sistema jurídico, seja porque a reconfiguração e a expansão das necessidades da sociedade fizeram com o que as leis se tornassem, de forma cada vez mais rápida, insuficientes e/ou obsoletas.⁷

Cientes desse fenômeno e a fim de garantir a maior longevidade e assertividade das normas na vida dos cidadãos, os próprios legisladores passaram a utilizar de técnica legislativa permeada de cláusulas gerais, conceitos abertos e princípios. A adoção dessa técnica, por óbvio, abriu espaço para que os juízes pudessem exercer – em maior ou menor grau – a sua criatividade.

Então, ultrapassado o positivismo jurídico, iniciou-se uma forte tendência ao principalismo e retomou-se nos países de tradição de *civil law* os debates acerca da dificuldade existente na realização do controle de legalidade sobre as decisões que são tomadas com base em normas abertas. Isso porque, diante da nova técnica legislativa que passou a ser adotada, o trabalho do juiz deixou de resumir-se à subsunção dos fatos à lei.

⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais: e o direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2019.

No Brasil, as mudanças na esfera jurisdicional impostas pela Constituição de 1988 - com a consagração dos direitos sociais - impuseram ao Judiciário uma crescente demanda no tocante aos direitos prestacionais. A exemplo do direito à saúde, embora o artigo 196 da Constituição da República do Brasil seja entendido como norma de caráter “programático”, é pacífico o entendimento de que esta norma constitucional possui plena eficácia. Inclusive, entender de forma diversa tornaria o preceito constitucional meramente decorativo, uma leviana promessa que causaria apenas frustração na justa expectativa nos jurisdicionados.⁸

Nesse sentido, é notória a evolução da jurisprudência a fim de trazer concretude à Constituição. Assim, o chamado “ativismo judicial⁹, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado.”¹⁰

Isso porque, ao criar o direito, ou seja, ao trazer sentido às normas elaboradas a partir da utilização de conceitos indeterminados, cláusulas gerais, princípios jurídicos e vácuos legais aos casos concretos, podem surgir – e de fato

⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1994.

⁹ O conceito de ativismo judicial é desafiador e controverso. Aqui, em breves linhas, adota-se ativismo judicial como uma postura expansiva – não necessariamente legítima ou ilegítima - do poder político-normativo dos julgadores. Mais especificamente no tocante à dimensão do ativismo judicial objeto deste estudo, relacionada às políticas públicas e sociais, para além de anular uma lei ou reconhecer uma omissão do Estado, o judiciário ativista determina contornos e meios necessários à – suposta - efetivação de um determinado direito. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (Syn)Thesis (Rio de Janeiro), v. 5, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. p. 32.

surgem – uma infinidade de decisões conflitantes. Essa situação fere evidentemente um dos pilares do Estado Democrático de Direito: a segurança jurídica.

Destaca-se que a existência da inconsistência jurisprudencial observada decorre também de uma má compreensão da liberdade para decidir pelos magistrados. Confunde-se, frequentemente, a liberdade do judiciário com a liberdade do juiz:

Mas é relevante observar-se que essa liberdade não é DO JUIZ: é do judiciário. Aí entra a importância da jurisprudência uniforme: o judiciário interpreta a lei e esta interpretação há de valer para todos. Porque o direito há de ser o mesmo para todos.¹¹

Importante destacar que a Constituição Federal do Brasil garante a independência do Judiciário, enquanto instituição. A garantia dessa independência não se traduz na liberdade de cada magistrado individualmente decidir conforme suas convicções. Aos magistrados é determinado o exercício sua atividade dentro dos limites impostos pela norma jurídica: lei, doutrina e jurisprudência. Assim, cabe aos magistrados, no exercício de suas funções, zelar pela isonomia e segurança jurídica dos jurisdicionados, o que de modo alguma afasta a independência da instituição.¹²

Nesse sentido, como forma de solucionar a inconsistência jurisprudencial enfrentada, o legislador do Código de Processo Civil de 2015 optou pela adoção de

¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial: paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al* (org.). Precedentes: grandes temas do novo cpc. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 164.

¹² PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

um sistema de precedentes judiciais previsto, principalmente, nos artigos 926 e 927 do respectivo álbum processual. Um autêntico *stare decisis brasiliensis*.

O artigo 926, ao estabelecer que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”, fixou uma estrutura básica por meio da qual restou explicitado o dever institucional dos órgãos do Poder Judiciário de assegurar e promover uma jurisprudência uniforme, verdadeiramente “padronizada”, com base em um sistema de precedentes judiciais obrigatórios destinados a garantir a corporificação dos princípios da igualdade e da segurança jurídica em meio aos múltiplos pronunciamentos jurisdicionais enunciados diariamente sobre questões idênticas ou fundamentalmente análogas. E, além do dever de uniformizar a jurisprudência, o mencionado dispositivo legal ainda impõe aos órgãos do Judiciário a atribuição de manter essa jurisprudência “estável, íntegra e coerente”. Estável, no sentido de constante e duradouro e não sujeita a bruscas modificações¹³. Íntegra, por almejar o exaurimento do exame dos argumentos em favor e contra a correspondente tese jurídica, considerando que um precedente somente é tão solido quanto for o esgotamento da análise da matéria pertinente aos fundamentos adotados para sustentar a posição manifestada. E coerente, por manifestar nitidamente conformidade e harmonia com as linhas de raciocínio já

¹³ Estável, mas não eterno e imutável, por ser da natureza humana eventual mudança de posição sobre tema já firmado, tornando possível uma alteração desde que observado os cuidados para não “trair” a confiança de quem acreditou na posição até então consolidada. Exatamente conforme destacado no §4º do artigo 927 do CPC Brasileiro: “A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.”

manifestadas sobre os mais variados temas objeto de apreciação do mesmo Judiciário.

O artigo 927 do CPC de 2015, por sua vez, alberga o elenco de precedentes obrigatórios que devem ser seguidos pelos juízes e órgãos colegiados do Judiciário brasileiro:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Neste contexto, os elementos dos incisos I e II do artigo já estavam previstos como precedentes obrigatórios em sede constitucional em virtude de emendas a Constituição Brasileira de 1988, inicialmente com a Emenda Constitucional nº 3 de 1993 estipulando a eficácia vinculante de decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de ação declaratória de constitucionalidade e, posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 estipulando tanto a eficácia vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (§2º do artigo 102 da Constituição de 1988), bem como a sumula vinculante (artigo 103-A da mesma Carta Política).

Novidade no ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, foi a inclusão no elenco de precedentes os acordões oriundos dos mecanismos de formação concentrada de precedentes criados pelo legislador ordinário de 2015, o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR, disciplinada nos artigos 976 a 987 do CPC de 2015) e o incidente de assunção de competência (IAC, tipificado no artigo 947 do CPC de 2015), e aperfeiçoados pelo mesmo legislador, o incidente de julgamento de recursos repetitivos. E estes precedentes judiciais gerados para uniformizar o entendimento jurisprudencial diante de múltiplos processos de causas repetitivas (ou, no caso do IAC, ainda antes da pulverização de ações em uma atomização típica de uma questão de direito de grande repercussão social), passaram a igualmente manifestar eficácia vinculante em virtude de uma densidade obrigacional mais acentuada, no mesmo nível dos precedentes elencados nos primeiros dois incisos do artigo 927 do CPC contemporâneo, por estar previsto no artigo 988, incisos III e IV, do citado diploma processual o cabimento de uma “reclamação” tanto para “garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” como para “garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência”¹⁴ e cassar o respectivo ato decisório.

Os elementos equiparados a precedentes pelo legislador ordinário de 2015 nos incisos IV e V do artigo 927 do CPC de 2015, as súmulas “comuns” do Supremo Tribunal federal e matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça

¹⁴ O cabimento da Reclamação do artigo 988 do CPC de 2015 contra decisão que venha a violar acórdão proferido em incidente de recursos repetitivos, por sua vez, exige o esgotamento da instância ordinária no processo originário, nos moldes do §5º do mesmo artigo 988.

em questões infraconstitucionais, além das “orientações” (no sentido de súmulas e outras teses correspondentes a orientações jurisprudenciais) dos tribunais aos quais se encontram sujeitos os juízes singulares e os órgãos colegiados, por seu turno, apresentam um grau de obrigatoriedade de menor densidade, uma vez que o desrespeito aos mesmos não autoriza, per se, a propositura da reclamação disciplinada pelos artigos 988 a 993 do álbum processual civil brasileiro.

Com tais alicerces, assim, o *stare decisis brasiliensis* foi lançado em 2015. Ocorre que a adoção de um sistema de precedentes no sistema jurídico brasileiro pareceu – à primeira vista - levar o ordenamento jurídico pátrio a cruzar uma fronteira histórica do *civil law* para o *common law*. Entretanto, mostra-se contraproducente lutar contra uma realidade que há muito já se instalou no sistema jurídico brasileiro e que não foi meramente importada do sistema alienígena e imposta ao sistema jurídico brasileiro, como foi demonstrado no recorrido histórico acima. Conforme bem pontua Bruno Dantas¹⁵:

Essa mitigação não deve ser atribuída ao acaso ou a alguma preferência exótica da Comissão de Juristas designada para elaborar o anteprojeto do novo CPC, ou daqueles que posteriormente colaboraram durante debate legislativo. Deveu-se, isso sim, à compreensão sedimentada entre os estudiosos do direito comparado de que também na dicotomia das grandes famílias do direito assiste razão à máxima aristotélica de que *in medio stat virtus*.

Além disso, ao analisar-se os argumentos trazidos pela doutrina contrária a adoção de um sistema de precedentes no Brasil, vê-se com clareza parte do

¹⁵ DANTAS, Bruno. (In)consistência jurisprudencial e segurança jurídica: O “novo” dever dos tribunais no código de Processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 262, dez. 2016, p. 324)

incômodo sentido pelos juristas diz respeito ao exercício da criatividade jurisdicional. Ocorre que, a adoção de um sistema de precedentes não prescreve, de forma alguma, a criatividade jurisdicional, mas, ao contrário, a limita e a sistematiza em prol da segurança jurídica e ao alcance da igualdade jurídica e material pelos jurisdicionados.¹⁶ Segundo Alfredo Neto e Hermes Zanetti Jr., o sistema de precedentes “procura limitar a discricionariedade dos julgadores vinculando-os às próprias decisões, constringendo-os a racionalizar suas decisões e elaborar categorias adequadamente amplas para que, nos casos futuros, a decisão tenha impacto em todos os casos similares ou análogos.”¹⁷

Desse modo, percebe-se que a adoção de um sistema de precedentes¹⁸ judiciais no ordenamento jurídico brasileiro chega para racionalizar e trazer previsibilidade. Chega em razão da compreensão de que nem a adoção de um

¹⁶ MACÊDO, Lucas Buri de. Precedentes judiciais: e o direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2019.

¹⁷ COPETTI NETO, Alfredo; ZANETTI JUNIOR, Hermes. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha? A convergência de conteúdo entre Dworkin e Maccormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculante. 2017. Disponível em: <https://document.onl/law/os-deveres-de-coerencia-e-integridade-a-mesma-face-da-medalha-a-convergencia.html>. Acesso em: 08 set. 2021.

¹⁸ Registra-se a crítica de parte da doutrina acerca da adoção dos precedentes no Brasil, principalmente nos moldes trazidos pelo CPC/2015. Georges Abboud pontua as três principais distinções existentes entre o precedente do *common law* e o brasileiro, dividindo-as entre fatores histórico, hermenêutico e democrático. Destaca-se aqui a distinção apontada pelo autor no fator democrático, uma vez que o precedente no *common law* não nasce precedente, ele se torna precedente. A decisão do tribunal apenas será tida como um precedente na medida em que, em razão do reconhecimento de sua coerência, integridade e racionalidade, passa a ser aplicada pelos tribunais inferiores. O caráter democrático estaria, então, no reconhecimento pelos tribunais e juízes do status de precedente daquela decisão. Por outro lado, no Brasil, o art. 927 do CPC prevê um rol de provimentos judiciais que já nascem vinculantes, independente de sua qualidade e consistência. Consulte-se: ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al* (org.). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 399-405.

sistema normativo positivista, nem a irrestrita liberdade opinativa do juiz – e não do judiciário – funcionaram para garantir a previsibilidade e a isonomia aos jurisdicionados.

A fim de contextualizar a explanação proposta, traz -se ao conhecimento do leitor os desfechos de duas ações judiciais – e de duas vidas- que tramitaram perante o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

3. A Pandemia do Coronavírus e o Direito Social à Saúde: dois casos e dois desfechos

A pandemia ocasionada pelo novo coronavírus escancarou e acentuou as deficiências político-econômicas do globo. Não houve sociedade, em maior ou menor grau de desenvolvimento, que não tenha sido impactada ou não tenha tido os seus dogmas – inclusive jurídicos - questionados pela presença do novo vírus.

No Brasil não foi diferente. As profundas desigualdades já existentes foram fortemente intensificadas no enfrentamento da pandemia. Apenas no estado de Pernambuco, até a data de redação deste artigo, houve 608.586 (seiscentos e oito mil quinhentos e oitenta e seis) casos confirmados de covid-19, além de 19.411 (dezenove mil quatrocentos e onze) óbitos notificados em decorrência do vírus.¹⁹

A Constituição brasileira prevê, em seu artigo 196, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que

¹⁹ SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Pernambuco contra o coronavírus. Disponível em: <https://www.pecontracoronavirus.pe.gov.br/>. Acesso em: 02/09/2021.

visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Sabe-se que a Covid-19 – nome dado à doença causada pelo coronavírus, principalmente em sua forma mais grave, compromete intensamente o sistema respiratório. Assim, inúmeros doentes necessitaram de respiradores mecânicos para sobreviver, além de cuidados constantes e especializados em UTI. Essa situação certamente tornou ainda mais oneroso e delicado para o Estado o cumprimento do direito à saúde constitucionalmente imposto.

Em Pernambuco, durante maio de 2020, a fila de espera para leitos de UTI chegou a atingir o número de 300 (trezentos) pacientes com suspeitas de coronavírus²⁰. Muitos desses pacientes buscaram judicialmente a garantia dos seus direitos constitucionalmente previstos, entre eles os Srs. José Tavares e Eutícia da Silva, cujos casos serão narrados a seguir.

O Sr. José Tavares, idoso de 73 (setenta e três anos) diagnosticado com Covid-19, ajuizou em 21 de maio de 2020 uma ação ordinária de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência de natureza antecipada visando a sua transferência imediata para leito de UTI²¹. Para comprovar a gravidade do seu estado, bem como a imprescindibilidade de sua transferência para leito de terapia intensiva, acostou

²⁰ COVID-19: *PERNAMBUCO ZERA FILA DE PACIENTES PARA UTI*. Secretaria de Saúde do estado de Pernambuco, Recife, 07/06/2020. Disponível em: <https://www.pecontracoronavirus.pe.gov.br/covid-19-pernambuco-zera-fila-de-pacientes-para-uti/>. Acesso em: 05/08/2020.

²¹ *PERNAMBUCO*. Tribunal de Justiça do estado de Pernambuco. Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência 0012869-58.2020.8.17.2810. Autor: José Tavares Irmão. Réus: Município de Jaboatão dos Guararapes e Estado de Pernambuco. 2ª Vara da Fazenda Pública da comarca de Jaboatão dos Guararapes. Ajuizado em: 21/05/2020.

aos autos técnico da médica que o acompanhava na UPA (Unidade de Pronto Atendimento).

Ao apreciar o pedido, o juízo de primeiro grau indeferiu-o, ponderando que as circunstâncias extraordinárias vivenciadas na pandemia demandavam também uma análise diferenciada do pedido de tutela de urgência, uma vez que notório o colapso na rede de saúde do estado de Pernambuco. Ressaltou, ainda que “se todos que estão à espera de leito de UTI ajuizassem uma ação, a fila, em tese, continuaria a mesma, só mudaria de lugar: do Poder Executivo para o Poder Judiciário”.

O Sr. José recorreu da decisão. Ao receber o agravo²², o relator do Tribunal de Justiça intimou o Estado de Pernambuco para se manifestar acerca da possibilidade de transferência do paciente para unidade de saúde na qual fosse ofertado o tratamento nos moldes indicados pela médica responsável.

O estado de Pernambuco informou a impossibilidade de transferência do paciente para leito de UTI em outra unidade de saúde e esclareceu que a administração de leitos no estado era feita pela central de regulação. Além disso, informou que a pandemia de coronavírus sobrecarregou sobremaneira o sistema de saúde de Pernambuco, tendo o CREMEPE (Conselho Regional de Medicina de Pernambuco) editado um parecer com diretrizes e critérios de escolha para a ocupação dos leitos de cuidado intensivo.

²² PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do estado de Pernambuco. Agravo de Instrumento 006336-40.2020.8.17.9000. Agravante: José Tavares Irmão. Agravados: Município de Jaboatão dos Guararapes e Estado de Pernambuco. 3ª Câmara de Direito Público. Gabinete do Des. Alfredo Sérgio Magalhães Jambo. Interposto em 22/05/2020.

Infelizmente, antes do julgamento do Agravo pelo Tribunal, o Sr. José Tavares faleceu, tendo o seu representante legal requerido, portanto, a desistência do recurso.

Em 3 de maio de 2020, igualmente contaminada, a Sra. Eutícia Mendes da Silva, idosa de 76 anos (setenta e seis anos), também diagnosticada com Covid-19, ajuizou ação de obrigação de fazer²³ contra o Estado de Pernambuco, com pedido de tutela de urgência de natureza antecipada. O objeto da ação também era a sua imediata transferência para leito de UTI conforme recomendação médica, em razão do seu quadro clínico com tosse seca, febre e cansaço.

Ao apreciar o pedido, o juiz de primeiro grau indeferiu-o, sob o argumento de que o estado de Pernambuco, assim como a maioria dos estados brasileiros, encontrava-se em colapso sanitário e cabia à administração pública, a partir de critérios técnicos, à administração dos leitos de UTI.

A Sra. Eutícia recorreu da decisão. Ao apreciar o pedido liminar, o Relator do Tribunal, antes mesmo da manifestação do ente federativo estadual, reformou a decisão do juízo de primeiro grau para determinar o imediato internamento da Sra. Eutícia, (embora tenha imposto, de forma contraditória, ao mesmo tempo o cumprimento imediato da decisão e à obediência à critérios isonômicos a serem observados pelos profissionais médicos). A paciente obteve os devidos cuidados intensivos, recebeu alta e venceu a Covid-19.²⁴

²³ PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do estado de Pernambuco. Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência 0918-76.2020.8.17.2710. Autora: Eutícia Mendes da Silva. Réu: Estado de Pernambuco. 2ª Vara Cível da Comarca de Igarassu. Ajuizado em: 03/05/2020.

²⁴ CONDEGE. Idosa que conseguiu atendimento hospitalar por meio de ação da DPE vence a covid-19 e vai para casa. Disponível em: <http://www.condege.org.br/publicacoes/noticias/idosa-que->

Os desfechos expostos trazem incômodo e reflexão. Percebe-se que dois cidadãos idosos, portadores da mesma doença, numa mesma cidade, num mesmo mês, com o mesmíssimo pleito e julgados pelo mesmo Tribunal de Justiça estadual, obtiveram provimentos judiciais opostos, cuja consequências trazidas foram, nefastas.

A divergência no posicionamento dos órgãos fracionários dos Tribunais de Justiça do Estado de Pernambuco na apreciação dos pedidos liminares proposto nos agravos contribuiu para determinar, para muito além dos autos, quem viveria e quem morreria.

Uma vez provocado, o Estado-Juiz não pode abster-se decidir. Inclusive, as mudanças na esfera jurisdicional impostas pela Constituição de 1988, com a consagração dos direitos sociais no Brasil, impuseram ao judiciário a crescente demanda acerca de direitos prestacionais.

Entretanto, embora a adoção de técnica legislativa que insere poros no ordenamento jurídico seja imprescindível à adaptação do direito e à durabilidade das normas - além de possibilitar a concretização dos deveres advindos do Estado Social - como efeito adverso percebe-se, frequentemente, que diante de um mesmo fato, ocorrido em um mesmo momento histórico e numa mesma localidade, são proferidas decisões com razões de decidir distintas pelo judiciário, gerando insegurança jurídica ao jurisdicionado.²⁵

conseguiu-atendimento-hospitalar-por-meio-de-acao-da-dpe-pe-vence-a-covid-19-e-vai-para-casa. Acesso em: 09/08/2020.

²⁵ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Nesse sentido, no âmbito das políticas de saúde pública, recorrentes são as decisões proferidas em demandas individuais a fim de coibir – ou não - os entes federativos a prestar serviços e tratamentos médicos considerados necessários e indispensáveis ao litigante.

Entretanto, quando se depara com ações individuais de obrigação de fazer contra o Estado, principalmente no tocante à administração de leitos, a exemplo das ações movidas pelos Srs. José e Eutícia, a equação muitas vezes é apreciada pelo juiz ou pelo órgão fracionário de Tribunal, de forma, ao nosso ver, equivocada.

Isso porque, quando o olhar se distancia da “bolha processual” e recai sobre o todo, facilmente percebe-se que a demanda ajuizada por José recai sobre o direito de Eutícia, que por sua vez é autora na demanda ajuizada contra o direito de José. Trata-se do direito à saúde de um cidadão, contra o direito à saúde de outro cidadão. Ambos os direitos são resguardados pela constituição, limitados pela realidade fática e que deveriam receber tutela isonômica por parte do Estado:

Na verdade, os dilemas envolvendo os direitos prestacionais impõem ao Tribunal não apenas decidir se a parte no processo tem direito a uma específica prestação estatal, mas, fundamentalmente, decidir se os demais indivíduos que se encontraram na mesma situação têm igual direito.²⁶

Portanto, nesses casos, não é proposta apenas uma ponderação entre o risco à saúde do particular e a escassez de recursos públicos do Estado. Trata-se, aqui, do risco causado justamente aos demais particulares em razão de decisões judiciais proferidas no âmbito da administração de recursos à saúde e a grave consequência gerada por decisões judiciais conflitantes. É necessário levar em consideração que,

²⁶ LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 189.

“cada vez que uma decisão judicial concede alguma prestação material a alguém, ela retira recursos do bolo destinado ao atendimento de todos os outros direitos fundamentais e demandas sociais.”²⁷

Retomando os casos de José e Eunice, o direito em discussão diz respeito à obtenção para um determinado cidadão, por via judicial, de um recurso escasso (leito de UTI). Assim, José, Eutícia, e os demais 300 (trezentos) pacientes contaminados pelo Covid-19 esperavam um leito na rede pública de saúde do estado de Pernambuco.

José e Eutícia eram igualmente idosos, igualmente apresentavam comorbidades potencialmente agravadoras da Covid-19, igualmente possuíam laudos médicos que demonstravam a necessidade do tratamento médico intensivo urgente e os pedidos liminares foram apreciados pelo mesmo Tribunal estadual, com apenas poucos dias separando uma decisão e outra. Eutícia obteve o direito de internação no leito de UTI. José - e muitos outros - não.

Essa situação ilustra clara ofensa ao princípio constitucional da isonomia. Esse princípio é objetivo do Estado Democrático e não apenas limite. É dizer, para que seja obedecido o princípio da isonomia não basta que seja adotada uma conduta negativa, um deixar de fazer. Não se trata de uma mera proibição de que seja prestado tratamento desigual aos iguais. É necessário que isonomia seja concebida com um fim: um realizar concreto de promoção de condições iguais.²⁸

²⁷ SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/225117210/A-Protecao-Judicial-dos-direitos-Sociais-sarmento>. Acesso em 02/08/2020. p.4.

²⁸ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

O princípio da isonomia, naturalmente, rege a atividade de todos os entes do poder estatal, seja do legislativo, executivo ou judiciário. Desse modo, devem também os tribunais promover a sua consecução dentro de sua atividade constitucional precípua de julgar.

Decorrente do princípio da isonomia, bem como dos princípios constitucionais do dever de motivação, do contraditório e segurança jurídica é o art. 926 do CPC/2015, que dispõe que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Embora muito se discuta na doutrina pátria se o Código de Processo Civil de 2015 instituiu um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, seja por questões de ordem constitucional, seja porque o rol disposto no art. 927 do CPC/2015 não teria sido capaz de delinear um tradicional sistema de precedentes no direito brasileiro, entendemos que, embora haja certa miscelânea de conceitos na legislação e mesmo na aplicação dos precedentes pelos operadores do direito, indubitável é que seguimos em frente na construção de um sistema de precedentes brasileiro, distinto dos sistemas de common law, com tuas as suas peculiaridades e repleto de obstáculos a serem vencidos.

O que busca o sistema jurídico brasileiro ao permitir certo trânsito e absorção de conceitos do *common law* num país de tradição jurídica romano-germânica é direcionar o futuro do ordenamento jurídico brasileiro aceitando o caminho até hoje traçado pela Constituição Federal de 1988, pela legislação infraconstitucional, pelo poder interpretativo do judiciário e pela frutífera crítica

dos doutrinadores em prol do alcance da igualdade jurídica e material pelos jurisdicionados, preceito, aliás, reforçado no tocante ao Direito à Saúde, na medida em que o art. 196 da Constituição Federal prevê que a saúde é de todos e o seu acesso deve ser universal e igualitário.

Assim, retomando os aspectos do sistema de precedentes instituído pelo CPC/2015, destaca-se o dever de uniformizar reforçado pelo seu art. 926, pressupondo que os tribunais não possam ser omissos diante de divergência internas sobre a mesma questão jurídica. “O tribunal tem o dever de resolver essa divergência, uniformizando o seu entendimento sobre o assunto.”²⁹

Era o que deveria ter ocorrido nas decisões proferidas nos casos de José e Eutícia, onde órgãos fracionários bem-intencionados nos casos postos sob sua apreciação decidiram conforme a autonomia que acreditavam possuir, em detrimento da consistência que a instituição deveria apresentar.

4. Conclusões

A globalização experimentada nos setores econômicos, sociais e de comunicação alcançou também o direito. No campo do direito processual, a tendência global reduziu as diferenças tradicionalmente existentes entre as grandes famílias de *common law* e *civil law*. Nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, como o brasileiro, a ideia de que o juiz seria um mero

²⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al* (org.). Precedentes: grandes temas do novo cpc. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 384.

declarante da lei cedeu espaço à necessidade criativa do judiciário à concretização dos mandamentos constitucionais.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 exerceu um papel fundamental para o engrandecimento do papel do Poder Judiciário no Brasil ao prever uma série de normas de conteúdo programático e social que vem tornando cada vez mais complexa a relação entre lei e sentença.

Contudo, embora o judiciário enquanto instituição seja capaz de trazer concretude aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, como o direito à saúde - a exemplo do contexto trazido ao presente estudo – o criacionismo do juiz, ou do órgão fracionário dos tribunais, sem um sistema racional da utilização de seus precedentes, pode acentuar as desigualdades experimentadas pelo jurisdicionado a partir da inconsistência de suas decisões e da má compreensão do seu papel no Estado Social.

Especialmente no que tange ao Direito à Saúde, tratando-se de saúde de pública e gratuita, o cobertor é quase sempre curto. Isto é, há o eterno impasse entre a demanda por atendimentos médicos e a escassez de recursos do Estado. No cenário pandêmico, o cobertor tornou-se ainda mais curto frente ao aumento sem precedentes de procura por leitos de UTI.

Com a escassez dos leitos e os dramas enfrentados pelas famílias, o Poder Judiciário foi um sem-número de vezes instado a agir. Esteve na mão dos juízes e dos órgãos fracionários dos tribunais brasileiros julgar o direito à saúde de um cidadão versus o direito a saúde do outro, demonstrando que os direitos sociais previstos na Constituição brasileira de 1988 e a inconsistência jurisprudencial são duas faces da mesma moeda.

Isso porque o novo protagonismo alçado pelo judiciário pelo judiciário a partir da Constituição de 1988 ocorreu em um sistema jurídico ainda quase integralmente pautado *civil law*. O Poder Judiciário ainda não estava preparado e direcionado para agir de forma estável, íntegra e coesa enquanto instituição, características imprescindíveis ao cumprimento das normas constitucionais.

Nesse sentido, entendemos que foram bem-vindas as alterações trazidas pelo CPC de 2015, em consonância com o caminho que o nosso ordenamento jurídico vem percorrendo dentro de um Estado Social de Direitos. Assim, a mitigação ao sistema de *civil law* imposta pelos arts. 926 e seguintes do CPC de 2015 não se trata da escolha de Sofia. Trata-se de uma construção nossa, inspirada em ordenamentos estrangeiros que já passaram, ou passam, pelas mesmas angústias que a nossa em busca de igualdade e segurança jurídica.

Nesse sentido, devem os tribunais compreender o peso do seu protagonismo, agindo de forma consistente enquanto instituição, utilizando-se das ferramentas trazidas pelo sistema de precedentes imposto pelo CPC/2015, sob pena de o remédio da concretização dos Direitos Sociais pela via judicial tornar-se veneno ao jurisdicionado.

5. Referências

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al* (org.). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 399-405.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*.

- Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. (Syn)Thesis (Rio de Janeiro), v. 5, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CONDENGE. *Idosa que conseguiu atendimento hospitalar por meio de ação da DPE vence a covid-19 e vai para casa*. Disponível em: <http://www.condege.org.br/publicacoes/noticias/idosa-que-conseguiu-atendimento-hospitalar-por-meio-de-acao-da-dpe-pe-vence-a-covid-19-e-vai-para-casa>.
- COPETTI NETO, Alfredo; ZANETI JUNIOR, Hermes. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha? A convergência de conteúdo entre Dworkin e Maccormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculante. 2017. Disponível em: <https://document.onl/law/os-deveres-de-coerencia-e-integridade-a-mesma-face-da-medalha-a-convergencia.html>. Acesso em: 08 set. 2021.
- COVID-19: PERNAMBUCO ZERA FILA DE PACIENTES PARA UTI. *Secretaria de Saúde do estado de Pernambuco*, Recife, 07/06/2020. Disponível em: <https://www.pecontracoronavirus.pe.gov.br/covid-19-pernambuco-zera-fila-de-pacientes-para-uti/>.
- DANTAS, Bruno. (In)consistência jurisprudencial e segurança jurídica: O “novo” dever dos tribunais no código de Processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 262, p. 323-344, dez. 2016.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al* (org.). *Precedentes: grandes temas do novo cpc*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 383-397.
- LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais: e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2019.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Aspectos da tradição do common law necessários para o desenvolvimento da teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; JAYME, Fernando Gonzaga (org.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2017. p. 271-304.
- PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do estado de Pernambuco. Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência 0918-76.2020.8.17.2710. Autora: Eufícia Mendes da Silva. Réu: Estado de Pernambuco. 2ª Vara Cível da Comarca de Igarassu. Ajuizado em: 03/05/2020

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do estado de Pernambuco. Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência 0012869-58.2020.8.17.2810. Autor: José Tavares Irmão. Réus: Município de Jaboatão dos Guararapes e Estado de Pernambuco. 2ª Vara da Fazenda Pública da comarca de Jaboatão dos Guararapes. Ajuizado em: 21/05/2020.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do estado de Pernambuco. Agravo de Instrumento 006336-40.2020.8.17.9000. Agravante: José Tavares Irmão. Agravados: Município de Jaboatão dos Guararapes e Estado de Pernambuco. 3ª Câmara de Direito Público. Gabinete do Des. Alfredo Sérgio Magalhães Jambo. Interposto em 22/05/2020.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/225117210/A-Protecao-Judicial-dos-direitos-Sociais-sarmento>.

SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO. *Pernambuco contra o coronavírus*. Disponível em: <https://www.pecontracoronavirus.pe.gov.br/>.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1994.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista Juris Plenum, Caxias do Sul*, v. 12, n. 67, p. 133-170, jan. 2016.

_____, A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial: paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al* (org.). *Precedentes: grandes temas do novo cpc*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 263-274.

ZANETI JUNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de processo civil de 2015? 2016. *Revista de Processo*. Vol. 257. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.257.21.PDF. Acesso em: 28 jul. 2021.

RELATÓRIOS ACADÉMICOS

LIMITAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (ARTIGO 5.º, LXXIX): DA CONSTITUCIONALIDADE DO SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI N.º 118/2021

Limitation to the fundamental right to protection of personal data (artigo 5.º, LXXIX): the constitutionality of the substitute for draft law n.º 118/2021.

Carlos Diego Peixoto de Souza*

Resumo: Neste relatório, discutiremos a constitucionalidade do Projeto de Lei n.º 118/2021, que se propõe a permitir o acesso de dados pessoais vinculados a dispositivos móveis, entre os quais estão incluídos os dados de geolocalização, pelas autoridades policiais e parquet, nos casos em que há restrição/privação de liberdade ilegal de pessoas vítimas de crimes, tais como a extorsão mediante sequestro. Demonstraremos qual o conteúdo jurídico protegido pelo direito fundamental à proteção de dados pessoais (artigo 5.º, inciso LXXIV da CRFB) a partir de uma análise do conceito jurídico de “dados pessoais”, delineando, ainda, quais casos implicariam uma interpretação absurda de proteção. Indicaremos as bases desse “novo” direito fundamental, como direito autônomo e previsto literalmente na Constituição brasileira, apresentando as ligações e os descolamentos de outros direitos fundamentais. Explanaremos acerca da limitação que o esboço legislativo trará sobre o direito fundamental, analisando o alcance e as justificativas dessa restrição. Por fim, aplicaremos o conceito de direitos fundamentais enquanto trunfos contra a maioria dotados de uma reserva geral de imanência de ponderação teorizado pelo Prof. Dr. Jorge Reis Novais, para testar a (in)constitucionalidade do Projeto de Lei em discussão.

Palavras-chave: Direito fundamental à proteção dos dados pessoais. Limitação do direito fundamental. Privação de liberdade da vítima. Proteção do direito fundamental à liberdade.

Abstract: In this paper we will discuss the constitutionality of Bill n.º 118/2021 which proposes to allow access to personal data linked to mobile devices, including geolocation data, by police authorities and parquet, in cases where there is restriction/privation of illegal freedom of movement of people who are victims of crimes, such as kidnapping. We will demonstrate the legal content protected by the fundamental right to the protection of personal data (art. 5, item LXXIV of the Brazilian Constitution) based on an analysis of the legal concept of "personal data", also outlining which cases would imply an absurd interpretation of protection. We will indicate the bases of this “new” fundamental right, as an autonomous right and literally foreseen in the Brazilian Constitution, presenting the

connections and detachments of other fundamental rights. We will explain about the limitation that the legislative draft will bring about the fundamental right, analyzing the scope of this limitation and the justifications for the restriction. Finally, we will apply the concept of fundamental rights as trumps against the majority endowed with a general reserve of weighting immanence, theorized by Prof. PhD Jorge Reis Novais, to test the (un)constitutionality of the Bill under discussion.

Keywords: Fundamental right to the protection of personal data. Limitation of the fundamental right. Deprivation of liberty of the victim. Protection of the fundamental right to liberty.

Sumário: 1. Introdução; 2. Delimitação interpretativa do conteúdo juridicamente protegido do artigo 5.º, LXXIX da CRFB; 2.1 Conceito jurídico de dados pessoais, interpretação ampliativa e casos absurdos; 2.2 Intimidade, vida privada, imagem, honra, higidez e acesso aos dados: a proteção específica dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, e a garantia constitucional correspondente ao Habeas Data; 3. Da limitação à proteção de dados pessoais pelo substitutivo n.º 118/2021; 3.1 Alcance legal em matéria de dados: sobre que espécie de dados atua o Substitutivo n.º 118/2021; 3.2 Justificativas para uma restrição ao direito fundamental à proteção de dados pessoais; 3.3 Limite dos limites: o princípio estruturante da proibição do excesso como limitador às restrições do Substitutivo n.º 118/2021; 4. Conclusões.

1. Introdução

A regulação de questões atinentes à proteção de dados pessoais e a outros direitos decorrentes de relações digitais tem despertado discussões acaloradas na doutrina especializada dos mais diversos ramos do direito e de outras ciências sobre respeito, proteção e promoção de direitos fundamentais¹ relacionados ao direito digital.

*Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade de Lisboa. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pesquisador pelo programa Erasmus na Leibniz Universität Hannover. Presidente da RENOSP-LGBTI+ (Rede Nacional de Operadores de Segurança Pública-LGBTI+). Membro do Conselho Nacional dos Direitos das Pessoas LGBTQIA+. Membro da Comissão Permanente de Segurança Pública do Conselho Nacional de Direitos Humanos - CNDH/MDH. Pesquisador da liga académica de Direito Digital, Sociedade e Tecnologia (Ligaddos)

É fato que, a depender da tradição de cada país, existem propostas diferentes de arquitetura legislativa, *v.g.*, em matéria de regulação de conteúdos e mercado na internet, observamos que os Estados Unidos e o Reino Unido defendem uma autorregulação pelo próprio mercado^{2,3}, ao passo que outros países adotam regulações próprias, como no Brasil⁴, já a União Europeia aposta numa regulação supranacional, baseada no direito comunitário⁵.

Porém, especificamente quanto à proteção dos dados pessoais, há um maior consenso quanto à necessidade de regulação, de modo que mesmo países tradicionalmente liberais no controle das relações privadas ou conhecidos pela amplitude na vigilância estatal sobre o cidadão⁶ têm avançado progressivamente no

da FDR/UFPE. Pesquisador do Programa VIRTUS: Defesa Social, Segurança Pública e Direitos Humanos da UFPE. Professor de Cursos de Formação na Académia Integrada de Defesa Social - PE

¹¹ Para mais sobre proteção, promoção e respeito aos direitos fundamentais, ver: JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, 2.ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2022, p. 13.

² O Reino Unido adotou a posição de “regulamentação não impositiva” em relação à internet, ou seja, de ausência de regulamentação por parte do Estado (de-regulatory framework), tendo estimulado a própria iniciativa privada a se autorregular. Para ler mais sobre, ver: UNITED KINGDOM GOVERNMENT, Communications and telecoms, ISPs launch open internet code of practice - Comms Minister says agreement is “great news for consumers”, Reino Unido, *Communications and telecoms*. United Kingdom Government, 2012, n.p., disponível em <https://www.gov.uk/government/news/isps-launch-open-internet-code-of-practice>, acesso em 30/04/2023.

³ Os EUA têm posição próxima à adotada pelos ingleses, assumindo neutralidade, com interferência governamental mínima (light-touch regulatory framework) na questão, deixando para o setor privado a atividade de se autorregular. Para ler mais sobre, cf.: JOHN BLEVINS, *The use and abuse of “light-touch” internet regulation*, Boston University, 2019, n.p., disponível em <https://www.bu.edu/bulawreview/files/2019/01/BLEVINS.pdf>, acesso em 12/01/2023.

⁴ Brasil, Lei n.º 12.965, Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil (Marco Civil da Internet), Presidência da República, 2014, *n.p.*, disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm, acesso em 10/12/2022.

⁵ Podemos mencionar, como exemplos de regulação comunitária europeia em matéria de direitos digitais, o Regulamento de Serviços Digitais (DSA) e o Regulamento de Mercados Digitais (DMA).

⁶ Podemos mencionar o caso de estados dos EUA que têm produzido legislações que regulam a proteção de dados pessoais, tais como: State of California, California Civil Code, California Consumer Privacy Act (CCPA), 2018 [1978], disponível em

direito à proteção de dados pessoais no tocante à limitação sobre os poderes do estado, bem como no que diz respeito à manutenção de controle sobre as relações horizontais entre particulares⁷.

A preocupação sobre a proteção dos dados pessoais é tamanha que já há tentativas de regulação entre blocos de países com outros Estados estrangeiros, dentre as quais podemos mencionar o acordo entre o bloco europeu e os EUA em relação à proteção de dados^{8,9}.

De toda forma, o direito assimila questões relacionadas à vida real de forma mais paulatina e gradativa; assim, tendo em vista que os fenômenos acontecem

https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?division=3.&part=4.&lawCode=CI&title=1.81.5, acesso em 12/04/2023. State of Colorado, Colorado Privacy Act (CPA), 2021, disponível em https://leg.colorado.gov/sites/default/files/2021a_190_signed.pdf, acesso em 12/04/2023. State of Maine, Maine Broadband Internet Access Service Customer Privacy Act, 2019, disponível em <http://www.mainelegislature.org/legis/bills/getPDF.asp?paper=SP0275&item=1&snum=129>, acesso em 12/04/2023. State of Nevada, Nevada Security and Privacy of Personal Information Act, disponível em <https://www.leg.state.nv.us/nrs/nrs-603a.html>, acesso em 12/04/2023. State of Rhode Island, Rhode Island Transparency and Privacy Protection Act, 2023, disponível em <https://webserver.rilegislature.gov/BillText23/SenateText23/S0754.pdf>, acesso em 12/04/2023. State of Utah, Utah Consumer Privacy Act (UCPA), 2022, disponível em <https://le.utah.gov/~2022/bills/static/SB0227.html>, acesso em 12/04/2023. State of Virginia, Virginia Civil Code, Virginia Consumer Privacy Act (VCPA), disponível em <https://law.lis.virginia.gov/vacode/title59.1/chapter53/>, acesso em 12/04/2023.

⁷ Em matéria de regulação de direitos fundamentais nas relações entre particulares, há autores que sustentam a existência de uma relação horizontal, cf. DOMINGOS SOARES FARINHO, Os Direitos Humanos no Regulamento Serviços Digitais (Digital Services Act) da União Europeia, in Maria Luísa Duarte, Ana Rita Gil, Tiago Fidalgo de Freitas (orgs.), *Direitos Humanos e Estado de Direito: Proteção no Quadro Europeu e Internacional*, Lisboa, AAFDL, 2022, p. 4. A respeito de uma perspectiva divergente, ler: JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais nas relações entre particulares – do dever de proteção à proibição do défice*, Coimbra, Edições Almedina, 2019, p. 10.

⁸ Acordo para transferência transatlântica de dados entre UE e EUA (resolução de 26 de maio de 2016).

⁹ Resolução sobre o nível de proteção adequado assegurado pelo Escudo de Proteção da Privacidade UE-EUA (resolução de 6 de abril de 2017).

mais natural e rapidamente do que podem ser compreendidos, a produção de conhecimento teórico ocorre em velocidade distinta da realidade prática¹⁰, essa “abissalidade” se evidencia ainda mais quando juntamos a complexidade de se garantirem direitos fundamentais com a inovação trazida pelas relações digitais.

Na esteira das discussões internacionais e na tentativa de firmar posição de defesa de novel direito, o Brasil decidiu adicionar ao seu arcabouço constitucional de direitos fundamentais a nova garantia fundamental à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais¹¹ (artigo 5.º, LXXIX da CRFB)¹².

Em que pese a estatura constitucional do direito referido, assim como outras garantias fundamentais, a proteção aos dados pessoais também não é absoluta^{13,14} e, por certo, deve ser em alguma medida restringida.

Porém, quando pensamos numa limitação aos direitos fundamentais, surge a questão de como seria possível um ato infraconstitucional limitar um direito fundamental que possui estatura constitucional, logo, estaríamos diante de um

¹⁰ NORBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004, p. 49.

¹¹ Esse direito fundamental foi introduzido pela EC n.º 115/2022 no rol do artigo 5.º da CRFB, tendo ainda alterado a Constituição Federal para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Em que pese já existir proteção infraconstitucional aos dados pessoais, inclusive no meio digital, apenas com o advento da EC mencionada passou a haver previsão expressa no texto constitucional.

¹² Artigo 5.º, LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

¹³ Quando tratamos de direitos fundamentais, há sempre que se pensar na excepcionalidade de direitos fundamentais que são absolutos, pois há constituições que protegem direitos fundamentais sem qualquer exceção, vide o exemplo da impossibilidade de pena de morte na Constituição Portuguesa (artigo 24, 2) e da impossibilidade de tortura ou tratamento desumano ou degradante na CRFB (artigo 5.º, III).

¹⁴ Para Norberto Bobbio, dentre os direitos fundamentais aqueles que devemos considerar como absolutos são o direito a não ser escravizado e o direito de não ser torturado, cf. NORBERTO BOBBIO, *A era dos direitos...*, p. 24.

entreve, no mínimo formal, para admitirmos uma restrição aos direitos fundamentais por um ato infraconstitucional¹⁵.

É fato que a Carta Magna brasileira não possui qualquer menção, autorização ou orientação geral para restrição ou limitação aos direitos fundamentais consagrados na própria Constituição por atos infraconstitucionais, como, por exemplo, ocorre na Constituição Portuguesa (artigo 18º, n.ºs 2 e 3)¹⁶. No contexto brasileiro, pode-se depreender a possibilidade dessa limitação pela previsão contida, em alguns casos, nos próprios dispositivos garantidores¹⁷.

¹⁵ JORGE REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais - Fundamento, Justificação e Controlo*, 2.ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2021, p. 9.

¹⁶ Nesse ponto cuidou bem a CRFB, pois a restrição existente na Constituição Portuguesa tem suscitado diversos debates, pois, pela literalidade do texto constitucional português, não poderiam ocorrer restrições aos direitos fundamentais que não as expressamente previstas no próprio texto constitucional, o que na prática acarretaria na impossibilidade de se resolverem casos de afetação de direitos fundamentais por bens e direitos não previstos na Constituição portuguesa ou, ainda, impediria a restrição ao direito fundamental sempre que não existisse a previsão no texto constitucional de possibilidade de sua limitação de forma expressa. Para ler mais sobre críticas às inovações trazidas pela Constituição Portuguesa em matéria de restrição à direitos fundamentais ver: JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais nas relações entre particulares...*, p. 31).

¹⁷ Podemos mencionar como exemplos de dispositivos garantidores de direitos fundamentais da CRFB que já preveem possibilidade de limitação por norma infraconstitucional: artigo 5.º, VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; artigo. 5.º, XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; artigo 5.º, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; artigo 5.º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; artigo 5.º, LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; artigo 5.º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

No caso do direito fundamental à proteção de dados pessoais, há previsão da limitação no próprio texto da norma garantidora, asseverando que o direito será assegurado na “forma da lei”, ainda que esta seja uma reserva simples, pois expressa, mas sem detalhamento.

Quanto à limitação infraconstitucional, esta poderá vir a ser materializada¹⁸ caso o substitutivo do Projeto de Lei n.º 118/2021^{19,20} seja convertido em lei, portanto, interessa verificarmos a constitucionalidade do referido projeto legislativo quanto a sua legitimidade em matéria de restrição ao direito fundamental em questão.

Da leitura do esboço legislativo, de logo, percebe-se que há uma permissividade do acesso a determinados dados pela autoridade policial e pelo Ministério Público, nos casos de cometimento dos crimes de extorsão mediante sequestro (artigo 159 do Código Penal), extorsão mediante restrição de liberdade (artigo 158, §3.º do Código Penal) e em outras situações²¹ em que haja perigo à vida ou à integridade física e restrição/privação ilícita da liberdade da vítima²².

¹⁸ Outras leis já aprovadas restringem o direito fundamental à proteção de dados pessoais. Podemos mencionar exemplificativamente a Lei n.º 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e a Lei n.º 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados).

¹⁹ O Projeto de Lei n.º 118/2021 foi inicialmente apresentado, em 02/02/2021, pelo Deputado Federal Boca Aberta, do partido PROS/PR, com o escopo de permitir à autoridade policial a requisição de dados de geolocalização em crimes de natureza patrimonial, notadamente roubo (artigo 157 do Código Penal) e furto (artigo 155 do Código Penal) de aparelhos celulares, que poderiam ser rastreados partindo do número do IMEI do equipamento.

²⁰ Substitutivo apresentado pelo Deputado Federal General Peternelli, em 01/09/2021, aprovado pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, tendo modificado por completo a configuração do projeto inicial.

²¹ Os demais casos trazidos no substitutivo são desaparecimento e ameaça de suicídio.

²² Se inicialmente preocupava-se o projeto de lei com a captação dos dados do aparelho telefónico que permitissem a localização do telemóvel, para efeito de investigação de crimes patrimoniais, o PL

Ocorre que a verificação de uma limitação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais necessitaria de uma delimitação do alcance dos dados que são "atingidos" pela norma infraconstitucional, bem como a demonstração dos contornos da proteção jurídica do direito fundamental, pois apenas assim poderemos verificar se (e como) aquela restringe esta.

Assim, em que pese existir a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais prevista nos próprios dispositivos constitucionais garantidores^{23,24}, em alguns casos, como no tratado no presente texto, persiste a dúvida sobre como seria possível admitir essas restrições de normas constitucionais por atos infraconstitucionais, ou, pelo menos, quais deveriam ser os contornos dessas limitações infraconstitucionais, já que as normas garantidoras de direitos fundamentais quando muito (e em muitos casos sequer há) apenas preveem a possibilidade de limitação por ato infraconstitucional (lei, decisão judicial) mas não

passou a tratar, após o substitutivo, da restrição à proteção de dados pessoais após a extorsão mediante sequestro, extorsão mediante restrição de liberdade, desaparecimento e ameaça de suicídio.

²³ Outro ponto a ser refletido é se apenas nos casos em que há literal previsão de limitação da garantia no próprio dispositivo garantidor, essa restrição por ato infraconstitucional seria permitida. Assim, como se comportaria a proteção a determinado direito fundamental se, mesmo não havendo previsão de limitação na Constituição, ocorresse posterior restrição por ato infraconstitucional? Esse ato seria uma violação ao direito fundamental, ou seja, constituiria uma restrição ilegítima? Bem, se admitíssemos que a restrição a direito fundamental por ato infraconstitucional apenas seria possível quando houvesse previsão expressa de limitação pelo próprio texto constitucional, estaríamos afirmando que o ato de limitação infraconstitucional seria redundante, pois apenas serviria para repetir restrição já prevista no texto constitucional. Para ler mais sobre essa questão, ver: JORGE REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais...*, p. 12.

²⁴ Em tese, os casos de limitação a direito fundamental em que o texto constitucional já traz a previsão de restrição expressa seriam mais facilmente resolvidos, mas não podemos olvidar que muitas limitações surgiram mesmo para direitos fundamentais que aparentemente não seriam restringíveis pela dicção da constituição, podemos mencionar os seguintes exemplos: artigo 5.º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; artigo 5.º X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

fornecem maiores detalhes sobre quais os limites dessas limitações, salvo raros casos^{25,26}.

Desta feita, para que se possa verificar a constitucionalidade do referido esboço legislativo, é necessário traçar um roteiro teórico capaz de determinar, da forma mais objetiva e precisa, se houve (ou não) legitimidade na restrição e, portanto, se a lei é ou não constitucional, evitando-se o casuísmo. Para tanto, no presente relatório, filiar-nos-emos à teoria do Prof. Dr. Jorge Reis Novais, que

²⁵ Talvez uma das exceções de dispositivos constitucionais garantidores de direitos fundamentais que traz mais detalhamentos de como se dará a limitação ao direito fundamental é o artigo 5.º, XI que trata da inviolabilidade domiciliar, pois inicia com a proteção absoluta “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador”, posteriormente aponta quatro exceções “flagrante delito”, “desastre”, “prestar socorro”, “por determinação judicial”, e no último caso ainda limita a possibilidade de adentrar no domicílio por ordem apenas “durante o dia”. Apesar do referido detalhamento há grande discussão na jurisprudência sobre os casos que envolvem o ingresso no domicílio, para tanto podemos mencionar o Tema 280 definido em sede de repercussão geral pelo STF, no julgamento do RE n.º 603.616/RO, que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes, publicado em DJe no dia 8/10/2010, que determina a seguinte tese “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*”. Há ainda julgados do STJ sobre discussões que envolvem quais os requisitos para a validade do “consentimento do morador” (HC n.º 598.051/SP e do HC n.º 616.584/RS), tendo o Tribunal firmado o entendimento de que “O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação” e “A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo.

²⁶ Outro dispositivo constitucional que poderia ser indicado como mais detalhado nas próprias limitações de sua garantia seria o artigo 5.º, LXI, que trata da impossibilidade de prisão e que começa afirmando que “ninguém será preso”, passa a apresentar quatro exceções: “flagrante delito”, “ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária”, “transgressão militar” e “crime propriamente militar”, determinando que, nos dois últimos casos, as transgressões e crimes militares serão “definidos em lei”. Sobre a questão de prisão administrativa em casos de crimes militar, é interessante mencionar a ADI 6.595, que julgou inconstitucional a Lei Federal n.º 13.967/2019, a qual extinguiu a pena de prisão disciplinar para policiais militares e bombeiros dos estados e do Distrito Federal, pois o STF entendeu que “a criação da norma a partir de um projeto de lei de autoria parlamentar, usurpou a iniciativa legislativa dos governadores, conferida pela Constituição”.

interpreta os direitos fundamentais como “trunfos contra a maioria dotados de uma reserva geral de imanência de ponderação”²⁷ para, então, verificarmos a possibilidade de restrição do direito fundamental à proteção de dados pessoais por ato infraconstitucional, notadamente no caso em tela o substitutivo ao projeto de Lei n.º 118/2021.

Em outro sentido, não se pretende, no presente relatório, esgotar todas as discussões possíveis sobre a constitucionalidade do substitutivo. É intuito deste trabalho se concentrar nas discussões de constitucionalidade no tocante à aplicação nos casos em que há crimes, razão pela qual outras questões polêmicas que versam sobre a possibilidade de acesso aos dados em casos de desaparecimentos²⁸ e de ameaça de suicídio^{29,30} não serão aqui debatidas, posto o fato de as ações anteriormente mencionadas poderem não constituir crime e, por isso, não estarem sendo perpetradas por terceiros, não havendo limitação ilícita da liberdade da vítima, mudando completamente o parâmetro da discussão em tela³¹.

²⁷ JORGE REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais...*, p. 143.

²⁸ Quanto à hipótese de desaparecimento, há sempre a problemática de qual a natureza do desaparecimento, se este é civil ou criminal, pois, exatamente por estar a pessoa desaparecida, não se poderiam antever as razões de sua ausência. Para tanto, as instituições policiais no Brasil abrem procedimentos policiais específicos para investigar a natureza do desaparecimento, os quais não constituem inicialmente uma investigação de crime.

²⁹ A lei utiliza o termo “suicídio”, mas entendemos que se trata de uma escolha inadequada, pois o que pretende a lei é evitar o suicídio, logo, se este já tiver ocorrido, não teria sentido o acesso aos dados de geolocalização.

³⁰ No caso de ameaça de suicídio, também não há crime, e aqui a inexistência de crime é evidente, pois só se poderia pressupor a prática criminosa quando há intervenção de outrem na prática (artigo 122 do CPB).

³¹ Nestes casos (desaparecimento e ameaça de suicídio), interessa mencionar que há outra camada de debate não existente nas hipóteses dos crimes referidos, pois estaríamos diante da vontade do próprio indivíduo de “desaparecer” ou de tirar a própria vida, o que resultaria numa discussão sobre a limitação de direitos fundamentais outros, para além da proteção de dados pessoais, relacionados à vontade do sujeito em casos em que este próprio não deseje ser encontrado ou salvo. Se, numa situação

Outra discussão potencial sobre o PL em questão, mas que também não será tratada no presente trabalho, é a aparente inconstitucionalidade do referido projeto de lei por proteção deficitária, por não tratar de outros tipos penais que não estão contidos nele, mas que igualmente protegeriam o direito de liberdade da vítima, tais como: crimes de sequestro e cárcere privado (artigo 148 do CPB), de roubo qualificado pela restrição de liberdade (artigo 157, V do CPB), de perseguição (artigo 147-A do CPB), de trabalho análogo à escravidão (artigo 149 do CPB) e do tráfico de pessoas (artigo 149-A do CPB).^{32,33}

de extorsão mediante sequestro, a vítima deseja ser salva e encontrada, num caso de desaparecimento civil, pode o desaparecido não querer ser achado, tendo, inclusive, sumido intencionalmente. Se, num caso de extorsão com restrição de liberdade, o cidadão sequestrado almeja ser resgatado, noutra caso em que o sujeito deseje tirar a própria vida, talvez não queira ser salvo. Por acreditarmos que estes fatores, vontade da suposta vítima e não existência de privação/restrrição de liberdade ilícita, trazem outras questões que necessitariam de análise própria quanto à restrição dos direitos fundamentais correlatos, o que fugiria ao debate que ora se pretende tecer no presente relatório, optamos por tratar nesse artigo apenas da discussão sobre a constitucionalidade do PL no tocante aos crimes de extorsão mediante sequestro e extorsão mediante restrição de liberdade, o que evidentemente indica a existência de restrição/privação ilícita de liberdade da vítima.

³² O esboço legislativo cuida apenas, se tratando de crimes, da extorsão mediante sequestro e da extorsão mediante restrição de liberdade, não abarcando as outras hipóteses penais. Essa discrepância fica ainda mais evidente quando pensamos que o legislador não cuidou de adicionar os tipos penais acima listados, mas previu situações em que não há restrição ilícita de liberdade do indivíduo, como em desaparecimentos e ameaças de suicídio. Qual a justificativa para se permitir o levantamento do sigilo dos dados de geolocalização em um caso de desaparecimento, mas não prever essa mesma hipótese no caso de sequestro e cárcere privado? Nos parece que não há resposta racional para a situação, mas apenas mera liberalidade ou atecnia legislativa.

³³ Especificamente em relação ao crime de tráfico de pessoas, em que pese possuir tratamento específico para fins de acesso aos dados de geolocalização já disciplinado no §4.º do artigo 13-B do CPP, entendemos trazer o referido dispositivo exigência inconstitucional ao prever reserva legal, ainda que deferida, para casos não previstos constitucionalmente. Assim também entende a PGR, que, em parecer na ADI 5642, posicionou-se pela inconstitucionalidade em sentido contrário à inconstitucionalidade pedida pelo autor da ADIN. A PGR requereu a declaração da inconstitucionalidade do artigo 13-B- §2.º-III, da expressão “não havendo manifestação judicial no prazo de 12 horas,” contida no §4.º do art. 13-B, e, por arrastamento, da expressão “mediante autorização judicial” inscrita no caput do artigo 13-B do Código de Processo Penal, inserido pela Lei n.º 13.344/2016. Para ler a íntegra do parecer, ver mais em: Brasil, Procuradoria Geral da República, Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5642, Brasília, Procuradoria Geral da República,

2. Delimitação interpretativa do conteúdo juridicamente protegido do artigo 5.º, LXXIX da CRFB

Para que se possa falar em limitação a um direito fundamental, é necessário que se conheça o conteúdo juridicamente protegido desse direito. Fica óbvio que não se pode falar que um ato infraconstitucional restringiu uma garantia fundamental se não pudermos dizer de que é formada essa garantia.

Quanto ao direito fundamental à proteção de dados pessoais, surge como primeira barreira para sua delimitação de proteção jurídica a conceituação do que vêm a ser “dados pessoais”.

Logo, se o direito fundamental protege os “dados pessoais”, é imprescindível que se possa conceituar e delimitar em quais casos estaremos diante de dados pessoais, bem como quais dados não são dados pessoais e, portanto, não estariam acobertados especificamente pela garantia ora tratada, o que decerto não afastaria a sua proteção por outros direitos fundamentais.

Como segundo obstáculo para uma delimitação ao direito fundamental analisado, poderíamos indicar a independência desse direito em relação ao artigo 5.º, XII da CRFB, que trata da proteção à intimidade, vida privada, imagem e honra; pois em havendo um “novo” direito fundamental expressamente previsto pela Constituição Federal se faz necessário “descolar” o âmbito de proteção dos dois, pois do contrário teríamos uma mera repetição, sendo o direito fundamental mais moderno uma letra morta, puro sobejo, que nada acrescentaria.

2019, disponível em <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5117846>, acesso em 25/06/2023.

Por fim, precisamos apontar quais os casos absurdos e quais interpretações da garantia não poderiam ser acobertadas pelo direito fundamental à proteção de dados pessoais, bem como os novos âmbitos de incidência que tenham surgido com o reconhecimento desse direito enquanto garantia fundamental.

2.1 Conceito jurídico de dados pessoais, interpretação ampliativa e casos absurdos

Para o exercício de conceituar “dados pessoais”, precisaremos nos socorrer do arcabouço infraconstitucional que há muito já vem regulando a matéria sobre dados, existindo diversas leis que tratam da classificação^{34,35} e conceituação dos mais diversos tipos de dados, inclusive os dados pessoais.

Em linhas gerais, poderíamos conceituar “dados pessoais” como sendo aqueles que permitem a identificação direta ou indireta da pessoa relacionada ao dado³⁶. Essa ideia é reforçada pelo Decreto n.º 8.771/2016, regulamentador da Lei n.º 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que afirma que os dados pessoais são aqueles relacionados “à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive

³⁴ O próprio termo “classificação” já apresenta certa dubiedade, pois, a depender do contexto, poderá se tratar de termo empregado com conceito holístico, dizendo respeito à classificação dos dados quanto a diversas categorias; o mesmo termo é utilizado por governos e entidades públicas e privadas para designar o nível de confidencialidade do documento, abrangendo de dados “não classificáveis até dados ultrassegretos”.

³⁵ A Lei n.º 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) disciplina a classificação dos documentos em seu artigo 24, nos seguintes termos: artigo 24. A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassegreta, secreta ou reservada.

³⁶ Os dados pessoais diferem dos dados anonimizados, porque os segundos são dados que foram desvinculados da pessoa natural, não possibilitando a sua identificação, conceito trazido, inclusive, pela Lei Geral de Proteção de Dados em seu artigo 39.

números identificativos³⁷, dados locacionais³⁸ ou identificadores eletrônicos³⁹, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa.”⁴⁰

Ainda sobre a conceituação de dados pessoais, podemos citar a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a Lei n.º 13.709/2018, que, apesar de claramente dispor que não se aplica a casos que versem sobre segurança pública ou investigação criminal⁴¹, apresenta um conceito de dados pessoais que importa para delimitação da natureza desses dados, prescrevendo a norma de que eles seriam “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”⁴².

Explicado o que seriam dados pessoais, passamos para outro termo largamente empregado na legislação que trata do acesso e da proteção de dados, que seriam os “dados cadastrais”.

Os dados cadastrais, como ficará clarificado, são espécie de dados pessoais, pois permitem a identificação do titular dos dados, mas possuem como característica peculiar serem dados que geralmente são fornecidos pelo próprio titular quando

³⁷ “Números identificativos” são o conjunto numérico (ou alfanumérico) atribuído a uma pessoa natural por uma instituição pública ou privada como forma de identificar essa pessoa natural em seus sistemas de registro. São exemplos de números identificativos: número do passaporte, número do Cadastro de Pessoa Física (CPF) ou Número de Identificação Fiscal (NIF).

³⁸ São exemplos de dados locacionais: endereço, geolocalização etc.

³⁹ São exemplos de identificadores eletrônicos: e-mail, endereço de IP, ID de usuário em rede social etc.

⁴⁰ Artigo 14. Para os fins do disposto neste Decreto, considera-se: I - dado pessoal - dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa.

⁴¹ Artigo 4.º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: (...) III - realizado para fins exclusivos de: a) segurança pública; (...) d) atividades de investigação e repressão de infrações penais.

⁴² Artigo 5.º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.

realiza qualquer tipo de cadastro junto a instituições públicas ou privadas, recebendo daí o nome de dados cadastrais.

Podemos novamente nos valer da conceituação trazida pelo Decreto n.º 8.771/2016, que, reafirmando o contido no Marco Civil da Internet (MCI)⁴³, aduziu que os dados cadastrais acessíveis pelas autoridades administrativas, independentemente de ordem judicial, são a filiação, o endereço e a qualificação pessoal. Quanto a esse último elemento, o MCI teceu detalhamento, esclarecendo que “a qualificação pessoal, entendida como nome, prenome, estado civil e profissão do usuário”⁴⁴.

Outra nomenclatura bastante utilizada na legislação sobre dados são os “dados sensíveis”, que também são dados pessoais, mas que possuem como característica que os distingue o fato de apresentarem informações que são consideradas mais invasivas da intimidade e vida privada do titular.

A LGPD, ao arrolar os dados que considera sensíveis, enumera os seguintes “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde

⁴³ A Lei n.º 12.965/2014 ao tratar de dados pessoais, delineou que estes, quando forem dados cadastrais, podem ser acessados pelas autoridades administrativas sem a necessidade de ordem judicial, mencionando a lei de forma textual que estes dados cadastrais seriam a “qualificação pessoal, filiação e endereço”. Outras leis que também conceituam dados cadastrais, de forma similar, são: Lei de combate à organização criminosa (Lei n.º 12.850/2013); Lei de combate ao branqueamento de recursos (Lei n.º 12.682/2012).

⁴⁴ Artigo 11. As autoridades administrativas a que se refere o artigo 10, §3.º da Lei n.º 12.965, de 2014, indicarão o fundamento legal de competência expressa para o acesso e a motivação para o pedido de acesso aos dados cadastrais. §2.º São considerados dados cadastrais: I - a filiação; II - o endereço; e III - a qualificação pessoal, entendida como nome, prenome, estado civil e profissão do usuário.

ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.⁴⁵

Podemos ainda mencionar que existem outros tipos de dados pessoais, que, pela natureza de seu conteúdo, recebem tratamento legislativo e jurisprudencial distintos na sua proteção e para seu acesso pelas autoridades administrativas, autoridades policiais e Ministério Público, sendo exigida, por vezes, decisão judicial para seu acesso ou permissão de seu compartilhamento entre determinadas

⁴⁵ Artigo 5.º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

instituições públicas a depender do tipo de dado, como, por exemplo, dados fiscais e bancários⁴⁶ e dados de conexão e registro na internet^{47,48}.

⁴⁶ No tocante aos dados fiscais e bancários, estes são regulados pela Lei Complementar n.º 105/2001, que, em seu artigo 1.º, §3.º, inciso IV exclui do dever de sigilo das Instituições Financeiras os casos em que estas realizem “a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa”. Há, ainda, o Tema 990 de Repercussão Geral julgado pelo STF, em que o Tribunal Constitucional reconheceu a constitucionalidade do compartilhamento de informações, notadamente relatórios de inteligência financeira (RIF) da unidade de inteligência financeira (UIF) e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil (RFB) com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sendo desnecessária a prévia autorização judicial. Para ler mais sobre a proteção de direitos fundamentais e o acesso direito de dados fiscais e bancários pelo Ministério Público, ver: ANTONIA ESPÍNDOLA, LONGONI KLEE e GUILHERME MAGALHÃES, A privacidade, a proteção dos dados e dos registros pessoais e a liberdade de expressão: algumas reflexões sobre o Marco Civil da Internet no Brasil (Lei n.º 12.965/2014), in Newton de Lucca, Adalberto Simão Filho e Cíntia Rosa Pererira de Lima (Coords.), *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/2014)*, São Paulo, Quartier Latin, n.p., 2015.

⁴⁷ Os dados de conexão e acesso na internet têm seu disciplinamento no artigo 10, §1.º do Marco Civil da Internet, determinando que o acesso se dará apenas com ordem judicial. Quando o MCI trata da conceituação dos dados de registro de conexão de internet, menciona-se, no artigo 5.º, que esses dados seriam: “data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado”, quanto ao conceito de registro de acesso a aplicação de internet refere que seriam as “informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP”. Para ler mais sobre TCP/IP (Internet Protocol Suites) numa visão técnica da ciência informática, ver: CHARLES L. HENDRICK, Introduction to the Internet Protocols, Institute for Astronomy – University of Hawaii, n.p., 1987, disponível em https://home.ifa.hawaii.edu/users/gmm/intro_ip/, acesso em 30/04/2023. Já para conhecer os conceitos informáticos aqui referidos numa visão jurídico-normativa, ver: VICTOR AUILLO HAIKAL, Da significação jurídica dos conceitos integrantes do art. 5º: internet, terminal, administrador de sistema autônomo, endereço internet protocol- IP específicos e o respetivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrado no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereço IP; conexão à internet; registro de conexão; aplicações de internet; e registros de acesso a aplicações de internet, in George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (Orgs.). *Marco Civil da Internet*, 1.ª ed., São Paulo, Atlas, pp. 317-324, 2014.

Por fim, quanto aos dados de geolocalização, estes são informações sobre a localização geográfica, que geralmente são dadas em relação a um dispositivo eletrônico (celular, computador, rastreador etc.), sendo utilizados, muitas vezes, para rastrear, monitorar ou fornecer informações de localização para aplicativos e serviços⁴⁹.

Os dados de geolocalização podem ser metadados quando dizem respeito a outros dados, como, por exemplo, o local onde foi feito um vídeo ou foto (sendo a mídia digital o arquivo principal e a informação de localização um metadado).

A geolocalização também pode ser um dado independente gerado num contexto que não guarda relação com outros dados, mas, a despeito da origem do dado de geolocalização, este poderá se enquadrar como dado pessoal sempre que possibilite a identificação de uma pessoa a ele vinculada.

Assim, em síntese, podemos perceber que o conceito jurídico de dados pessoais é o de qualquer dado (dado cadastral, dado sensível, dados de geolocalização, dados bancários, dados fiscais, dados de conexão com a internet,

⁴⁸ Vale mencionar que o STJ, no julgamento do REsp n.º 1.784.156/SP, entendeu pela ampliação do conceito trazido no artigo 5.º, VIII do MCI, tendo determinado que fosse fornecida também a porta lógica. Para saber mais sobre o julgado, ver: JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS JÚNIOR, JOÃO VICTOR ROZATTI LONGHI e GUILHERME MAGALHÃES MARTINS. Porta lógica, IP e os registros de acesso a aplicações da Internet: Uma leitura ampliada do art. 5º, VIII do Marco Civil da Internet, *JOTA*, n.p., 2019, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/porta-logica-ip-e-os-registros-de-acesso-a-aplicacoes-da-internet-26122019>, acesso em 09/02/2023.

⁴⁹ Assim, podemos dizer que o dado de geolocalização é aquele que indica uma localização obtida a partir de um sistema de coordenadas (latitude e longitude) determinadas por diferentes tecnologias, como: satélites, ERBs ou outros equipamentos que captam os sinais emitidos por aparelhos eletrônicos. Esses sinais captados pelos diferentes métodos de georreferenciamento, recebem diferentes nomes, tais como: GPS, radiofrequência (GSM), AGPS e Wi-Fi.

metadados etc.) que possibilite identificar a pessoa natural a ele vinculada (ou vinculável), ou seja, todo dado que não tiver sido anonimizado.

Tendo havido a delimitação do conceito de “dados pessoais”, passamos à fase de interpretar qual seria o âmbito dessa proteção, mas atempadamente precisamos, de logo, afastar a possibilidade de interpretações ampliativas absurdas.

De início, numa fase de interpretação, devemos verificar se o texto constitucional não atribuiu caráter absoluto⁵⁰ aos direitos fundamentais que cedem no projeto de lei referido, o que ocasionaria *prima facie* a sua inconstitucionalidade.

51

No caso em questão, a Carta Magna, ao dispor sobre a proteção dos dados pessoais, abriu margem para restrição do direito fundamental ao possibilitar seu exercício nos termos que serão conferidos por lei ordinária.

Logo, fica evidente que não se trata de um direito fundamental absoluto, tendo a própria Constituição resolvido a questão ao referir de forma explícita que o direito em tela seria disciplinado por lei ordinária posterior.

Por outro lado, este dispositivo constitucional, apesar de permitir uma restrição ao direito fundamental de proteção de dados pessoais, não estabelece qual o parâmetro de limitação, o que força ao exercício de uma “interpretação ampliativa”.

Nessa fase de interpretação ampliativa, devemos entender pela proteção máxima do direito fundamental, mas sem ter uma interpretação ampliativa radical,

⁵⁰ Vide notas de rodapé 3 e 4.

⁵¹JORGE REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais...*, p. 211.

não podendo estender a proteção do direito fundamental para acobertar situações absurdas⁵².

No caso da proteção de dados pessoais, liminarmente, poderíamos excluir conotações absurdas ao conteúdo jurídico do direito fundamental, como, por exemplo, a alegação de que a proteção de dados pessoais poderia ser oponível para proteger o anonimato de um *hater*⁵³ na Internet⁵⁴.

Logo, também não poderíamos acolher o argumento de que o direito fundamental à proteção de dados pessoais de um criminoso, durante o *iter criminis*, estando a vítima em seu poder, não poderia ceder para que se possibilitasse resgatar o sequestrado. Entender diferente seria dar ao direito fundamental em questão um caráter inoponível.

2.2 Intimidade, vida privada, imagem, honra, higidez e acesso aos dados: a proteção específica dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, e a garantia constitucional correspondente ao Habeas Data

O fato de não se poder otimizar o direito ao ponto de se permitirem situações absurdas não impede que o direito fundamental à proteção dos dados pessoais seja entendido no seu máximo possível. Mas qual seria esse contorno máximo?

⁵² JORGE REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais...*, p. 216.

⁵³ Os *haters* ou “odiadores” são pessoas que praticam o *bullying virtual*, que é a prática de postar comentários de ódio na internet.

⁵⁴ Sobre a vedação do anonimato, há, na própria Constituição Federal, dispositivo específico que protege o direito fundamental de manifestação, mas veda o anonimato (artigo 5.º, IV da CRFB).

De logo, podemos assinalar que o direito fundamental em questão surge, de forma autónoma, no texto constitucional como garantia fundamental, no ano de 2022 com a Emenda Constitucional n.º 115/2022, que acresceu três dispositivos ao texto da Constituição Federal, adicionando a proteção dos dados pessoais ao rol de garantias fundamentais do artigo 5º e mais dois artigos sobre regras de competência executiva e legislativa sobre proteção e tratamento de dados pessoais⁵⁵.

Assim, a maior parte da discussão travada até então sobre a proteção de dados pessoais, quando constitucionalizada, buscava guarida no artigo 5.º, X da CRFB⁵⁶. Ocorre que o novo dispositivo assegurador do direito fundamental em questão possui um viés mais restrito do que o encontrado no inciso mencionado (artigo 5.º, X), mas, por outro lado, a nova norma vai além, pois podemos entender que há uma proteção não prevista anteriormente pelo inciso referido.

Primeiro, quando pensamos no recorte específico do direito fundamental de proteção de dados pessoais em relação ao direito fundamental à inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, podemos perceber que aquele protege, especificamente, o indivíduo de violações nessas quatro vertentes (intimidade, vida privada, honra e imagem), mas apenas quando a origem se der sobre o acesso ou divulgação de dados pessoais.

⁵⁵ Artigo 1.º O caput do art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso LXXIX: art. 5º (...) LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Art. 2º O caput do art. 21 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXVI: art. 21 (...) XXVI - organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei. Art. 3º O caput do art. 22 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXX: art. 22 (...) XXX - proteção e tratamento de dados pessoais.

⁵⁶ Artigo 5.º (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Logo, o artigo 5.º, X da CRFB continua a proteger a intimidade, vida privada, honra e imagem de forma mais ampla e genérica, tendo para as violações específicas realizadas por meio dos dados pessoais a proteção específica do artigo 5.º, LXXIX da Constituição.

Obviamente, o mencionado não acarreta a exclusão de um ou outro dispositivo quando for necessária a demonstração da proteção de um indivíduo no caso concreto. Não há uma concorrência das normas constitucionais, sendo perfeitamente possível a subsunção de ambas em um dado momento, pois algumas situações continuarão a ser protegidas também pelo direito fundamental de intimidade e vida privada (artigo 5.º, X da CRFB), sendo o direito fundamental à proteção de dados pessoais seu corolário.

Porém, quando pensamos no direito fundamental de proteção de dados pessoais, com essa tez de resguardo da intimidade e vida privada do cidadão, podemos elaborar que esse direito deve alcançar todos os dados pessoais do sujeito, sobretudo os de natureza sensível, protegendo o indivíduo da devassa, da publicidade indevida, do uso para fim diverso, do acesso indevido por pessoa não autorizada e do acesso indevido para fim não autorizado.

Quanto à proteção contra a publicidade indevida, podemos referir que o conteúdo jurídico do direito fundamental em questão alcança a vedação à exposição desnecessária dos dados pessoais, sendo vedado ao indivíduo que tem acesso aos dados pessoais publicizá-los.

No tocante ao limite quanto à devassa dos dados pessoais, é perceptível que a proteção erigida na Constituição salvaguarda o indivíduo contra o acesso aos seus dados pessoais que extrapolem a necessidade do caso em concreto, não podendo

ser admitido que se devessem todos os dados de um cidadão quando a informação que se buscava já tivesse sido encontrada, bem como não se permitindo o acesso a todos os dados sobre uma pessoa, já que conhecer um indivíduo na totalidade feriria o direito fundamental à autodeterminação informativa⁵⁷, bem como a divisão informacional de poderes⁵⁸.

Igualmente, o conteúdo protegido pelo direito fundamental alcança a proteção contra o uso dos dados para fim diverso, ou seja, não se podem usar dados pessoais que foram acessados para determinado fim, posteriormente, para outra destinação que não a inicialmente prevista.

Diferentemente da proteção contra o uso para fins indevidos, há também a proteção contra o acesso para fins indevidos. Nos dois casos, há a utilização indevida dos dados pessoais, mas, no primeiro caso, o uso inicialmente era legítimo, embora tenha sido posteriormente desnaturado. Já no caso de acesso para fins indevidos, desde o primeiro momento, quando se obtêm os dados pessoais, já há a intenção de utilizá-los para fins diversos ao determinado pelo arcabouço jurídico.

⁵⁷ Decisão recente (16/02/2023) sobre a questão da impossibilidade de se conhecer o perfil completo do indivíduo foi proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão, entendendo como inconstitucionais os dispositivos de legislações do Land Hesse e do Land Hamburg. No caso, a Corte Constitucional decidiu pela impossibilidade da utilização de inteligência artificial para análise de dados no emprego de investigação policiais, dada a abrangência da geração dos resultados, o que possibilitaria ao Estado conhecer o perfil completo do cidadão, ferindo, assim, seu direito fundamental à autodeterminação informativa. Para ler mais sobre, ver: BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, *Legislation in Hesse and Hamburg regarding automated data analysis for the prevention of criminal acts is unconstitutional*, Karlsruhe, *Bundesverfassungsgericht*, 2023, disponível em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2023/bvg23-018.html?jsessionid=C9C2620D43FE67209A369646C184927C.internet0111>, acesso em 25/06/2023.

⁵⁸ Para ler mais sobre a separação informacional de poderes, ver: JÜRGEN WOLTER, *O inviolável e o intocável no direito processual penal - reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*, trad. Luís Greco, Alaor Leite e Eduardo Viana, São Paulo, Marcial Pons, p. 159 e ss., 2018.

Por fim, outro espectro do direito fundamental é a proteção contra o acesso por pessoa não autorizada, e esse ponto é mais óbvio, porque a crescente preocupação do Estado, sobretudo quando estudamos o quadro normativo que se debruça sobre a proteção dos dados pessoais, é a segurança no armazenamento, no processamento e no acesso desses dados, exatamente para que não haja vazamentos.

Ultrapassada a delimitação do direito fundamental em tela, naquilo que coincide com a proteção à intimidade e à vida privada, passemos a indicar agora aquilo em que entendemos que o direito fundamental de proteção de dados pessoais vai além do protegido no artigo 5.º, X da CRFB.

A proteção dos dados pessoais é o resguardo não apenas contra o acesso ou exposição indevidos, pois também se protegem a higidez dos dados e o direito de informação do indivíduo sobre seus próprios dados pessoais.

Assim, a proteção dada pelo artigo 5.º, LXXIX da CRFB se afasta do preconizado no art. 5º, X da Constituição, ao passo que se aproxima da proteção insculpida no artigo 5.º, LXXII da Carta Magna⁵⁹.

O inciso LXXII do artigo 5.º da CRFB traz a figura do *Habeas Data*, ação constitucional que exerce dupla função: garantir a retificação de dados e o acesso aos próprios dados, estando ao lado do *Habeas Corpus* e do Mandado de Segurança como remédios constitucionais contra violações aos direitos fundamentais.

⁵⁹ Artigo 5.º, LXXII - conceder-se-á "habeas-data": a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Assim, entendemos que o direito fundamental à proteção de dados pessoais seria então a garantia a ser, em parte, concretizada pelo remédio *Habeas Data*, que poderia ser diretamente utilizado como instrumento pelo titular do direito fundamental quando este for violado na sua dimensão de “higidez” e “acesso pelo titular”. Nesse viés, há, no direito fundamental em questão, uma dimensão jurídica que se descola, quase que por completo, da proteção erigida no artigo 5.º, X da CRFB.

Não há apenas a proteção dos dados pessoais em si, mas o “novo” direito fundamental protege ainda a correção desses dados, para que não se mantenham dados falsos, incompletos ou imprecisos sobre o titular, bem como assegura o acesso desses dados pelo cidadão que os titulariza, para que possa, inclusive, conhecer os dados que o Estado mantém sobre si.

Tendo, em linhas gerais, delineado os conceitos e limites de proteção do direito fundamental em questão, passaremos agora a discorrer sobre a sua restrição pelo esboço legislativo discutido.

3. Da limitação à proteção de dados pessoais pelo substitutivo n.º 118/2021

Inicialmente, alinhando-se à teoria anteriormente referida, devemos entender os direitos fundamentais como garantias constitucionais fortes, não podendo eles serem reduzidos à ideia vaga de princípios, pois, quando os entendemos com a tez de princípios, atribuímos-lhes uma ideia de abstração que esmaece a força normativa do direito fundamental.

Outro dogma que devemos nos alicerçar é que a “força” dos direitos fundamentais retira dos poderes públicos a possibilidade de dispor livremente desses direitos, perdendo a maioria política a última palavra sobre os direitos fundamentais. Nessa concepção reside o caráter contramajoritário desses direitos, e dela decorre a representação de direitos fundamentais como “trunfos contra a maioria”⁶⁰.

A ideia de direitos fundamentais enquanto trunfos não decorre da simples ideia de supremacia formal constitucional⁶¹, pois mesmo direitos fundamentais não contidos formalmente na Constituição possuem força frente à vontade da maioria. Inclusive, no caso da Constituição Brasileira, há expressa previsão para uma cláusula aberta de direitos fundamentais (artigo 5.º, §2.º da CRFB), recebendo esses direitos *status* constitucional em caso de aprovação qualificada pelo Congresso Nacional (artigo 5.º, §3.º da CRFB) ou, no mínimo, possuindo estatura supralegal nos demais casos, como entendeu o STF⁶².

Logo, os direitos fundamentais como trunfos⁶³ existem para a proteção do cidadão contra as maiorias políticas (democracia), pois, mesmo que o Poder Legislativo, através do exercício legiferante, crie lei, qualquer do povo pode questionar sua constitucionalidade perante o Poder Judiciário, podendo o ato

⁶⁰ JORGE REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais...*, p. 146.

⁶¹ JORGE REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais...*, p. 154.

⁶² Quando do julgamento do RE 466.343, que tratava da impossibilidade de prisão civil do depositário infiel, ante a adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica, entendeu o STF que não haveria base legal para aplicação da parte final do artigo 5.º, LXVII, da CRFB, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel, estando a legislação infraconstitucional “paralisada” pela adesão ao tratado internacional, tendo este acordo *status* supralegal.

⁶³ JORGE REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais...*, p. 9.

legislativo ser declarado inconstitucional. Assim, passam os tribunais constitucionais a ter a última palavra sobre a (in)constitucionalidade da lei.

Dessa forma, a tarefa de restringir um direito fundamental, de logo, não pode se submeter ao argumento da maioria ou de um programa de governo, pois tais elementos claramente são justificativas ilegítimas e não capazes de fazer ceder a força dos direitos fundamentais, cabendo ao legislador ordinário demonstrar fundamentos outros (dos quais adiante trataremos) para que possa, de forma legítima, restringir garantias fundamentais.

A Constituição consagra um governo democrático e representativo eleito pelo voto (artigo 1.º, parágrafo único da CRFB)⁶⁴, ao passo que torna os Poderes eleitos subordinados e vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, III da CRFB)⁶⁵, sendo os direitos fundamentais seus corolários, de forma que a vontade da maioria já se encontra autolimitada pela observância aos direitos fundamentais tal qual determinado pela Constituição Federal⁶⁶.

Assim, é evidente que o Projeto de Lei n.º 118/2021, obra do legislador ordinário e, portanto, expressão da vontade da maioria (democracia), pretende restringir o direito fundamental (Estado de Direito) de proteção dos dados pessoais (artigo 5.º, LXXIX da CRFB).

⁶⁴ Artigo 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁶⁵ Artigo 1.º (...) III - a dignidade da pessoa humana.

⁶⁶ Essa subordinação aos direitos fundamentais pelos Poderes instituídos fica evidenciada também no já referido artigo 60, §4.º, IV da CRFB, pois se não pode o próprio Poder Constituinte emendar a Constituição com proposições tendentes a abolir os Direitos Fundamentais, tampouco poderia o legislador ordinário.

Desta feita, é imperativo que a referida restrição de direitos fundamentais, executada por ato infraconstitucional, passe pelo crivo da própria delimitação material constitucional que erige os direitos fundamentais como trunfos.

3.1 Alcance legal em matéria de dados: sobre que espécie de dados atua o Substitutivo n.º 118/2021

O PL, em seu artigo 1.º, já delimita o alcance e tipo de dados que serão objeto de acesso pelas autoridades policiais e Ministério Público, determinando que serão disponibilizados os “sinais, informações e outros dados que permitam a localização do dispositivo”⁶⁷.

No §1.º do referido artigo 1.º, detalha-se o que seria cada uma das espécies de dados enumeradas no *caput*, referindo que sinal seria o

posicionamento da estação rádio-base, setorização e intensidade da radiofrequência utilizada pelas empresas concessionárias prestadoras de serviço de telecomunicações ou telemática nas redes 2G, 3G, 4G e 5G, inclusive nos casos de *handover*⁶⁸ de chamadas.

O texto continua explicando que “informação” é o conjunto de parâmetros associados aos dispositivos dotados de função de telefonia celular, tais como *International Mobile Subscriber identity* –

⁶⁷ Artigo 1.º. Nas hipóteses de repressão aos crimes de tentativa de suicídio, de extorsão com restrição da liberdade e de extorsão mediante sequestro, além da hipótese de desaparecimento de pessoa, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderá requisitar às empresas concessionárias prestadoras de serviço de telecomunicações ou telemática que disponibilizem os sinais, informações e outros dados que permitam a localização de dispositivo objeto dos delitos em curso ou com eles relacionados.

⁶⁸ A palavra *handover* tem como uma das traduções possíveis para o português a palavra “transferência”. No contexto de chamadas telefônicas, *handover* diz respeito à troca de ERB realizada de forma automática, sempre que o sistema percebe que há uma degradação entre a troca de dados (entre o dispositivo móvel e a ERB) transferindo a ligação de uma ERB para outra.

IMSI⁶⁹, *International Mobile Equipment Identity* – IMEI⁷⁰, *Mobile Country Code* – MCC⁷¹, *Mobile Network Code*⁷², *Location Area Code* – LAC⁷³ e *Cell ID* – CID⁷⁴ e parâmetros congêneres.

Por fim, explicita-se que outros dados que permitam a localização do dispositivo são “o extrato de utilização do terminal-alvo com dados completos das chamadas telefônicas, englobando data, hora, duração, estação rádio-base (ERB), número de origem e número de destino”.

Passemos agora a explicar cada um dos tipos de dado contidos em cada inciso do referido artigo do projeto de lei, enquadrando-os na tipologia já referida neste relatório.

Quanto ao conceito de “sinal”, podemos dizer que é a informação emitida pelo dispositivo eletrônico e captada pela estação de rádio base (ERB), que, nesse processo de captação, mede a força do sinal emitido pelo aparelho, que é a

⁶⁹ *International Mobile Subscriber identity* (IMSI), em português, Identidade Internacional do Assinante de Celular, é um número formado por 15 dígitos, utilizado como uma identidade internacional da linha telefônica, sendo formado pela junção do código do país, operadora e número da linha de acordo com o SIM card.

⁷⁰ IMEI é a sigla em inglês para *International Mobile Equipment Identity*; em português, é a Identidade Internacional de Equipamento Móvel, sendo um código único de identificação do aparelho celular, funcionando como uma espécie de digital do equipamento.

⁷¹ *Mobile Country Code* (MCC), em português, Código do País, é um código formado por 3 dígitos que é utilizado para identificar redes GSM.

⁷² O *Mobile Network Code* (MNC), em português, Código da Operadora de Dados Móveis, identifica qual a operadora de banda larga através de um código global. Quando utilizamos o MCC combinado com o MNC, numa dupla MCC/MNC, podemos determinar uma identidade de rede doméstica, denominada, em inglês, *Home Network Identity* (HNI).

⁷³ *Location Area Code* (LAC), ou, em português, Código de Localização por Área, consiste em um código de localização que possibilita a identificação da área de transmissão dos dados, sendo formado pela junção do Identificador de Área Local (LAI), que, por sua vez, inclui o Código de País (MCC) e o Código da Rede Móvel (MNC).

⁷⁴ *CELL ID* (CID), ou Identificação da Célula em português, seria a numeração única que possibilita a identificação da ERB.

intensidade; a posição do sinal, que é a sua setorização; e tudo em relação a sua própria posição.

Esse sinal é um dado de geolocalização, pois permite a localização do dispositivo eletrónico, sendo também um dado pessoal, pois se relaciona a uma pessoa identificada ou identificável, claramente a(s) vítima(s) e o(s) criminoso(s) dos delitos tratados no projeto de lei. No entanto, certamente não se trata de comunicação de dados, pois não há referência acerca do conteúdo de qualquer conversa, podendo, obviamente, os dados de geolocalização serem metadados relacionados à comunicação de dados ou comunicação telefónica⁷⁵.

Em relação às informações tratadas no inciso II do mencionado dispositivo, podemos esclarecer que o conjunto de parâmetros associados aos dispositivos dotados de função de telefonia celular são codificações alfanuméricas que possibilitam a identificação dos dispositivos eletrónicos, ou seja, são como identidades que determinam a qual aparelho eletrónico se está referindo. Esses dados podem ser considerados dados pessoais, já que, através da definição do aparelho eletrónico, podemos chegar à identificação de seu proprietário ou possuidor.

No tocante ao inciso III do artigo 1.º do PL que traz a possibilidade de acesso a dados completos das chamadas telefónicas, tais como data, hora, duração,

⁷⁵ É perfeitamente possível que os dados de geolocalização sejam informações oriundas de dados de acesso e registo de conexão na internet, sendo, especificamente nesse caso, vetado o seu acesso sem determinação judicial, por força do contido no Marco Civil da Internet. Essa é uma exceção à permissão dada no projeto de lei em questão, não sendo essa questão uma discussão de ordem constitucional, mas infraconstitucional, de forma que, no máximo, poderia abranger uma discussão quanto à constitucionalidade da outra norma (Marco Civil da Internet) e, por isso, não exploraremos esse ponto.

estação rádio-base, número de origem e número de destino, podemos afirmar que claramente são metadados, pois são dados que se relacionam à comunicação telefônica, mas que com essa não se confundem.

São também dados pessoais, pois, assim como os dados dos demais incisos, se relacionam à pessoa natural identificada ou identificável.

Assim, estando superada a questão sobre qual tipo de dado seria atingido pelo projeto de lei, ficando claro que o esboço legislativo trata do acesso a dados pessoais, sendo uma restrição à proteção desse tipo de dado, passaremos a tratar

adiante sobre as justificativas para uma limitação ao direito fundamental garantidor dos dados pessoais^{76,77,78,79,80}.

⁷⁶ Apesar de termos apontado apenas para limitação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais (artigo 5.º, LXXIX da CRFB), é natural que sejam suscitadas dúvidas sobre uma eventual limitação do direito fundamental de sigilo de comunicações de dados (artigo 5.º, XII da CRFB) pelo substitutivo em questão, que determina o seguinte: Artigo 5.º, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Ocorre que, o debate de feições constitucionais não existe, pois, a hipotética limitação ao artigo 5.º, XII da CRFB é aparente pois como dito o esboço legislativo em questão trata de dados pessoais, mas não da comunicação de dados, havendo inclusive no projeto legislativo claro rechaço ao acesso à dados de comunicação.

⁷⁷ O próprio projeto de lei em seu artigo 1.º, § 2.º, I rechaça a possibilidade de acesso a comunicação de dados. Artigo 1.º (...) §2.º (...) I – não deve permitir acesso ao conteúdo da comunicação de qualquer natureza, que dependerá de autorização judicial, tampouco possibilitar o envio de matérias sujeitas à reserva de jurisdição, conforme disposto nas leis de regência.

⁷⁸ Referida questão, inclusive, acerca do alcance da expressão “de dados” contida no artigo 5.º, XII da CRFB foi objeto de análise pelo plenário do STF em sede de Recurso Extraordinário (RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), em que a Corte Constitucional afirmou que “a proteção a que se refere o artigo 5.º, XII, da Constituição, é da comunicação ‘de dados’ e não dos ‘dados em si mesmos’”.

⁷⁹ Ainda sobre o alcance da expressão “de dados”, para além da posição firmada pelo STF, há doutrinadores que discutem a real intenção do legislador constitucional ordinário, existindo debates sobre os limites da proteção desse dispositivo constitucional, se seria apenas “os dados em si” ou “a comunicação dos dados”, bem como se haveria um sigilo absoluto sobre “os dados”, pois alguns defendem que o artigo em questão apenas permitiu o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas. Para ler mais sobre os limites de proteção do artigo 5.º, XII da CRFB. Para saber mais, ver: LUIZ VIEIRA, Sigilo de dados: a sessão que modificou o bem jurídico original, *Revista Jus Navigandi*, n.p., 2020, disponível em <https://jus.com.br/artigos/63973>, acesso em 02/02/2023.

⁸⁰ Quanto à normatização infraconstitucional sobre o acesso a comunicação de dados podemos mencionar o Marco Civil da Internet que disciplina o levantamento do referido sigilo apenas mediante ordem judicial, no artigo 10, §2.º, bem como a Lei de Interceptação de Comunicações Telefônicas, Telemáticas e Informáticas (Lei n.º 9.296/96), que igualmente prevê a reserva judicial para levantamento do sigilo do conteúdo das comunicações.

3.2 Justificativas para uma restrição ao direito fundamental à proteção de dados pessoais

Para tanto, iremos trilhar o caminho para verificar se o legislador, em seu mister legiferante, conseguiu justificar a limitação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais, com vistas a salvaguardar outros direitos fundamentais, tendo como exemplo mais evidente o direito fundamental a liberdade (artigo 5.º, *caput* da CRFB)⁸¹.

É inequívoco que o esboço legislativo n.º 118/2021 pretende restringir o direito fundamental de proteção de dados pessoais, pois permite o acesso desses dados, mais especificamente aos dados de geolocalização, por autoridades persecutórias.

Logo de início, como já dito, não se trata de direito fundamental absoluto, existindo a possibilidade de limitação conforme a previsão do próprio dispositivo em questão.

Acontece que os contornos para um limite desse direito fundamental, mesmo quando levamos em consideração a delimitação do conteúdo jurídico já realizada, necessitariam de mais um passo: aplicar a “reserva geral imanente de ponderação”.

Explicando em outras palavras, devemos combinar a ideia do direito fundamental enquanto trunfo com a possibilidade de este ceder frente a outros bens

⁸¹ Artigo 5.º - 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.

de maior peso, podendo essa limitação ser expressa ou implícita, o que entendemos por ser a reserva geral imanente de ponderação⁸².

Assim, no Estado de Direito, quem primeiro opera as limitações dos direitos fundamentais é o legislador ordinário, posto haver o princípio de reserva legal (artigo 5.º, II da CRFB)⁸³, podendo essa restrição ser uma concessão expressa na própria Carta Magna por antecipação ou no silêncio da Constituição, do Poder Legislativo de hipóteses de conflitos ou colisões que possam vir a ocorrer entre os direitos fundamentais, ou ainda, entre esses direitos e outros bens⁸⁴.

No caso em tela, mesmo após estruturarmos o quadro que delimita o que é protegido pelo direito fundamental de proteção de dados pessoais (intimidade, vida privada, imagem, honra, informação sobre os próprios dados, higidez dos dados pessoais etc.) e após afastarmos os casos de “otimização” absurda (anonimato para cometer crimes etc.), restam dúvidas sobre quando seria legítima a limitação desse direito fundamental.

Igualmente, mesmo depois de ter demonstrado que o PL não ultrapassou os limites nucleares do conteúdo jurídico do direito fundamental de proteção de dados fundamentais, tendo respeitado os aspectos que formam o âmago da garantia, ainda pululam dúvidas sobre em quais situações seria legítima a restrição.

Pensemos no seguinte exemplo: a obtenção de dados de geolocalização, sem ordem judicial, de um indivíduo que tenha praticado um estelionato, em um

⁸² JORGE REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais...*, 163.

⁸³ Artigo 5.º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

⁸⁴ JORGE REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais...*, p. 198.

caso em que não há perigo de vida ou restrição/privação de liberdade para qualquer vítima.

No caso acima, qual bem estaria sendo protegido para fazer ceder a proteção aos dados pessoais? O patrimônio do lesado? Esse bem teria peso suficiente para fazer ceder a garantia fundamental em questão?

Entendemos que não, ao menos, não nos moldes do contido no PL em questão, pois não se está, por óbvio, argumentando que no caso delineado não seria possível a obtenção do dado, mas pensando no desenho legislativo em tela, a obtenção do dado de geolocalização se dá diretamente pelas autoridades persecutórias sem ordem judicial, o que seria justificado para um caso de urgência, em que a vida ou a liberdade da vítima estivessem em jogo, e nos parece que estelionato não se enquadra ao caso.

Como assevera o Prof. Dr. Jorge Reis, a justificativa para restrição de garantias fundamentais deve fundamentar-se na proteção de direitos ou bens “vitais consensualmente reconhecidas numa sociedade democrática”⁸⁵.

Para tanto, precisamos entender qual a intenção do legislador ordinário quando preconizou uma restrição a um direito fundamental. Qual bem no ideário do poder legiferante teve peso suficiente para fazer ceder uma garantia fundamental, ainda mais uma prevista formalmente?

⁸⁵JORGE REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais...*, p. 236.

No esboço legal ora analisado, fica claro que a opção do legislador foi a de proteger a liberdade da vítima, pois alçou figuras penais que protegem o direito “de ir e vir”.

No caso específico do PL n.º 118/2021, é evidente que o direito fundamental à proteção de dados pessoais (artigo 5.º, LXXIX da CRFB) cede, por opção do legislador, para proteção de direitos fundamentais como vida, segurança e sobretudo a liberdade, todos positivados no artigo 5.º, *caput* da CRFB⁸⁶.

A ponderação realizada pelo legislador sopesou que a proteção dos dados pessoais, como os de geolocalização, deveria ser restringida para que fossem promovidos outros direitos fundamentais de maior peso nos casos em que há pessoas com sua liberdade ilegalmente restringida.

Em outras palavras, no caso em tela, o Estado cede a obrigação de respeitar o direito fundamental à proteção dos dados pessoais dos envolvidos, podendo acessar os dados de geolocalização e demais da vítima e dos suspeitos, para proteger o direito à vida, à segurança e, sobretudo, à liberdade da ameaça de um particular contra um cidadão.

Essa possibilidade de ponderação dos direitos fundamentais feita pelo legislador ordinário no PL em questão advém da visão sistêmica que devemos guardar dos direitos fundamentais, devendo estes serem visualizados no todo. Destaca-se que há uma reserva imanente de ponderação que, em que pese estarem os direitos fundamentais plasmados na Constituição Federal, permite que essas

⁸⁶ Artigo 5.º 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 [...].

garantias cedam frente a outro bem ou direito de peso maior, ocorrendo, dessa forma, não uma limitação ilegítima, mas uma restrição necessária para que se possam salvaguardar “os direitos, bens, princípios ou interesses de sentido contrário que sejam igualmente dignos de proteção jurídica”⁸⁷.

3.3 Limite dos limites: o princípio estruturante da proibição do excesso como limitador às restrições do Substitutivo n.º 118/2021

Como debatido, são os direitos fundamentais trunfos contra a maioria, por estarem elencados na Carta Magna, tendo sido uma escolha do Poder Constituinte, esta seria uma das razões: a formal.

A segunda razão reside no fato de todos os direitos fundamentais estarem assentados no princípio da dignidade da pessoa humana, que é, em última análise, um direito supremo que alicerça o Estado de Direito.

A centralidade da dignidade da pessoa humana surge nas constituições dos diversos Estados de Direito como resposta às tragédias das duas guerras mundiais, numa evidente marcação de posição de proteção do indivíduo contra decisões democráticas que possam violar seus direitos fundamentais.

Em vez de termos um Estado que possuía destinação outra como pregado pelos extremos nacionalismos, o constitucionalismo pós II Guerra passou a estabelecer que “a pessoa é o centro, o fim; o Estado e os poderes públicos são instrumentais”⁸⁸.

⁸⁷ JORGE REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais...*, p. 199.

⁸⁸ JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado...*, p. 13.

Por exemplo, na Constituição Federal do Brasil, está prevista a dignidade da pessoa humana no Título I, que trata dos princípios fundamentais, como um dos fundamentos do Estado de Direito⁸⁹.

A importância da dignidade⁹⁰ da pessoa humana torna-a lastro para os demais direitos fundamentais, em que pese os próprios já serem garantias das liberdades individuais, ao passo que coloca esse princípio numa posição de inegociável, não podendo ser confundido com os demais direitos fundamentais nem estando, portanto, sob o pálio da ponderação, pois, do contrário, poderia a sua relevância jurídica máxima ser desnaturada.

Uma grande dificuldade na densificação da dignidade da pessoa humana encontra-se no fato de esta ser determinada a partir do paradigma de que corresponde – ou se identifica – ao valor do próprio ser humano, o que, apesar de não ser uma inverdade, contribui para uma dificuldade na definição de contornos jurídicos normativos da própria dignidade da pessoa humana⁹¹.

Apesar do referido, a dignidade da pessoa humana deve ser entendida como norma cogente, afastando-se os argumentos que tentam empregar uma tez de

⁸⁹ Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

⁹⁰ Em sentido oposto, entende o Daniel Sarmento pela relativização da Dignidade da Pessoa Humana nos casos de decretação de novas prisões, bem como na manutenção dos presos em condições degradantes, mesmo tendo sido decretado pelo STF “estado de coisa inconstitucional” dos presídios brasileiros, cf. DANIEL SARMENTO, *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*, Belo Horizonte, Fórum, 2016, p. 97.

⁹¹ INGO W. SARLET, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 22.

abstração exagerada, de valor extremamente esmaecido e de princípio de difícil compreensão⁹².

Além do mais, a partir da dignidade da pessoa humana surgem outros princípios, que também estruturam o Estado de Direito, que auxiliam na lógica e consciente tomada de decisão quando da ponderação dos direitos fundamentais. Dentre esses outros princípios, importa referir a proibição do excesso, por ser, no caso em tela, o que porventura poderia vir a ser violado pelo PL em comento.

Assim, após superadas as fases anteriores de teste de legitimidade da restrição de direito fundamental por ato infraconstitucional, chegamos ao momento derradeiro de verificar se a medida limitadora é constitucional frente ao princípio estruturante a proibição do excesso, que servirá como um limite “aos limites dos direitos fundamentais”^{93,94}.

O princípio da proibição do excesso, em linhas gerais, guarda a ideia de que não pode haver uma restrição aos direitos do indivíduo de forma gratuita ou

⁹² RIZZATTO NUNEZ, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – doutrina e jurisprudência*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 51.

⁹³ JORGE REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais...*, p. 249.

⁹⁴ JORGE REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais...*, p. 248.

excessiva, bem como de que as limitações impostas a estes direitos fundamentais devem ser proporcionais, necessárias e aptas^{95,96}.

Referido princípio, também chamado de princípio da proporcionalidade *lato sensu*, não está previsto de forma literal na Constituição brasileira, como ocorre em outros países como Portugal⁹⁷, mas, por óbvio, isso não impede a sua aplicação para filtragem de inconstitucionalidades no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, a pergunta que devemos fazer quando nos deparamos com o esboço legislativo em questão, para verificarmos se há (ou não) violação ao primado da proibição do excesso, é: haveria outro modo tão eficiente e eficaz, que fosse ao mesmo tempo, menos gravoso para o indivíduo que terá seu direito fundamental à proteção de dados pessoais restringido, de se encontrar a vítima que está com sua liberdade de locomoção cerceada?

No nosso entender, de logo, não haveria outra forma de localizar a vítima de restrição/privação de liberdade ilícita, em tempo hábil (eficiência e eficácia), com medida que seja ao mesmo passo, menos gravosa ao detentor da garantia fundamental de proteção aos dados pessoais, trazendo a proposta legislativa meio apto, necessário e proporcional.

⁹⁵ Adotamos aqui a nomenclatura “aptidão” para o primeiro dos subprincípios da Proibição do Excesso, apesar do termo mais utilizado ser “adequação”, pois houve uma inadequada tradução do termo originário (*Geeignetheit*) trazido do alemão para o português, sendo o mais correto “aptidão” e não “adequação”, já que estas palavras têm significados distintos no português, constituindo-se a sua adequação atrelada a um cunho axiológico e valorativo do ato. Em outras palavras, um ato apto será aquele capaz de atingir o fim, mas não necessariamente será também adequado, já que para ser adequado deve ser valorado como um meio apropriado, conveniente, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado...*, p.15.

⁹⁶ JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado...*, p. 15.

⁹⁷ O princípio da vedação ao excesso está previsto no artigo 18, n.º 2 da Constituição Portuguesa.

Porém, para melhor explicar nosso posicionamento, é necessário um maior detalhamento, expondo cada um dos desdobramentos do princípio da proibição do excesso, quais sejam a aptidão, necessidade e proporcionalidade, bem como realizando o cotejo de cada subprincípio ao conteúdo limitador do esboço legislativo.

Quanto à aptidão, podemos dizer que uma restrição a um direito fundamental é uma limitação apta sempre que possa realizar o fim para o qual foi preconizada.

No caso em concreto, não há maiores dificuldade de se enxergar que o acesso aos dados pessoais, sobretudo os dados de geolocalização se dará com o fim de localizar a vítima que se encontra com sua liberdade ilegalmente cerceada, sendo lógico um meio apto para esse fim.

Em relação à necessidade da limitação, podemos afirmar que ela é necessária sempre que possa através de meios menos gravosos, atingir a finalidade com o mesmo grau de eficácia e de aptidão que a medida que estaria sendo utilizada como parâmetro de comparação.

Assim, ainda que haja medidas menos restritivas ao direito fundamental à proteção de dados pessoais, que resultariam na possibilidade de se encontrar uma vítima de sequestro, por exemplo, dificilmente alguém conseguiria indicar um método tão eficaz de se encontrar uma pessoa que corre restrição de sua liberdade de locomoção e risco de morte quanto a localização através do georeferenciamento.

Por este motivo, em que pese a evidente existência de outros meios possíveis para obtenção do resultado útil, que seriam menos gravosos ao direito fundamental restringido, tais como a busca por filmagens de câmeras de segurança

ou depoimento de testemunhas, não teríamos a mesma eficiência, pois o tempo gasto para se encontrarem os envolvidos seria imensamente maior, o que acarretaria numa imposição de risco aumentado à vítima e, por consequência, uma afetação maior aos seus direitos fundamentais à vida e à liberdade.

Do contrário, caso fosse possível provar que haveria outro meio menos gravoso e, ao mesmo tempo, igualmente (ou mais) eficaz, estaríamos diante da inconstitucionalidade do projeto legislativo em questão por violação ao princípio da proibição do excesso, em seu subprincípio da necessidade, o que não nos parece ser o caso⁹⁸.

O caso acima delineado – de menor afetação e igual eficácia – é provavelmente um caso de fácil resolução. Porém, ocorre que, na maioria das vezes, estaremos diante de casos difíceis, em que há diferentes gradações de afetação ao direito fundamental e variáveis níveis de eficácia. Nesses casos, qual a seria a melhor solução? Sempre escolher o meio mais eficaz? Ou devemos sempre entender pelo caminho da menor afetação?

Assim, podemos concluir que o subprincípio da necessidade se aplica às comparações equivalentes, não servindo para resolver os casos onde se apresentam diferentes graus de eficácia e afetação, o que então nos remeteria à aplicação do último subprincípio: a proporcionalidade *stricto sensu*⁹⁹.

No tangente à proporcionalidade de restrições aos direitos fundamentais podemos indicar que este subprincípio trata de uma ponderação entre os sacrifícios

⁹⁸ JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado...*, p. 115.

⁹⁹ JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado...*, p. 120.

que serão realizados e os benefícios que se pretende obter, em outras palavras será uma comparação entre os meios e os fins.

No caso do Projeto de Lei em questão, em linhas gerais, quando aplicamos o subprincípio da proporcionalidade, devemos ponderar se os benefícios a serem alcançados com a aplicação da lei valem o sacrifício que será imposto com a restrição¹⁰⁰, ou seja, libertar a vítima que está com sua liberdade privada (benefício) é relevante o suficiente a ponto de justificar o sacrifício da proteção dos dados pessoais dos envolvidos.

Assim, podemos perceber que, o projeto de lei em questão não pode ser tido como inconstitucional no tocante à inobservância do princípio estruturante de vedação ao excesso, tendo planamente atendido as exigências contidas nos subprincípios acima delineados.

4. Conclusões

Como visto, a possibilidade de cedência dos direitos fundamentais é algo necessário à própria manutenção das garantias fundamentais, que precisam ser excepcionados, inclusive, frente a outros direitos fundamentais.

Manter a concepção de direitos absolutos¹⁰¹ engessaria os sistemas constitucionais e acarretaria na impossibilidade da resolução de casos concretos que naturalmente surgem no curso do tempo e que não eram previstos à época das promulgações das constituições.

¹⁰⁰JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado...*, p. 124.

¹⁰¹Podendo existir direitos fundamentais absolutos como já referidos nas notas de rodapé 3 e 4.

Quanto ao direito fundamental à proteção de dados pessoais, escopo do presente trabalho, ainda que pese a sua recentidade – ao menos do ponto de vista da previsão literal, pois introduzido pela EC n.º 115/2022 – esta garantia fundamental não pode ser encarada como absoluta, inclusive, porque sua limitação está prevista no próprio texto constitucional.

Com o advento do PL n.º 118/2021, que, caso aprovado, acarretará uma limitação ao direito fundamental, surge a questão sobre se as restrições impostas pelo esboço legislativo seriam constitucionais.

Dentre as diversas ideias sobre a verificação da constitucionalidade de uma limitação aos direitos fundamentais, no nosso entender, a que melhor traduz solução com parâmetros e procedimentos objetivos, afastando, no possível, subjetivismos e casuísmos é a teoria de controle de constitucionalidade do Prof. Dr. Jorge Reis Novais, que interpreta os direitos fundamentais como “trunfos contra a maioria dotados de uma reserva geral de imanência de ponderação”¹⁰².

Após aplicação da teoria supracitada, de logo, pode-se concluir que o PL indicado não é inconstitucional – reservando-se essa afirmação à análise material do projeto, bem como aos pontos delimitados na introdução do relatório – havendo outras perspectivas formais e materiais que não foram aqui abordadas.

Porém, no tocante ao visitado neste trabalho, foi possível verificar, e, portanto, pode-se afirmar que o PL n.º 118/2021, em que pesa a evidente afetação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais, não sucumbiu à inconstitucionalidade, pois restringiu a garantia constitucional para consecução e

¹⁰²JORGE REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais...*, p. 143.

proteção de outros direitos fundamentais tais como o direito a liberdade e a vida, sendo a limitação plenamente justificável.

Não apenas isso, podemos entender que o PL em tela respeitou ainda o princípio da proibição do excesso, pois, além de ser medida efetiva, não afetou de forma descomedida o direito fundamental restringido, sendo, no nosso entender, a ação mais eficaz e hábil para consecução do fim esperado, o que torna plenamente justificável e proporcional o sacrifício do sigilo de dados pessoais para salvaguarda do direito à liberdade e vida.

Por fim, em havendo possibilidade de limitação do direito fundamental, posto não estarmos diante de um direito absoluto; em tendo as justificativas para restrição sido plausíveis; ante o evidente peso do bem a ser protegido pela restrição infraconstitucional; bem como tendo as limitações observados os limites impostos pelo princípio da proibição de excesso, no cotejo realizado através dos subprincípios da aptidão, necessidade e proporcionalidade, não nos resta dúvidas que o PL n.º 118/2021 é constitucional.

Bibliografia

Blevins, John. *The use and abuse of “light-touch” internet regulation*, Boston University, 2019, disponível em <https://www.bu.edu/bulawreview/files/2019/01/BLEVINS.pdf>, acesso em 12/01/2023.

Bobbio, Norberto, *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.

Bundesverfassungsgericht, *Legislation in Hesse and Hamburg regarding automated data analysis for the prevention of criminal acts is unconstitutional*, Karlsruhe, Bundesverfassungsgericht, 2023, disponível em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2023/bvg23-018.html;jsessionid=C9C2620D43FE67209A369646C184927C.internet011>, acesso em 25/06/2023.

Espíndola, Antonia, Klee, Longoni, Magalhães, Guilherme, *A privacidade, a proteção dos dados e dos registos pessoais e a liberdade de expressão: algumas reflexões sobre o Marco Civil da Internet no Brasil (Lei n.º 12.965/2014)*, in Newton de Lucca, Adalberto Simão Filho, Cíntia Rosa Pereira de Lima (Coords.), *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/2014)*, São Paulo, Quartier Latin, 2015.

Farinho, Domingos Soares. Os Direitos Humanos no Regulamento Serviços Digitais (Digital Services Act) da União Europeia, in Maria Luísa Duarte, Ana Rita Gil, Tiago Fidalgo de Freitas (Org.), *Direitos Humanos e Estado de Direito: Proteção no Quadro Europeu e Internacional*, Lisboa, AAFDL, 2022.

Faleiros Júnior, José Luiz de Moura, Longhi, João Victor Rozatti e Martins, Guilherme Magalhães, Porta lógica, IP e os registos de acesso a aplicações da Internet: Uma leitura ampliada do art. 5.º, VIII do Marco Civil da Internet, *JOTA*, 2019, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/porta-logica-ip-e-os-registros-de-acesso-a-aplicacoes-da-internet-26122019>, acesso em 09/02/2023.

Haikal, V. A. Da significação jurídica dos conceitos integrantes do art. 5.º: internet, terminal, administrador de sistema autónomo, endereço internet protocol-IP específicos e o respetivo sistema autónomo de roteamento, devidamente cadastrado no ente nacional responsável pelo registo e distribuição de endereço IP; conexão à internet; registo de conexão; aplicações de internet; e registos de acesso a aplicações de internet, in George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (Orgs.), *Marco Civil da Internet*, 1.ª ed., São Paulo, Atlas, 2014.

Hendrick, Charles L, Introduction to the Internet Protocols, *Institute for Astronomy – University of Hawaii*, 1987, disponível em https://home.ifa.hawaii.edu/users/gmm/intro_ip/, acesso em 30/04/2023.

Novais, Jorge Reis, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, 2.ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2022.

Novais, Jorge Reis, *Limites dos Direitos Fundamentais – Fundamento, Justificação e Controlo*, 2.ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2021.

Novais, Jorge Reis, *Direitos fundamentais nas relações entre particulares – do dever de proteção à proibição do défice*, Coimbra, Edições Almedina, 2019.

Nunez, Rizzatto, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – doutrina e jurisprudência*, São Paulo, Saraiva, 2002.

Sarlet, Ingo W, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9.ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011.

United Kingdom Government, Communications and telecoms, ISPs launch open internet code of practice - Comms Minister says agreement is “great news for consumers”, Reino Unido, *Communications and telecomms*, 2012, disponível em <https://www.gov.uk/government/news/isps-launch-open-internet-code-of-practice>, acesso em: 30/04/2023.

Vieira, Luiz, Sigilo de dados: a sessão que modificou o bem jurídico original, *Revista Jus Navigandi*, 2020, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63973>, acesso em: 02/02/2023.

Wolter, Jürgen, *O inviolável e o intocável no direito processual penal - reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*, trad. Luís Greco, Alaor Leite, Eduardo Viana, São Paulo, Marcial Pons, 2018.

HOMENAGEM

HOMENAGEM DO NÚCLEO DE ESTUDO LUSO BRASILEIRO AO PROFESSOR DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ EM SESSÃO SOLENE DO CONSELHO CIENTÍFICO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

Tribute from the Brazilian Center for Studies and Research to Professor Doctor Pedro Romano Martinez at the Solemn Session of the Scientific Council of the Faculty of Law of the University of Lisbon

Ao Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, aos membros do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro, à comunidade acadêmica, e a todos aqueles que tiveram o privilégio de conhecer e aprender com ele.

Com profundo pesar e respeito, o Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro (NELB) expressa suas mais sinceras condolências pelo falecimento do estimado Professor Doutor Pedro Romano Martinez. Sua partida deixa um vazio imenso não apenas nas salas de aula e corredores da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, mas também nos corações de todos aqueles que tiveram a honra de serem tocados por sua sabedoria, dedicação e humanidade.

Esta mensagem é um tributo à sua memória, uma tentativa de capturar a essência de sua ilustre trajetória e de reconhecer o impacto inestimável que ele deixou no mundo jurídico, particularmente nas relações entre Portugal e Brasil.

O Professor Doutor Pedro Romano Martinez não foi apenas um docente, mas um verdadeiro pilar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Sua

jornada acadêmica na instituição foi marcada por um profundo compromisso com a excelência educacional e a inovação no campo jurídico.

Lecionando disciplinas fundamentais como Introdução ao Estudo do Direito, Direito das Obrigações, Direito do Trabalho e Direito dos Seguros, ele moldou as mentes de inúmeras gerações de juristas. Sua habilidade de transmitir conhecimento complexo de maneira clara e envolvente era apenas uma das muitas facetas de sua extraordinária competência pedagógica.

Através de suas aulas, o Professor Martinez não apenas compartilhava sabedoria jurídica, mas também incutia nos alunos um senso crítico e uma compreensão profunda das nuances e responsabilidades da profissão jurídica. Seu legado acadêmico é um testemunho de sua paixão pelo ensino e pelo Direito, um legado que continuará a inspirar e orientar futuras gerações.

Além de sua notável carreira docente, o Professor Doutor Pedro Romano Martinez distinguiu-se como um prolífico autor, cujas obras jurídicas exerceram influência significativa no meio acadêmico e na prática jurídica, tanto em Portugal quanto no Brasil. Suas publicações, como "Cumprimento Defeituoso em Especial na Compra e Venda e na Empreitada" e "Lei do Contrato de Seguro Anotada", são referências essenciais no campo do Direito, demonstrando sua profundidade de conhecimento e capacidade de análise.

As contribuições de Martinez como autor não se limitaram apenas ao âmbito acadêmico; elas também proporcionaram uma visão prática e aplicável, enriquecendo a compreensão e interpretação do Direito. Seus textos, marcados pela

clareza e rigor intelectual, tornaram-se leitura obrigatória para estudantes e profissionais da área jurídica, refletindo seu compromisso em fomentar um entendimento mais profundo e acessível do Direito.

Seu legado como autor ressalta a importância da pesquisa e da inovação no Direito, contribuições que seguem influenciando e moldando o pensamento jurídico contemporâneo.

A liderança do Professor Doutor Pedro Romano Martinez enquanto Presidente do Conselho Científico, de 2008 a 2014, e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, de 2015 a 2020, e foi um período marcado por progresso e inovação. No papel de Diretor, ele não apenas administrou, mas transformou a Faculdade, reforçando sua posição como um dos mais prestigiados centros de ensino jurídico na Europa.

Sob sua direção, a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa vivenciou um período de crescimento sem precedentes, especialmente na inclusão e acolhimento de alunos internacionais. Martinez foi instrumental na ampliação das oportunidades para estudantes brasileiros, facilitando o acesso e enriquecendo o intercâmbio cultural e acadêmico entre Portugal e Brasil. Essa iniciativa não apenas fortaleceu as relações luso-brasileiras, mas também assegurou que a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa se mantivesse na vanguarda da educação jurídica global.

Como Presidente do Conselho Científico, sua visão e liderança fomentaram a pesquisa e o desenvolvimento acadêmico, elevando os padrões de excelência e

incentivando a inovação no ensino e na pesquisa jurídica. Sua gestão foi caracterizada por um compromisso inabalável com a excelência acadêmica, o que o tornou uma figura respeitada e admirada tanto por colegas quanto por alunos.

A influência de Martinez na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa deixou uma marca indelével, refletindo seu compromisso com a formação de juristas capazes e conscientes de seu papel na sociedade. Seu legado como líder acadêmico e administrativo continuará a inspirar todos aqueles que buscam a excelência no campo do Direito.

O Professor Doutor Pedro Romano Martinez, em sua jornada com o Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro, demonstrou uma dedicação incansável em fortalecer as relações jurídicas e acadêmicas entre Portugal e Brasil. Sua presença ilustre em vários eventos organizados pelo NELB foi um reflexo de seu compromisso não apenas com a partilha de conhecimento jurídico, mas também com a promoção de um diálogo enriquecedor entre as duas nações.

Em 2023, no evento sobre "Uma perspectiva luso-brasileira sobre os direitos do trabalhador expatriado", o Professor Martinez abordou as complexidades enfrentadas pelos trabalhadores expatriados, refletindo sua compreensão aprofundada das questões transnacionais no Direito do Trabalho. No Seminário "COVID-19 PANDEMIC: Labour and Employment Law Measures a Transnacional Survey", realizado em 2020, ele compartilhou sua visão especializada sobre as medidas jurídicas adotadas em resposta à pandemia, evidenciando sua habilidade em analisar e responder aos desafios jurídicos contemporâneos. Na "II Conferência Internacional sobre o Futuro do Trabalho",

também em 2020, sua participação destacou a importância de considerar o futuro do trabalho sob uma ótica jurídica, reforçando a necessidade de adaptação e inovação na legislação trabalhista.

Essas contribuições do Professor Martinez aos eventos do NELB foram fundamentais para aprofundar o entendimento das questões jurídicas que afetam tanto Portugal quanto Brasil, fortalecendo os laços acadêmicos e culturais entre as duas nações. Seu legado como promotor do intercâmbio de conhecimento e experiências entre os dois países permanecerá como uma fonte de inspiração para futuras gerações de juristas luso-brasileiros.

Em sua missão de aprofundar as relações luso-brasileiras, o Professor Doutor Pedro Romano Martinez foi um defensor incansável dos alunos internacionais, especialmente brasileiros, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Seu apoio e empenho foram decisivos na criação de um ambiente mais acolhedor e inclusivo para esses estudantes. Ele compreendeu as complexidades e desafios enfrentados pelos alunos estrangeiros e trabalhou arduamente para garantir que tivessem as mesmas oportunidades e experiências enriquecedoras que seus colegas portugueses.

Sua influência estendeu-se além da sala de aula, impactando diretamente as políticas da universidade. Em um momento crucial para os estudantes brasileiros, quando propostas de aumento significativo das propinas ameaçavam limitar o acesso ao ensino superior, o Professor Martinez interveio de forma decisiva. Com sensibilidade e um forte senso de justiça, ele liderou esforços para manter as propinas em um nível acessível, garantindo que a Faculdade de Direito da

Universidade de Lisboa continuasse a ser um destino viável e atraente para os estudantes brasileiros. Graças à sua atuação, a faculdade conseguiu manter a propina para alunos internacionais como a mais baixa da Universidade de Lisboa.

A luta pela equiparação das propinas para alunos brasileiros e portugueses ainda continua, e o legado do Professor Martinez nessa questão permanece como um farol de esperança e inspiração para continuar esse combate. Sua dedicação aos estudantes internacionais, e em particular aos brasileiros, não só fortaleceu as relações luso-brasileiras, mas também reafirmou o compromisso da educação jurídica com a inclusão, a diversidade e a igualdade de oportunidades.

Em nome de todos os membros do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro, expressamos nossa profunda gratidão e apreço pelo compromisso, dedicação e contribuições inestimáveis do Professor Doutor Pedro Romano Martinez ao campo do Direito. Sua vida foi um exemplo de paixão pelo ensino, justiça e busca incansável pelo conhecimento. Suas realizações e o legado deixado no ensino jurídico e nas relações luso-brasileiras continuarão a inspirar e orientar muitas gerações futuras.

Neste momento de luto, estendemos nossas mais sinceras condolências à família, amigos e colegas do Professor Martinez. A perda de uma figura tão emblemática e querida é profundamente sentida por todos nós que tivemos a honra e o privilégio de conhecê-lo e aprender com ele.

Encerramos esta mensagem reiterando nosso mais profundo respeito e admiração pelo Professor Martinez. Sua memória e ensinamentos permanecerão

vivos nos corações e mentes de todos que fazem parte da comunidade jurídica luso-brasileira. Que seu exemplo continue a nos guiar e a iluminar o caminho daqueles que seguem na jornada do Direito.

Com respeito e saudade,

Dr. André Brito
Presidente do NELB

Dr. Cláudio Cardona
Presidente do Conselho de Presidentes

Dr. Jeferson Nicolau
Presidente do Conselho Fiscal

Sra. Leandra Freitas
Presidente da Assembleia Geral

To the Scientific Council of the Faculty of Law of the University of Lisbon, the members of the Brazilian Center for Studies and Research (NELB), the academic community, and all those who had the privilege of knowing and learning from him.

With deep sorrow and respect, the Brazilian Center for Studies and Research (NELB) expresses its most sincere condolences on the passing of the esteemed Professor Doctor Pedro Romano Martinez. His departure leaves an immense void not only in the classrooms and corridors of the Faculty of Law of the University of Lisbon but also in the hearts of all those who had the honor of being touched by his wisdom, dedication, and humanity.

This message is a tribute to his memory, an attempt to capture the essence of his illustrious journey, and to acknowledge the immeasurable impact he had on the legal world, particularly in the relations between Portugal and Brazil.

Professor Doctor Pedro Romano Martinez was not just an educator but a true pillar at the Faculty of Law of the University of Lisbon. His academic journey at the institution was marked by a profound commitment to educational excellence and innovation in the legal field.

Teaching fundamental subjects such as Introduction to the Study of Law, Law of Obligations, Labor Law, and Insurance Law, he shaped the minds of countless generations of jurists. His ability to convey complex knowledge in a clear and engaging manner was just one of the many facets of his extraordinary pedagogical competence.

Through his classes, Professor Martinez not only shared legal wisdom but also instilled in students a critical sense and a deep understanding of the nuances and responsibilities of the legal profession. His academic legacy is a testament to his passion for teaching and the law, a legacy that will continue to inspire and guide future generations.

In addition to his remarkable teaching career, Professor Doctor Pedro Romano Martinez distinguished himself as a prolific author, whose legal works exerted significant influence in the academic and legal practice, both in Portugal and Brazil. His publications, such as "Defective Performance, Especially in Purchase and Sale and Contracting" and "Annotated Insurance Contract Law," are essential references in the field of law, demonstrating his depth of knowledge and analytical ability.

Martinez's contributions as an author were not limited to the academic realm; they also provided practical and applicable insights, enriching the understanding and interpretation of the law. His texts, characterized by clarity and intellectual rigor, became mandatory reading for students and professionals in the legal field, reflecting his commitment to fostering a deeper and more accessible understanding of the law.

His legacy as an author highlights the importance of research and innovation in the law, contributions that continue to influence and shape contemporary legal thinking.

Professor Doctor Pedro Romano Martinez's leadership as President of the Scientific Council from 2008 to 2014 and Director of the Faculty of Law

of the University of Lisbon from 2015 to 2020 was a period marked by progress and innovation. In the role of Director, he not only managed but transformed the Faculty, strengthening its position as one of the most prestigious centers of legal education in Europe.

Under his leadership, the Faculty of Law of the University of Lisbon experienced unprecedented growth, especially in the inclusion and accommodation of international students. Martinez played a key role in expanding opportunities for Brazilian students, facilitating access and enriching the cultural and academic exchange between Portugal and Brazil. This initiative not only strengthened Luso-Brazilian relations but also ensured that the Faculty of Law of the University of Lisbon remained at the forefront of global legal education.

As President of the Scientific Council, his vision and leadership fostered research and academic development, raising standards of excellence and encouraging innovation in legal education and research. His management was characterized by an unwavering commitment to academic excellence, making him a respected and admired figure by both colleagues and students.

Martinez's influence at the Faculty of Law of the University of Lisbon left an indelible mark, reflecting his commitment to training capable jurists who are aware of their role in society. His legacy as an academic and administrative leader will continue to inspire all those who seek excellence in the field of law.

Professor Doctor Pedro Romano Martinez, in his journey with the Brazilian Center for Studies and Research (NELB), demonstrated tireless dedication to strengthening legal and academic relations between Portugal and Brazil. His illustrious presence at various events organized by NELB was a reflection of his commitment not only to sharing legal knowledge but also to promoting enriching dialogue between the two nations.

In 2023, at the event on "A Luso-Brazilian Perspective on Expatriate Workers' Rights," Professor Martinez addressed the complexities faced by expatriate workers, reflecting his in-depth understanding of transnational issues in Labor Law. In the "COVID-19 PANDEMIC: Labour and Employment Law Measures - A Transnational Survey" Seminar held in 2020, he shared his specialized insights into the legal

measures adopted in response to the pandemic, demonstrating his ability to analyze and respond to contemporary legal challenges. At the "II International Conference on the Future of Work," also in 2020, his participation highlighted the importance of considering the future of work from a legal perspective, emphasizing the need for adaptation and innovation in labor legislation.

Professor Martinez's contributions to NELB events were crucial in deepening the understanding of legal issues affecting both Portugal and Brazil, strengthening academic and cultural ties between the two nations. His legacy as a promoter of knowledge and experience exchange between the two countries will remain a source of inspiration for future generations of Luso-Brazilian jurists.

In his mission to deepen Luso-Brazilian relations, Professor Doctor Pedro Romano Martinez was a tireless advocate for international students, especially Brazilians, at the Faculty of Law of the University of Lisbon. His support and efforts were instrumental in creating a more welcoming and inclusive environment for these students. He understood the complexities and challenges faced by foreign students and worked diligently to ensure that they had the same opportunities and enriching experiences as their Portuguese peers.

His influence extended beyond the classroom, directly impacting university policies. At a crucial moment for Brazilian students when proposals for a significant increase in tuition fees threatened to limit access to higher education, Professor Martinez intervened decisively. With sensitivity and a strong sense of justice, he led efforts to keep tuition fees at an affordable level, ensuring that the Faculty of Law of the University of Lisbon remained a viable and attractive destination for Brazilian students. Thanks to his efforts, the faculty maintained the lowest tuition fees for international students within the University of Lisbon.

The fight for equal tuition fees for Brazilian and Portuguese students continues, and Professor Martinez's legacy on this issue remains a beacon of hope and inspiration to continue this struggle. His dedication to international students, particularly Brazilians, not only strengthened Luso-Brazilian relations but also reaffirmed the commitment of legal education to inclusion, diversity, and equal opportunities.

On behalf of all members of the Brazilian Center for Studies and Research (NELB), we express our deep gratitude and appreciation for Professor Doctor Pedro Romano Martinez's commitment, dedication, and invaluable contributions to the field of law. His life was an example of passion for teaching, justice, and an unrelenting pursuit of knowledge. His achievements and the legacy he left in legal education and Luso-Brazilian relations will continue to inspire and guide many future generations.

In this time of mourning, we extend our heartfelt condolences to Professor Martinez's family, friends, and colleagues. The loss of such an emblematic and beloved figure is deeply felt by all of us who had the honor and privilege of knowing and learning from him.

We conclude this message by reiterating our deepest respect and admiration for Professor Martinez. His memory and teachings will remain alive in the hearts and minds of all those who are part of the Luso-Brazilian legal community. May his example continue to guide us and illuminate the path of those who follow in the journey of the law.

With respect and fondness.