

Brasil e EUA: Temas de Direito Comparado





ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA

Diretor

Desembargador Antonio Carlos Villen

Vice-Diretor

Desembargador Francisco Eduardo Loureiro

Conselho Consultivo e de Programas

Desembargador Afonso Celso Nogueira Braz

Desembargador Antonio Rigolin

Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia

Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco

Desembargadora Luciana Almeida Prado Bresciani

Desembargador Paulo Magalhães da Costa Coelho

Juiz Hamid Charaf Bdine Júnior

Coordenadores da Biblioteca e Revistas

Desembargador Wanderley José Federighi

Juiz Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

Coordenadores da obra

Juiz Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera

Juiz Thiago Baldani Gomes De Filippo

Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera
Thiago Baldani Gomes De Filippo
(Coordenadores)

Brasil e EUA: Temas de Direito Comparado

Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2017

Coordenação
Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera
Thiago Baldani Gomes De Filippo

Coordenação editorial
Marcelo Alexandre Barbosa

Capa
Esmeralda Luana Wonke Scopesi

Editoração, revisão, CTP, impressão e acabamento
Páginas & Letras - Editora e Gráfica Ltda.

Diagramação
Dirceu Caróci

Revisão
Yara Cristina Marcondes

Tiragem
3.200 exemplares

Brasil e EUA: temas de direito comparado/coordenação: Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, Thiago Baldani Gomes De Filippo. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

Vários autores.

ISBN 978-85-8191-060-4

1. Direito comparado - Brasil - 2. Direito internacional I. Onodera, Marcus Vinicius Kiyoshi II. De Filippo, Thiago Baldani Gomes

CDU-340.5(81)

Ficha catalográfica elaborada pelo Serviço de Acervo da
Biblioteca Paulista da Magistratura
Bibliotecária: Rosemeire Vieira da Costa - CRB/8 5302



Escola Paulista da Magistratura
Rua da Consolação, 1.483 - 1º, 2º, 3º e 4º andares
01301-100 / São Paulo - SP
Fones: (11) 3255-0815 / 3257-8954
www.epm.tjsp.jus.br / imprensaepm@tjsp.jus.br

Sumário

Apresentação	
<i>Antonio Carlos Villen</i>	7
I – Direito Constitucional e estruturas legais	
Breves notas: “comparação de direitos” e jurisdição constitucional	
<i>Alexandre Bucci</i>	11
O precedente vinculante e a <i>ratio decidendi</i> da Common Law: exemplos a seguir?	
<i>Andreia Costa Vieira</i>	31
Revisão Judicial e uma judicialização da política “ao modo brasileiro”	
<i>Emerson Norio Chinen</i>	43
A influência da <i>American Judicial Review</i> no Brasil, Japão e Alemanha: reflexões e perspectivas sobre o papel atual do Judiciário	
<i>Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera</i>	55
The influence of Judicial Review in Brazil, Japan and Germany: perspectives regarding the modern role of the Judiciary	
<i>Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera</i>	67
A construção do mundo multipolar nos planos internacional e normativo	
<i>Maria Isabel Caponero Cogan</i>	77
O duplo grau de jurisdição – uma reflexão	
<i>Maria Silvia Gomes Sterman</i>	83
Jurisdição e segurança jurídica	
<i>Waldir Sebastião de Nuevo Campos Júnior</i>	91
II – Direito Constitucional e direitos e garantias individuais	
O reconhecimento da união homoafetiva no Brasil e nos Estados Unidos – estudo de caso precedente ADI 4277 (ADPF 132-RJ) e Perry v. Brown	
<i>Heliana Maria Coutinho Hess (com a colaboração de Rodolfo Mazzini Silveira)</i>	107
Adoção internacional – Brasil e Estados Unidos	
<i>Jeferson Moreira de Carvalho</i>	123

Casamento homoafetivo no Brasil e nos EUA: a legitimidade das supremas cortes nas democracias contemporâneas <i>Jorge Octávio Lavocat Galvão</i>	145
Da proteção dos dados pessoais: uma análise comparada dos modelos de regulação da Europa, dos Estados Unidos da América e do Brasil <i>Letícia Antunes Tavares e Bruna Acosta Alvarez</i>	155
Uma análise comparativa das Leis de Restauração da Liberdade Religiosa – LRLR Federal (1993) e do Estado de Indiana no sistema legal dos Estados Unidos e do Brasil <i>Liliane Keyko Hioki</i>	205
Secured lending law for personal property collateral in the United States <i>Michael D. Floyd</i>	241
O direito ao esquecimento <i>Viviane Nóbrega Maldonado</i>	247
III – Direito Internacional	
Um novo programa para o Direito Comparado: política, cultura e direito <i>Alfredo Attié Júnior</i>	279
IV – Direito Penal e Processual Penal	
Breve análise comparativa dos modelos de valoração e constatação da prova penal – standards probatórios – no Brasil, nos EUA e na Itália: crítica à regra <i>beyond any reasonable doubt</i> ou <i>oltre ragionevole dubbio</i> (além da dúvida razoável) <i>Andrea Galhardo Palma</i>	287
Leis criminalizando o casamento entre negros e brancos nos Estados Unidos. Estudo de precedentes no Estado do Alabama e na Suprema Corte americana <i>Jeremy W. Richter e Paulo Cesar Batista dos Santos</i>	339
Buscas domiciliares sem mandado e provas ilícitas: reflexões acerca do julgamento do Recurso Extraordinário 603.616, à luz do Direito dos Estados Unidos <i>Thiago Baldani Gomes De Filippo</i>	353

Apresentação

Cada vez mais o estudo comparativo do Direito tem ganhado relevância. Talvez pela intensificação na troca de informações, as barreiras culturais entre os países têm-se atenuado. E essa nova era obviamente nos trouxe a percepção de que muitos dos problemas enfrentados pela sociedade são bastante comuns às democracias ocidentais. Portanto, na medida em que partilhamos de problemas semelhantes, faz todo sentido que o exame adequado dos sistemas legais traga – ou ao menos aponte – soluções eficientes e justas.

Foi nesse contexto que a Escola Paulista da Magistratura, por seu Núcleo de Estudos em Direito Comparado Brasil – Estados Unidos, buscou subsídios para enfrentar esses novos desafios. Assim, com a valiosíssima colaboração de magistrados e acadêmicos, pudemos construir um modesto, porém abrangente estudo comparativo.

Partimos do Direito Constitucional e as respectivas estruturas legais de países de *Common Law* e *Civil Law*, mormente nos EUA e no Brasil. O sistema de precedentes, a revisão judicial (*judicial review*), a relevante questão da segurança jurídica e o duplo grau de jurisdição como manifestação do devido processo legal foram alguns dos tópicos abordados nessa primeira parte.

Na segunda, procuramos abordar a questão das garantias individuais ainda no âmbito do Direito Constitucional: adoção internacional, união homoafetiva, proteção dos dados pessoais, liberdade religiosa, direito ao esquecimento e interessante estudo do Prof. Michael D. Floyd sobre a lei do empréstimo traduzem a diversidade das questões tratadas atualmente pelo Judiciário, tanto no Direito norte-americano quanto no brasileiro. A terceira parte faz abordagem sintética sobre a integração da política, cultura e Direito no cenário internacional e a última parte aborda temas de Direito Penal e Processual Penal. Aí tratamos de questões relativas à valoração da prova, criminalização do casamento entre negros e brancos nos EUA no âmbito das liberdades constitucionais e buscas domiciliares sem mandado e provas ilícitas.

Por fim, gostaria de ressaltar que o objetivo principal desta obra é, ao realçar a importância do estudo comparativo dos sistemas legais, oferecer ao leitor nova janela de reflexões e possíveis soluções para os problemas hoje enfrentados pelo Judiciário na busca de um novo modelo de justiça mais rápido, mais eficiente e, enfim, mais justo para o cidadão.

Antonio Carlos Villen
Diretor da EPM

I – Direito Constitucional e estruturas legais

Breves notas: “comparação de direitos” e jurisdição constitucional

*Alexandre Bucci*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. Constitucionalismo moderno e transconstitucionalismo. 2. A comparação jurídica e sua função presente. 3. Portugal e o “argumento comparado”. 4. Suprema Corte dos Estados Unidos e Direito Comparado. 5. Direito Comparado e a ótica do Supremo Tribunal Federal no Brasil. 6. Direito Comparado como Quinto Elemento de Interpretação constitucional: A Teoria da Constituição como Ciência da Cultura. Conclusão. Referências.

Introdução

O tema desta breve pesquisa acadêmica centra-se na análise do crescente uso do direito comparado na racionalidade das decisões dos denominados tribunais constitucionais, enfrentando-se, ainda que em breves linhas, a possível aproximação do direito constitucional ao direito comparado.

Para tanto, adotar-se-á como pressuposto o conceito de constitucionalismo moderno e de transconstitucionalismo em tempos de liquidez nas relações interpessoais e também internacionais.

Investigar-se-ão casos julgados em Portugal e nos Estados Unidos, casos estes que receberam atenção especial da doutrina, destacando-se contornos históricos e jurídicos caracterizadores desses ordenamentos jurídicos.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho (área de concentração: Empresa e Sustentabilidade). Especialista em Direito do Consumidor, Direito Público, Direito Econômico e Negocial, Direito Empresarial e Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Especialista em Direito dos Contratos e em Direito Tributário pelo Instituto Internacional de Ciências Sociais – Centro de Extensão Universitária (CEU-IICS). Autor de artigos jurídicos.

O objetivo da pesquisa atinge seu ponto de confluência com o ordenamento interno com a verificação do alinhamento do Supremo Tribunal Federal à tendência comparativa, o que é feito mediante a análise materialmente direcionada da sua jurisprudência colhida no sítio eletrônico oficial, verificando-se como se dá o problema intrínseco à interpretação/concretização de regras e princípios constitucionais, lançada na fundamentação de uma decisão com base em elementos apurados em outra ordem jurídica, tarefa esta que é levada a efeito com apoio na caracterização do denominado Estado Constitucional.

Indaga-se, em suma, qual o papel que a comparação de direitos tem alcançado no constitucionalismo do presente, por isso se compreendendo a apresentação do fundamento teórico pautado na teoria da Constituição, como ciência da cultura, teoria esta do jurista alemão Peter Häberle, que nos traz a noção da comparação jurídica como sendo um quinto elemento de interpretação-concretização constitucional.

O pensamento de Häberle nos remeterá, ainda, à premissa de que os cânones de interpretação não devem ser manejados como uma técnica para buscar a vontade do constituinte, mas, sim, devem atuar de modo a fazer emergir conceitos de avaliação e as orientações culturais que se afirmam na sociedade contemporânea e que constituem a base de toda a legislação constitucional existente.

Dessas premissas se extrai que a Constituição do Estado Constitucional convola-se, assim, em uma Constituição integrada por numerosos elementos, sobrepondo-se a todos a dimensão cultural, atingindo, até mesmo, a tradicional doutrina acerca dos elementos do Estado.

Conclui-se com um otimismo evolutivo acerca do Direito Constitucional, pautado na promessa de uma expansão gradual do modelo de Estado constitucional a partir da convicção de que tal modelo oferece uma noção mais aberta e pluralista da cultura constitucional, inspirado sempre por um reconhecimento da dignidade humana.

Importa sublinhar que tal concepção oferece uma leitura da experiência constitucional contemporânea em moldes não formalistas, subvertendo a tradicional primazia do Estado sobre a Constituição, atenta aos conteúdos valorativos dos desenvolvimentos mais atuais da disciplina, trazendo, como reflexo, ponderações sobre a cultura e a história constitucional, sem pretensão, todavia, de servir como condicionante dogmático, sendo tal posicionamento, ao contrário dos dogmas, verdadeiramente aberto ao futuro.

A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica e documental, sob uma abordagem dedutiva e em alguns pontos também indutiva, conforme será indicado no decorrer do trabalho.

1. Constitucionalismo moderno e transconstitucional

Não se mostra nova na ambiência acadêmica a premissa no sentido de que a interpretação jurídica carrega consigo visíveis efeitos jurídicos e reflexos econômicos, notadamente, em novos tempos de soberania compartilhada e de efetiva busca por um modelo de Estado que nos remeta ao modelo preconizado pela ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988.

A busca pelo ponto de confluência entre Economia, Mercado, Direito e Direitos Humanos, necessariamente indica a relevância e a pertinência da análise das relações que se estabelecem entre Estado, regulação, constitucionalismo moderno e o conceito de transconstitucionalismo.

Anote-se que a Constituição, como construção social da modernidade, é o mecanismo que possibilita a diferenciação entre Política e Direito no âmbito dos Estados, mas oportuno destacar que a Constituição necessita de ambos os institutos, pois, são ambos pressupostos sociais.

O que se afirma é que a Constituição, por um lado, torna o código-diferença “licito/ilícito” relevante para o sistema político; isto implica que as exigências do Estado de Direito e dos direitos fundamentais passam a construir contornos estruturais da reprodução dos processos políticos de busca pelo poder e de tomada de decisões coletivamente vinculantes, inclusive, na medida em que decisões majoritárias democraticamente deliberadas podem ser declaradas inconstitucionais.

Por outro lado, torna-se o código-diferença “poder/não poder”, ou, em termos contemporâneos, “governo/oposição” relevante para o sistema jurídico, de maneira que o processo democrático de tomada de decisão política, no sentido de formação da maioria, passa a constituir variável estrutural da reprodução dos procedimentos jurídicos de solução e absorção de conflitos, o que se faz sentir, também, na medida em que a produção de normas jurídicas legislativas fica dependente das decisões políticas deliberadas democraticamente e tomadas majoritariamente.

Com tais premissas, temos como certo que os dias atuais, marcados pelo capitalismo e pelo consumo, nos indicam a existência de um crescente entrelaçamento das ordens políticas, cada qual dotada de uma pretensão de autonomia.

É nesse contexto que ganha relevância a tentativa de desenvolver categorias teóricas capazes de organizar a reflexão sobre a relação entre os sistemas diversos, leia-se, sistemas constitucionais, sem que isto seja projetado sobre o pano de fundo de uma unidade pressuposta ou de um projeto de unificação totalizante.

Com base na teoria dos sistemas², utiliza-se a categoria racionalidade transversal para designar o processo de incorporação recíproca de conteúdos que é realizado por sistemas que buscam agir de modo cooperativo e compatibilizar as suas condutas, de modo que as pretensões de autonomia não resultem em fechamento autista dos sistemas, especialmente daqueles que lidam com demandas contemporâneas de integração de ordens nacionais.

E considerada no âmbito interno de um determinado sistema social, podemos dizer que a Constituição pode ser descrita como conteúdo compartilhado entre os subsistemas de Direito e Política, configurando, assim, uma racionalidade transversal.

Expandindo essa categoria para as relações interestatais, já ultrapassadas as premissas teóricas e históricas do denominado “constitucionalismo moderno”, conforme retro exposto, se faz possível formular a noção de *transconstitucionalismo* para descrever o desenvolvimento de racionalidades transversais na relação entre sistemas jurídicos diversos. Essa categoria se mostra capaz de evidenciar uma série de relações emergentes dentro de sistemas supranacionais, compostos por estados autônomos, cuja estrutura exige uma interação constante entre as instituições supranacionais e as estatais.

Inserida então em um contexto de cooperação entre sistemas jurídicos a categoria *transconstitucionalismo* é capaz de evidenciar uma série de ocorrências relevantes na atual configuração jurídico-política das nações engajadas na construção de um espaço verdadeiramente *internacional* mais cooperativo, especialmente no caso dos esforços políticos em constituir instituições *transnacionais*.

² Quanto à teoria dos sistemas, importante a leitura de Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt, 1969. Tradução brasileira: *Legitimação pelo procedimento*. Brasília, DF: UnB, 1980.

Essa cooperação se mostra na necessidade de compatibilizar os critérios próprios com os critérios externos, gerando um acoplamento estrutural entre sistemas, que tende a resultar em uma troca recíproca de conteúdos.

E, por óbvio, tal tipo de relação pode ser vista como decorrência de uma *escolha de integração*, que imporia aos tribunais uma necessidade *política* de levar em conta as decisões dos órgãos judicantes supranacionais.

Compreendendo-se, então, o motivo da caracterização dos sistemas jurídicos estatais como subsistemas de um sistema jurídico mundial multicêntrico, apresentado como um subsistema da sociedade mundial, eis que, compreender a sociedade mundial como um sistema, parece ser uma escolha metodológica razoável, e supor que ela tenha um sistema jurídico, igualmente parece também adequado.

Cabe a esta altura, uma indagação importante:

Seria um salto injustificado a caracterização das ordens jurídicas particulares como subsistemas do sistema jurídico geral, desconsiderando que estas ordens são sistemas semânticos vinculados aos sistemas políticos estatais?

A resposta negativa parece ser a mais consentânea e compatível com os tempos pós-modernos.³

Com efeito, nada de ilusório ou totalizante há em tratá-las como partes de um sistema maior, que têm uma necessidade racional de coordenar as suas atividades, de modo cooperativo, pois, nada impede que elas se coloquem como sistemas soberanos que lidam com outras ordens políticas apenas sob uma perspectiva estratégica.

Não se pode olvidar, porém, a necessária e atual defesa das promessas ainda não realizadas do modernismo, com indispensável discussão a respeito dos limites da atuação estatal e sugestões na busca por um modelo de mercado que se afigure sustentável no sentido de minimizar ao máximo a presença de seres humanos excluídos do processo de geração e distribuição de riquezas econômicas, regulando um ambiente

³ Pós-modernidade é uma expressão controvertida, mas utilizada para se referir ao atual contexto histórico, isto é, o momento caracterizado pelas mudanças no comportamento, valores e modos de vida da sociedade, pelas incertezas e riscos inerentes ao desenvolvimento, em que predomina o capitalismo e o consumo. A respeito de pós-modernidade consultar Zygmunt Bauman, *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

negocial pautado em livre iniciativa, valorização do trabalho, mas, também, de necessário respeito aos direitos humanos.

Afinal, tal qual se nota pelos ensinamentos de Marcelo Neves a respeito do transconstitucionalismo:

Sem um certo contexto social de diferenciação funcional e de inclusão social, não há lugar para a Constituição como mecanismo de autonomia recíproca entre direito e política. Sem a diferenciação funcional das diversas esferas sociais e sem a distinção, clara e radical, entre sociedade e indivíduo enquanto pessoa, não se podem conceber os direitos fundamentais como resposta do sistema jurídico a esses processos sociais de diferenciação. Da mesma maneira, sem autonomia da política em relação aos valores particulares de grupos familiares, étnicos e religiosos e aos interesses econômicos concretos, não se pode construir a democracia como apoio generalizado que possibilita o fechamento operativo do sistema político.⁴

2. A comparação jurídica e sua função presente

Percebe-se, pois, uma mudança nos domínios da comparação: atualmente, a argumentação comparada faz-se presente na racionalidade das decisões dos tribunais superiores de vários países, notadamente, daqueles tribunais que precipuamente devem zelar pelo texto constitucional, “nova” realidade esta que não deixa de originar indagações de várias ordens e acaba mesmo por convidar à reflexão.

A clara interdependência das nações e as mostras de solidariedade que envolvem o gênero humano, tendo se convolado em fatos evidentes no mundo contemporâneo – o mundo agora como um só, sem o isolamento de outrora – acabaram por impor, tanto aos políticos quanto aos economistas e aos juristas, uma nova visão dos problemas que lhes dizem respeito:

⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 56.

[...] as vantagens que o direito comparado oferece podem, sucintamente, ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional.⁵

Vê-se, pois, não ser mais mera ideia acadêmica, ou proposta não concretizada, a utilização do direito comparado, pelos juízes constitucionais nacionais, como método de interpretação/concretização (e de realização) constitucional, fenômeno que se desenvolve em várias intensidades e compreende doutrina, legislação e decisões estrangeiras.

A novidade é que atualmente não mais se verifica a recepção, e sim o diálogo enriquecedor do próprio direito interno, em que se percebe que os juízes citam outros sistemas não só para preencher as lacunas ou para tratar de algo novo tal como era feito no período colonial, mas possibilitar decisão racional e dotada de elementos enriquecedores do direito não nacional.

Pode-se afirmar que com a ocorrência de atrocidades que atentaram de forma irreparável contra a vida de milhares de pessoas, resultando em tristes marcas na História que não podem ser apagadas, a humanidade despertou para reclamar e ver assegurados os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

E tendo por base que os direitos humanos são o resultado de uma construção ao longo da História, que se deu por meio de lutas para conquistas de direitos, entendemos a tutela geracional da defesa e afirmação histórica destes direitos frente aos poderes constituídos guarda relação com simultâneo crescimento da importância dos paradigmas estrangeiros para decisões judiciais internas.

A esse respeito, Norberto Bobbio afirma que:

⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 3.

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.⁶

Portanto, pode-se considerar que os direitos humanos foram sendo tomados de acordo com as carências humanas frente ao poder, carências de direitos, tais como, os de liberdade, igualdade e proteção da dignidade, tudo, sem olvidarmos do conceito de fraternidade, em si mesma, e tida como categoria constitucional.

Vejamos então, alguns estudos em torno da jurisdição constitucional de Portugal e dos Estados Unidos, chegando aos julgados do Supremo Tribunal Federal com o que se permitirá ao leitor a aferição da importância da abertura das possibilidades interpretativas no nível constitucional a partir das noções desenvolvidas por Peter Häberle e sua teoria da Constituição como ciência da cultura, tudo, para chegarmos em condições de, ao final, identificar elementos importantes no tocante ao argumento comparado na atividade decisória própria dos tribunais constitucionais.

3. Portugal e o “argumento comparado”

Correto afirmar que desde sua institucionalização formal, por meio da conhecida Lei no 28/82, o Tribunal Constitucional Português (TCP) sempre se posicionou favoravelmente ao uso do argumento comparado, apesar de inexistir no ordenamento jurídico qualquer determinação legal nesse sentido. Isso se deu, em primeiro lugar, a fim de galgar legitimação material dentro do quadro de poderes e esquema judiciário no qual o TCP foi implantado, para o que contribuiu uma argumentação mais ampla e conexa com os avanços doutrinários.

Ademais, em um contexto em que o controle de constitucionalidade das normas do tipo misto complexo (CANOTILHO, 2003) se revelou como fonte de conflitos entre as várias instâncias do Poder Judiciário,

⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5.

o recurso ao elemento comparado contribuiu para o reconhecimento da autoridade do próprio Tribunal em consolidação, bem como para evitar exageros de autorreferência em um país de pequenas extensões e de pouca idade na vida liberal-democrática.

A tendência atual não se altera, na medida em que o órgão judicial se torna, ao mesmo tempo, sujeito ativo e passivo, embora com desigualdades no fornecimento dos parâmetros. Além disso, a jurisprudência portuguesa afirma a comparação como um meio para melhor compreensão das questões e das normas em exame e também como caminho para aprimorar a qualidade de suas próprias decisões, mantendo, especialmente, normas constitucionais e supraconstitucionais de outros países europeus como sustentáculos de uma espécie de *tertium comparationis*.

Também em Portugal, o cenário mundial de desequilíbrios sociais e ambientais denotou a necessidade de as grandes organizações empresariais, geralmente dotadas de poder político e econômico relevante, se responsabilizarem socialmente por eventual degradação ambiental, como também pela prática de preços abusivos e até mesmo pela qualidade de vida de seus colaboradores diretos e indiretos, sem falar na indispensável atenção ao seu mercado de consumo.

Essa responsabilidade social, a princípio assumida como mera faculdade apenas por grandes organizações corporativas, passou a também fazer parte da vida de pequenos e médios empreendedores, observadas, logicamente, as devidas proporções nos volumes de negócios.

A utilidade da empresa para a sociedade passou a ser questionada e, conseqüentemente, não somente sua forma de produzir lucros, como também a destinação eficaz dos lucros produzidos.

Inegável que, nos últimos anos, a evolução da definição de sustentabilidade contribuiu para tal mudança de paradigma, com reflexos também na jurisdição constitucional portuguesa que recebeu influxos de outras legislações nacionais e da própria Comunidade Europeia.

O TCP privilegia a comparação dos sistemas jurídicos tidos como próximos, eminentemente o alemão, muito em razão do reconhecimento de uma sobreposição substancial entre os ordenamentos.

Os sistemas jurídicos mais citados são o alemão, o espanhol, o italiano, o norte-americano, o francês, o belga, o austríaco, o inglês e, finalmente, por razões histórico-culturais, o brasileiro (ORRÚ, 2006) sendo que os quatro primeiros são mais seguidos em termos de justiça constitucional.

Finalmente, o firme propósito do TCP em utilizar o argumento comparado é acompanhado do uso também constante do direito internacional, especialmente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, estabelecendo, mormente nos julgados mais recentes, relações firmes com as sentenças proferidas pela Corte de Estrasburgo, que opera no âmbito da CEDU, de modo a quase fixar um ponto de referência irrenunciável e que acaba por demonstrar a inclinação pluralista dos juízes da Corte portuguesa.

4. Suprema Corte dos Estados Unidos e direito comparado

Nos Estados Unidos, país marcado por forte tradição jurisprudencial sempre mais próxima do unilateralismo de suas próprias fórmulas jurídicas e com alta valorização dos precedentes jurisprudenciais, os métodos de trabalho da Corte Suprema parecem ter sofrido as consequências do contexto da afirmação plena do modelo político, econômico e cultural hasteado pelo país e que culminou na globalização, de modo que parte dos *justices* passou a empregar nas suas decisões fontes jurisprudenciais estrangeiras, embora de forma esporádica e intermitente, geralmente de países europeus ou de Estados partidários do sistema da *Common Law*.

É paradigmático a esse respeito o caso “*Printz versus Estados Unidos*” (1997), no qual se discutiu a constitucionalidade do “*Brady Handgun Violence Prevention Act*”, que instituiu um sistema nacional de controle de armas de fogo.

Contraditado a respeito de sua compatibilidade com o federalismo e a vontade dos *founding fathers*, manifestou-se no caso o juiz Stephen Breyer, que também em nome do juiz Stevens suscitou o federalismo suíço e alemão, bem como a própria experiência europeia, recordando sempre que ele estava consciente de que o objeto de interpretação era a Constituição norte-americana, mas que a comparação se fazia importante para abrir o leque de possibilidades de soluções a problemas comuns.

Tal posicionamento sofreu duras críticas do juiz Antonin Scalia, com sua “*nationalist jurisprudence*” (FERRARI, 2006, p. 322), sob o argumento de que a comparação seria importante apenas no momento de redigir a Constituição, jamais na sua interpretação.

Mas já antes a comparação de direitos havia alçado lugar de destaque no judiciário-constitucional norte-americano, na época do chamado “constitucionalismo repulsivo” (“*aversive constitutionalism*”).

Nas décadas de 1940 e 1950, o país foi diretamente confrontado às teorias e práticas da Alemanha nazista e da União Soviética, respectivamente.

Assim, o anseio voluntarista de articular normas capazes de frontalmente distinguir os usos e as práticas do país daqueles modelos totalitaristas, então em voga na Europa, contribuiu para um longo percurso liberal da Suprema Corte, o que ajudou a fortalecer, inclusive, os direitos e as liberdades civis, mormente no campo penal.

A história constitucional estadunidense recente remete também ao conhecido caso “*Roper versus Simons*” (2005).

A sentença proibiu a pena capital aos menores de 18 anos, com fulcro na maturação da noção dos “*standards of decency*”, presente na sociedade americana, nas literaturas psicológica e criminológica, demonstrando-se a ineficácia da medida.

Ocorre que foram jungidas à decisão inúmeras legislações e jurisprudência estrangeiras, bem como normas de direito internacional, com o fito de demonstrar que a prática não se coadunava com a experiência comum no mundo, bem como que ela se mostrava contrária aos próprios valores culturais nacionais.

Novamente, o juiz Scalia reagiu contrariamente ao manejo de argumentos comparados, por entender que tal argumentação estava sendo utilizada para colocar de lado as práticas difusas na história do país.

O interessante é notar que a adoção dessa metódica suscitou reações tanto negativas quanto positivas. Aquelas ensejaram a reprimenda de congressistas que propuseram leis contra o manejo do direito estrangeiro nas sentenças.

Já a recepção positiva deu-se eminentemente na doutrina, do que são exemplares as teorizações de Ackerman (1997) acerca do “*world constitutionalism*”; de Tushnet (1999) sobre as possibilidades do constitucionalismo comparado; de Harold Koh (2004) sobre “*community standards*”; e, finalmente, de Anne-Marie Slaughter (2003) sobre a “*global community of courts*”.

5. Direito comparado e a ótica do Supremo Tribunal Federal no Brasil

O Supremo Tribunal Federal, em determinado momento, optou por manter em seu sítio eletrônico uma área específica destinada à

publicação das traduções, nas línguas inglesa e espanhola, de resumos de sua jurisprudência mais significativa, o que tem o condão de promover o intercâmbio de informações legislativas e jurisprudenciais entre os diversos países.

Não bastasse tal postura favorável aos influxos do direito comparado, demais disso, em casos mais significativos, entendidos aqui como polêmicos, foi dado ao intérprete verificar que o direito comparado é mais habitualmente empregado.

Não se trata de fenômeno muito recente no âmbito do Supremo Tribunal, tendo crescido nos últimos anos o número de decisões que trazem a comparação no seu bojo.

Um caso de grande importância para o constitucionalismo brasileiro e no qual a comparação de direitos ganhou relevância foi o que discutiu a condenação do escritor e sócio de editora por delito de postura discriminatória contra os judeus por ter publicado, distribuído e vendido ao público obras antissemitas, delito ao qual foi atribuída a imprescritibilidade prevista no artigo 5º, XLII, da Constituição Federal.

Na decisão do caso, a extensa referência a instrumentos internacionais, especialmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi acompanhada da comparação jurídica mediante a análise e a articulação da lei francesa (nº 90.615/90); do artigo 416 do Novo Código Penal da França; da lei espanhola contra o racismo de 1995; do artigo 240 do Código Penal português; da Lei Gaysott, da França, de 1990; do “*Licensing Act*”, da Inglaterra, de 1695; da Emenda no. 01 da Constituição Americana de 1787; da “*Race Relations Act*”, de 1976.

Há também que se destacar outra decisão paradigma lançada por ocasião da discussão do exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos civis, ocasião na qual o argumento comparado ajudou a garantir a evolução do tema na jurisprudência do STF.

Tanto é assim que o ministro e relator para o caso, Gilmar Ferreira Mendes, fez constar da ementa do acórdão que:

[n]a experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º).

O recurso ao argumento comparado mostrou que a experiência alemã sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, tendo em vista especialmente as omissões legislativas parciais, assim como as sentenças aditivas do direito italiano, denotava que, em se tratando do direito de greve dos servidores públicos civis, estava-se diante de hipótese na qual a omissão constitucional reclamaria uma solução diferenciada.

No voto que proferiu, o ministro Celso de Mello teve oportunidade de destacar os modelos normativos do direito de greve dos servidores públicos no âmbito do direito comparado, demonstrando, com tal exposição, o gritante e injustificado atraso do legislador brasileiro no concretizar da norma constitucional.

Temos, portanto, como resultado, que tanto no Brasil como nos Estados Unidos, o argumento comparado é, consoante os casos analisados, inservível a qualquer pretensão de vinculação da *ratio decidendi*, sendo manejado apenas no nível de *obiter dictum*, ou seja, constitui-se em um valioso reforço, mas complementar ou retórico.

Dito de outro modo, o produto da comparação não perfaz o argumento nuclear da decisão: no caso do TCP, conclui-se que a comparação de direitos é muito mais utilizada e melhor trabalhada em relação ao que se constata da realidade brasileira e, em nível ainda maior, dos Estados Unidos, mas isso não retira qualquer valor à comparação jurídica e cultural para a evolução constitucional em tempos de Estado constitucional, comum a todos esses países.

6. O direito comparado como quinto elemento de interpretação constitucional: a teoria da constituição como ciência da cultura

Constituição é espelho da herança cultural de um povo e fundamento de esperanças, evidenciando-se que a exigência de ter em conta métodos de estudo mais abertos e fundados no recurso à comparação de ordenamentos jurídicos se desenvolve sobre planos diferentes daquele de tipo lógico-dedutivo, já que a mesma ideia de comparação exclui a simplificação e a eliminação da diversidade, como também exclui a utilização de esquemas universais ou métodos formalistas no estudo do direito.

Do quanto foi até aqui exposto, poder-se-ia questionar o antagonismo existente entre a premissa que exige da Constituição de um país

que a mesma se valha concomitantemente de duas pretensões: de estabilidade e de dinamicidade.

Entretanto, tal antagonismo dilui-se à medida que se percebe que ele é apenas aparente, porquanto é muito desejável que a Constituição, na sua condição de ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, ofereça-se tanto à rigidez naquilo que a estrutura – a fim de garantir já aqui a sua sobrevivência –, quanto à abertura ao futuro e às inevitáveis movimentações sociais, políticas e culturais - coroando o seu movimento de (auto)conservação.

Nessa sua condição de ordem aberta é que assenta a noção da Constituição como ordem-quadro, de característica notadamente não exaustiva, desenvolvida mediante processo público em uma sociedade aberta e favorável ao pluralismo social, econômico e político, tendo diante de si – e com a tarefa de assimilação – os fenômenos organizativos supranacionais, bem como a própria globalização, econômica e jurídica, aos quais se acrescenta a pluralidade cultural interna.

Nessa mesma senda, sabe-se que preceitos constitucionais, ainda que escritos em idênticos termos, não necessariamente têm o mesmo significado, variando tanto em razão do tempo quanto do espaço. A cultura parece ser, portanto, o elemento que explica essa variação.

Por outro lado, as contribuições de cada comunidade, em cada etapa histórica, tendem a incorporar-se à cultura compartilhada, sem prejuízo de que cada conjunto social no exercício de interiorização das experiências exteriores o faça incluindo os seus próprios elementos específicos, gerando, com isso, novidades as quais se incorporam ao intercâmbio crescente de padrões culturais, o que torna os Estados constitucionais cada vez mais homogêneos e (co)determinados, de maneira que eles podem ser concebidos como um produto multicultural.

É certo, pois, que a cultura pode ser observada como verdadeiro fator constitutivo da Constituição, de modo que a teoria da Constituição como ciência da cultura possui o mérito de primeiro ter compreendido a necessidade de pôr em causa os métodos tradicionais de estudo do direito constitucional, fomentando a necessidade de uma análise realista do novo papel dos juristas na sociedade contemporânea, globalizada, em particular a importância da jurisprudência dos tribunais constitucionais e dos processos de integração.

A disciplina como produto da cultura característica de uma era se faz compreensível como “parte de la cultura” (HÄBERLE, 2003, p. 21), deixando no passado o seu entendimento como uma disciplina

puramente técnica, o que permite identificar um novo modelo de Estado constitucional, diferente do Estado liberal do século XIX.

Pela teoria da cultura é preciso ter em mente que a expressão “direito comparado” se refere, antes de tudo, a um modo de conceber o direito como experiência real baseada na consideração de suas possíveis alternativas, destacando uma atenção mais incisiva à historicidade de toda a construção do pensamento jurídico.

E nem se argumente que com isto se trate de estabelecer afinidades ideológicas entre ordenamentos constitucionais, mas, sim, de utilizar o método comparado para iluminar o significado valorativo dos diversos modelos institucionais, sem pretender anular a diversidade cultural entre os países.

Abrem-se os critérios de interpretação, o que ocorre, na proposta de Häberle, à medida que a sociedade se mostra pluralista, negando a existência de *numerus clausus* de intérpretes constitucionais, diante do que se afirma que, no atual estágio de desenvolvimento de muitos sistemas jurídicos nos quais se verificam sociedades abertas de intérpretes constitucionais, as Constituições representam o saldo de um processo plural, que não termina com a sessão de encerramento da Assembleia Constituinte, mas permanece constantemente aberto.

Segundo essa concepção, o círculo de intérpretes da Constituição deve ser amplo, com o fim de abarcar não somente as autoridades públicas e os intérpretes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que de uma ou outra forma vivem a realidade constitucional.

É, pois, com base nesse método interpretativo, que Häberle insere nas suas construções a comparação dos textos normativos e apresenta indícios de um processo mais profundo de difusão da cultura constitucional e de alguns modelos constitucionais, mostrando também que a mera comparação de textos é ineficiente, clamando a imprescindibilidade de que se alcance uma fase ulterior de comparação constitucional substancial: os contextos culturais, o que permite ao autor designar a sua teorização como ciência jurídica dos textos e da cultura.

A consideração do método comparado como quinto elemento de interpretação no Estado constitucional como marco metodológico deve-se à conclusão de que aquele se apresenta como a via mediante a qual as diversas Constituições podem comunicar entre si, possibilitando que se adquira para cada uma e todas elas maior eficácia, em virtude da conformação do Estado constitucional.

Para Häberle, a comparação jurídica deve ser praticada como comparação de culturas:

Sin importar lo que se piense de la sucesión de los métodos tradicionales de la interpretación, en el Estado constitucional de nuestra etapa evolutiva la comparación de los derechos fundamentales se convierte en “quinto” e indispensable método de la interpretación”. (HÄBERLE, 2003).

Conclusão

Se em um primeiro instante a análise jurisprudencial apenas permite aduzir que as citações estrangeiras eram outrora empregadas mais como componente acessório do que como exigência de fundamentação das decisões, verifica-se que, nos dias atuais, em algumas decisões, o Direito comparado é levado em conta, inclusive, na parte conclusiva da sentença e de Acórdãos.

A inexistência de qualquer regramento, seja legal ou regimental, para o exercício da comparação pelos juízes e, notadamente, pela Corte Constitucional, não tem impedido a consciente articulação da realidade dos casos com os direitos estrangeiros.

A exposição feita nas linhas acima permite-nos afirmar que o argumento comparado não é de modo algum ignorado pela prática judiciativa.

Ao contrário, é explorado a fundo pelos juízes constitucionais de vários países, tendência da qual os juízes do Supremo Tribunal Federal brasileiro não se afastam, ainda que neste referido tribunal a comparação não seja de fundo, isto é, não venha acompanhada da discussão sobre os alicerces contextuais da lei, do precedente ou da doutrina estrangeira.

Viu-se, ainda, que de modo a viabilizar a ideia de um Estado constitucional cultural, Häberle propõe, no que é apoiado por Pablo Lucas Verdú (1998), uma teoria da Constituição como ciência da cultura.

É o próprio jurista alemão quem condensa em dez teses as ideias apresentadas em seu livro, cujo objetivo é apresentar as diretrizes para uma teoria constitucional apoiada na cultura afinal, afirma Häberle (2003, p. 150): *“quien vive la norma, también la interpreta”*.

Destarte, enxergada a cultura como fator essencial para compreensão das experiências constitucionais, abre-se também o espaço para uma nova análise dos níveis textuais, agora de uma forma diferente daquela experimentada pela exegese positivista.

O direito comparado aparece, assim, com mais importância na construção de um sistema jurídico geral de conceitos jurídicos em busca de fornecer valores cuja essencialidade seja intangível, sobretudo, quando se verifica que somente por meio da comparação e da análise histórica dos diversos valores constitucionais é que se alcança uma consciência da essencialidade.

Com efeito, cotejar as experiências jurídicas no espaço é também uma maneira de pensar sobre o Direito que se caracteriza por se manter aberto às alternativas, que não considera a ciência jurídica como um conjunto absolutamente fechado e insensível aos influxos de outros ordenamentos.

Não se argumente que a proposta lançada nas linhas acima implicaria em desconsideração das peculiaridades nacionais, em prol de uma ordem universal utópica, exigindo-se, na busca por soluções justas, a atuação jurisdicional cada vez mais aberta e sensível, em contraponto com o paradigma do “outro”, aqui considerada a expressão “outro” também com o alcance voltado aos “outros” ordenamentos jurídicos, raciocínio que segue ao encontro do Estado constitucional cultural.

De maneira idêntica, a proposta aqui lançada inegavelmente favorece o pensamento das possibilidades decisórias a partir de uma perspectiva comparada no ato interpretativo, assegurando espaços para a tolerância e, em última análise, para as alternativas e para o pluralismo.

E que não se considere ser impossível a travessia, eis que, em matéria de travessia sempre devemos ter esperança, o que nos remete à lapidar frase, por muitos atribuída ao poeta **Fernando Pessoa**, mas, que, em verdade, é do professor de literatura e escritor **Fernando Teixeira Andrade** (1946-2008, in: *O Medo, maior gigante da Alma*, s.n., 19--), frase esta, com a qual aqui se encerra o trabalho:

Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.

Referências

ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. *Virginia Law Review*, v. 83, n. 4, p. 771-97, maio 1997.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes. Uma revalorização do Direito a partir de Paul Ricoeur: o justo, a responsabilidade e a sustentabilidade. In: SILVEIRA, Vladmir O. da; MEZZAROBBA, Orides; COUTO, Mônica B.; SANCHES, Samyra H. D. F. N. (Coord.). *Justiça e [o paradigma da] eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. III.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais do poder. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 138, p. 185-91, abr.-jun. 1998.

DANTAS, Ivo. *Direito Comparado como ciência*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 134, p. 231-249, abr.-jun. 1997.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

DELAHUNTY, Robert J.; YOO, John. Against Foreign Law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 29, n. 1, p. 291-330, 2005.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madri: Dykinson, 2003.

FERRARI, Giuseppe Franco. La comparazione giuridica nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America. In: FERRARI,

Giuseppe Franco; GAMBARO, Antonio (Org.). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

_____. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madri: Minima Trotta, 1998.

_____. *Teoria de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madri: Tecnos, 2000.

KOH, Harold H. International Law as part of our Law. *The American Journal of International Law*, v. 98, n. 1, p. 43-57, jan. 2004.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *Teoria de la constitución como ciencia cultural*. 2. ed. Madri: Dykinson, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt: 1969. Trad. bras.: Legitimação pelo procedimento. Brasília: UnB, 1980.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, DF: ano 2, 2008/2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. La construcción de un derecho común iberoamericano. Consideraciones em homenaje a la doctrina de Peter Häberle y su influencia en Brasil. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 6, n. 11, p. 65-86, jan.-jun. 2009.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ORRÚ, Romano. La giustizia costituzionale e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese. In: FERRARI, Giuseppe Franco; GAMBARO, Antonio (Org.). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

RINELLA, Angelo. La Corte costituzionale del Sudafrica: il contributo del diritto comparato al consolidamento della democrazia. In: FERRARI, Giuseppe Franco; GAMBARO, Antonio (Org.). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

O precedente vinculante e a *ratio decidendi* da Common Law: exemplos a seguir?

Andreia Costa Vieira¹
Advogada

1. Introdução

O sistema de precedentes vinculantes – as decisões judiciais que vinculam, de observância obrigatória e *erga omnes* – nasceu no sistema legal da Common Law² e é marca distintiva deste.

A Common Law é um sistema adotado por praticamente todos os países que outrora foram colônia da Coroa Britânica; entre eles, Estados Unidos (com exceção do Estado da Louisiana), Canadá (com exceção da província do Quebec), África do Sul, Índia e Austrália.³

Recentemente, a observância obrigatória dos precedentes tem ultrapassado fronteiras, num mundo globalizado, que se ajusta também juridicamente e que permite maior comunicabilidade e influência dos diversos institutos jurídicos desenvolvidos nos mais distintos sistemas legais. Trata-se de influência transfronteiriça, porque o direito tem alcançado aspectos transnacionais – marca de uma cultura pós-moderna do século XXI.

Dessa maneira/Desse modo, uma vez que a vinculação dos precedentes tem sido importada também no Brasil, é mister que se conheça um pouco de sua história de formação, bem como de sua estrutura original, para melhor acomodar a aplicação de precedentes que eficazmente

¹ Doutora em Direito Internacional pela USP, Mestre em Direito Internacional pela University of Nottingham, Visiting Scholar at the University of Cambridge, é Professora Associada de Direito Internacional do Programa de Mestrado e Doutorado da UNISANTOS e advogada; autora do livro “Civil Law e Common Law- os dois grandes sistemas legais comparados”.

² Em meu livro “Civil Law e Common Law – os dois grandes sistemas legais comparados”, fiz uma opção por grafar a expressão não traduzida Common Law como uma expressão pertencente ao gênero feminino. Antes de o livro ser publicado, identifiquei que havia uma confusão quanto à adoção do “feminino/masculino” para Common Law. Verifiquei que o sistema italiano grafa como expressão do gênero feminino. Fiz essa opção.

³ Ver Anexo 1, Juris Globe, University of Ottawa.

vinculem e para responder à indagação: “O precedente vinculante e a *ratio decidendi* da Common Law: exemplos a serem seguidos?”.

2. Desenvolvimento do sistema legal Common Law e dos precedentes vinculantes

A Common Law nasceu nas cortes reais da Inglaterra, sob o reinado do Rei Henry II, por volta de 1187. O Rei encomendou a um de seus renomados juizes, por nome Glanvill, a escritura de um livro que condensaria os costumes judiciais dos casos que eram levados para serem julgados nas Cortes reais. O Rei Henry II tinha a tradição de ser um “rei juiz” e a ele eram levados casos de diferentes matérias. A ele, se dirigiam, inclusive, nobres de outros reinados para aconselhamento e “decisão judicial” de seus litígios.

Ao ser publicado, Glanvill – o livro, que ficou conhecido com o nome de seu relator – contava a todos os súditos do Rei qual era o costume na Corte Real. Em sua publicação, o Rei determinou que aquela era a “*common Law*”, ou seja, era o direito comum a todos os homens livres, em território dominado por sua Coroa – um direito comum que registrava os costumes do Rei (daí o mito de que a Common Law é um direito costumeiro). Assim, o Rei fazia publicar seu direito, seus costumes e sua autoridade em face da Igreja e de Roma, contra quem queria publicamente se opor, contrapondo-se à *Cannon Law* e à *Roman Law*, também praticadas na Inglaterra, mas não comum a todos os homens livres⁴.

Posteriormente, os casos julgados nas Cortes reais passaram a ser relatados em livros de casos (no século XII, Bracton introduziu o costume de relatar *Case Books*) e em relatórios e livros do ano (no século XIII, os *Law Reports* e os *Year Books*). Contudo, foi somente no século XV, que a observância das decisões julgadas passou a ser praxe entre os juizes.

Os casos mais renomados, tanto pela complexidade como pela repercussão, eram levados, nessa época, à chamada Câmara Exchequer e ali, julgados em sistema colegiado, eram, posteriormente, observados pelos demais juizes. Não havia, no entanto, obrigatoriedade de vinculação. Tratava-se, muito mais, de um compromisso moral

⁴ Ver VIEIRA, A. C. *Civil Law e Common Law – os dois grandes sistemas legais comparados*, Porto Alegre: SAFE, 2007.

pautado por uma certeza e segurança jurídica, além de uma necessária harmonização.

Apesar disso, o “costume” de se observar precedentes foi exportado para as antigas colônias inglesas, na medida em que eram conquistadas. O sistema de observância dos precedentes foi, assim, incorporado e consolidado, com algumas peculiaridades locais nos sistemas jurídicos que se formavam na América do Norte, África, Ásia e Oceania.

Somente no século XIX, a monarquia e o Parlamento, com base na já consolidada prática do Judiciário, e após a costumeira organização dos *Law Reports*, declararam obrigatória a observância dos precedentes, que, a partir de então, se tornaram vinculantes por lei e ordem real, seguindo a hierarquia das Cortes judiciais da Inglaterra.

3. O sistema de precedentes vinculantes e a *ratio decidendi*

É importante entender o que exatamente importa desse sistema de precedentes vinculantes. Quais são, de fato, os elementos que merecem ser copiados da doutrina dos precedentes vinculantes, ou conforme tem sido consagrada, pela *doctrine of stare decisis*? Onde está a força vinculante, the binding element, dessa doutrina?

Richard Ward costuma enfatizar que há um erro em se dizer que uma decisão tem força vinculante ou mesmo que uma decisão perdeu sua força vinculante. O que contém *the binding element*, ou o perde, é na verdade, um princípio de direito desenvolvido na decisão, conhecido por *ratio decidendi* ou *holding*.⁵

Não é tudo o que é dito ou escrito pelo juiz em sua decisão que se torna *ratio*. Uma decisão, em regra, contém três elementos: i) fatos narrados, que são a base da livre convicção de um juiz; ii) princípios de direito positivo aplicáveis aos fatos em julgamento, e iii) a decisão que se baseia nos dois primeiros elementos.

Para as partes, o terceiro elemento é o principal da decisão. Para a *doctrine of stare decisis*, o segundo elemento é o mais importante, uma vez que ali se encontra a *ratio* (todo o arrazoamento de direito que conduziu à decisão final).

⁵ Ver WARD, Richard, *English legal system*, London: Butterworths, 1990.

Gary Slapper e David Kelly, em sua obra *English Law*, explicam que a *ratio decidendi* é toda a razão de direito aplicada ao se decidir um litígio trazido a juízo.⁶

Mas o que compõe, de fato, a *ratio*? Cracknell pondera que só pronunciamentos de direito compõem a *ratio* e apenas aqueles que são necessários para se atingir a decisão.⁷ Qualquer outra razão de direito desenvolvida na sentença é um *obter dictum*. Apesar de ter a sua importância e função no litígio (trazem exemplificação, fazem analogia etc.), torna-se supérflua para a formação da *ratio* – são palavras “mortas” na decisão.

Nem sempre é fácil encontrar a *ratio* em um caso relatado da Common Law, tanto no seu sistema original britânico como nos seus sistemas importados norte-americano, canadense, sul-africano, australiano e outros. A *ratio* pode consistir em alguns parágrafos ou de dezenas de páginas e será todo o arrazoado de direito que vinculará, conjuntamente com a sua base fática, pois é nesta que um caso se distingue de outro. Não necessariamente estará em texto contínuo. Além disso, dificilmente os juízes identificam a *ratio* em seus julgados quando a elaboram. Entendem que essa é a tarefa do intérprete. Em muitos casos, *obter dictum* foi transformado em *ratio* por errônea interpretação, mas se perpetuou como *common law*. Assim, infelizmente, muitos *obter dicta* tornaram-se “o direito”.

Dada toda essa complexidade, há modelo computacional de inteligência artificial, desenvolvido para encontrar a *ratio* (L. Karl Branting, University of Wyoming, Estados Unidos)⁸. A verdade é que os estudantes de Direito são treinados durante todo o curso para terem expertise em encontrar *the binding element*, assim como os estudantes de Direito do sistema romano-germânico são treinados a manusear códigos e separar temas.

4. Exemplo a ser seguido?

Apesar da complexidade, não há que se negar os benefícios de um sistema de precedentes vinculantes: previsibilidade e certeza,

⁶ Ver Gary Slapper e David Kelly, *English Law*, London: Cavendish, 2000.

⁷ Ver CRACKNELL, D. G., *English Legal System Textbook*, London: HTZ, 1994.

⁸ Ver BRANTING, L. Karl, A computational model of ratio decidendi, *Journal of Artificial Intelligence and Law*, 1994.

economia processual, tratamento semelhante para casos semelhantes, harmonia de todo o sistema, entre muitos outros.⁹

Para os que se preocupam com o engessamento do direito pelo sistema de precedentes, a própria Common Law tem utilizado dois mecanismos processuais: a distinção (*distinction*) e a revogação (*overruing*).

Pela distinção, o juiz deixa de observar a força vinculante quando conclui que o caso em mãos é distinto do precedente formado. Daí a importância de o *holding* não se concentrar apenas em um simples enunciado, mas trazer consigo uma boa parte do arrazoado. Pela revogação, que pode ser feita pelo próprio Judiciário ou por lei (a lei também é fonte primária de direito na Common Law!¹⁰), um precedente pode deixar de ser observado.

A Constituição Federal brasileira, criou o sistema de vinculação de precedentes ao admitir em seu Artigo 103, A, caput, que

“o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

Quando se toma o enunciado de uma Súmula, vê-se que há claramente uma distinção na aplicação do sistema de vinculação no direito brasileiro – talvez intencionalmente, talvez por incompreensão do sistema de precedentes originalmente criado. A Súmula brasileira que vincula é um mero enunciado, de três ou quatro linhas, com uma ordem imperativa que se assemelha muito mais ao terceiro elemento da decisão (aquele que importaria preferencialmente às partes) e é totalmente diferente da ratio do sistema da Common Law.¹¹

⁹ Ver “Vantagens e Desvantagens do sistema de precedentes vinculants” em meu livro *Civil Law e Common Law – os dois grandes sistemas legais comparados*, p. 128.

¹⁰ Ver “As Leis – Statute Law” em meu livro *Civil Law e Common Law – os dois grandes sistemas legais comparados*, p. 136.

¹¹ Ver os enunciados das Súmulas Vinculantes na página do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=jurisprudenciasumulavinculante>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

O novo Código de Processo Civil alarga essa recepção de elementos da Common Law no Brasil, fazendo com que a vinculação se estenda a mais julgados. De uma leitura simples do Art. 927 do novo CPC, verifica-se que o texto está bastante abrangente. Lê-se:

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.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º 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.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. (grifo nosso)

No Art. 927, o verbo “observarão” é interpretado pacificamente como “estarão vinculados”. Vê-se, claramente, que o artigo 927 recepciona dois elementos importantes dos precedentes vinculantes da Common Law, a saber: i) a vinculação *per se*; ii) a organização dos precedentes por questão jurídica.

Quanto ao primeiro, trata-se da mesma noção de observância obrigatória já introduzida pela súmula vinculante. Alarga-se o leque para as decisões de outros tribunais e outros tipos de decisões dentro do próprio STF. Bem se vê que os tribunais agora incluídos deverão ser treinados para compreender essa nova mentalidade de vinculação, uma vez que seus julgados serão observados obrigatoriamente dentro da hierarquia estabelecida.

Quanto ao segundo – a organização dos precedentes por questão jurídica, trata-se de absorção da estrutura dos *Law Reports* no Brasil. É de se observar que a sequência foi invertida em relação à Common Law. Nesta, primeiro houve uma extrema organização dos precedentes em *Law Reports*; depois, a vinculação foi assimilada e, por fim, determinada por lei. Mas essa sequência foi uma questão histórica, mesmo porque não se imaginava, no momento de criação dos *Law Reports*, que os precedentes neles relatados teriam força de lei.

Acredito que a inversão da ordem não prejudica a aplicação do elemento vinculante ao direito brasileiro. Poderia ter sido imaginado um passo a passo para preparação dos magistrados e funcionários do Judiciário para essa absorção do elemento vinculante e, nessa preparação, a criação dos relatórios de casos poderia ter sido introduzida previamente à introdução da vinculação. No entanto, apesar dos atropelos, a adoção de ambos os elementos - vinculação e organização por questão jurídica - pode caminhar lado a lado.

5. E se a estrutura da ratio decidendi também fosse absorvida?

Convém repetir que uma decisão judicial, em regra e em qualquer sistema legal do mundo, contém três elementos principais, a saber: i) os fatos narrados; ii) o arrazoado que compreende os princípios de direito positivo aplicáveis aos fatos em julgamento, e iii) a decisão que se baseia nos dois primeiros elementos.

Para a *doctrine of stare decisis*, o elemento principiológico que conduz à decisão final é o mais importante e é ele que vincula. A *ratio*

decidendi ou holding é a razão de direito aplicada para se atingir a decisão. Dela fazem parte apenas os pronunciamentos de direito que forem necessários para se chegar à decisão final, sendo que, outros comentários, analogias, exemplificações e observações desenvolvidos na sentença são *obter dictum*. A própria decisão final (aquela que importa preferencialmente às partes envolvidas) não configura, per se, a *ratio decidendi*.

De uma observação das súmulas vinculantes publicadas, vê-se claramente que o Brasil tem adotado o elemento vinculante da *ratio*. Veja o enunciado de algumas súmulas vinculantes:

Súmula 4:

Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Súmula 5:

A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Súmula 12:

A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.

Súmula 25:

É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Súmula 48:

Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro.

Contudo, como bem se nota, o elemento que vincula nessas súmulas configura, em seu simplório enunciado, a decisão final, que importaria preferencialmente às partes envolvidas. É isso mesmo o que queremos? Ou melhor, é isso mesmo o que deveríamos estar absorvendo?

De séculos de construção histórica da Common Law e seu sistema de precedentes vinculantes, os *common lawyers* entenderam que deve vincular a razão de direito. O Brasil, por sua vez, decide adotar o precedente que vincula. Contudo, contrariando a tendência do constructo

anglo-saxão, vincula no Brasil o terceiro elemento da sentença. Que riscos estariam envolvidos nessa “equivocada compreensão de vinculação” – uma vinculação à brasileira? Um jeitinho brasileiro para vincular?

Num momento em que, felizmente, o Brasil consolida ainda mais esse elemento vinculante em suas decisões, com um novo Código de Processo Civil que alarga essa possibilidade de vinculações para mais decisões do STF, inclusão de decisões do STJ, bem como, seguindo as hierarquias convencionadas, também as decisões dos tribunais superiores, convém questionar se as mudanças não seriam mais satisfatórias se as Cortes superiores brasileiras modificassem, em suas redações, a estrutura do elemento vinculante, para abraçar o arrazoado de direito que, a exemplo da Common Law, importa à decisão final – a *ratio decidendi*.

Há entendimentos de que o Art. 489 do novo CPC aponta para um reclame desse elemento de razão na vinculação.¹² Lê-se no CPC:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

¹² Em exposição que fiz a alguns professores de Direito Processual Civil, em 2015, sobre a *ratio decidendi* como elemento central do precedente vinculante e a equivocada vinculação de um enunciado no Brasil, o Prof. Marcos Destefenni levantou o raciocínio de que podemos respaldar esse meu reclame no Art. 489 do novo CPC. Essa exposição aqui feita sobre o Art. 489 é baseada nessa interpretação, com a qual concordamos plenamente, do Prof. Destefenni.

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Numa boa interpretação desse artigo – uma interpretação segundo os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, a razão de decidir deve ser o elemento central do precedente que vincula também no Brasil.

Os fundamentos são elementos essenciais da sentença. Não pode ser considerada fundamentada uma decisão que se limite a indicar, a reproduzir ou a parafrasear ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida. Tampouco o deveria ser uma súmula que tem intenção de vincular. A razão de direito deve ter esse vínculo com a personalidade da causa em si. Esse é também o raciocínio da Common Law.

Compreendemos que, no Brasil, as razões também devem ser enunciadas. E que assim seja.

Conclusão

Num mundo globalizado, de cultura pós-moderna, o aprendizado é transnacional. A *ratio decidendi* pode, assim, ser também incorporada à cultura de redação de um precedente no Brasil, sem carregar a sua carga de indefinição da Common Law.

A certeza e segurança jurídica que se pretendem com a incorporação do sistema de precedentes vinculantes seriam garantidas por um arrazoado de direito e não por um mero enunciado. Seria, assim, a razão de decidir que vincula. E isso poderia ser feito sem a recepção da complexidade de encontrar a ratio na decisão brasileira, uma vez que, no Brasil, o juiz já é um expert em construir sentenças com suas distintas partes devidamente identificadas. Absorveríamos a razão de vincular sem a complexidade da Common Law.

Referências

- CRACKENLL, D. G. *English legal system textbook*. London: HTZ, 1994.
- BRANTING, L. Karl. A computational model of ratio decidendi. *Artificial Intelligence and Law*, v. 2, n. 1, p. 1-31, 1994.
- SLAPPER, Gary; KELLY, David. *English law*. London: Cavendish, 2000.
- UNIVERSITY OF OTTAWA. *Juris Globe*, 2015. Disponível em: <<http://www.juriglobe.ca/eng/>>. Acesso em: 19 jan. 2016.
- VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law – os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: SAFE, 2007.
- WARD, Richard. *English legal system*. London: Butterworths, 1990.

Revisão Judicial e uma judicialização da política “ao modo brasileiro”

Emerson Norio Chinen

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Resumo: O artigo pretende uma reflexão inicial sobre conceitos relacionados ao debate sobre o fenômeno da judicialização da política no Brasil. Esboça a apresentação de uma perspectiva de estudo do direito comparado, com considerações sobre “common law”, focado nos Estados Unidos. E, na perspectiva de análise do direito pátrio, pretende-se estabelecer a existência de um modo particular de judicialização da política.

Palavras-chave: revisão judicial; judicialização da política.

Introdução

A Constituição Federal estabeleceu o Judiciário como Poder do Estado e o constitucionalismo detalhado elevou ao extremo as potencialidades de seu papel político. Houve legitimação e ampliação da atuação da Justiça e a seara judicial foi eleita como principal arena de disputa e arbitramento de todo e qualquer conflito, inclusive político. No Brasil, tudo parece ter se tornado caso para ser resolvido na Justiça.

Nas últimas décadas, a agenda política do país tem exigido reformas e ajustes políticos, econômicos e sociais para a retomada estrutural do desenvolvimento e da inserção internacional, o que também revela ter contribuído para a crescente expansão do âmbito de atuação do Poder Judiciário e do aumento do seu protagonismo frente aos outros poderes.¹ A democracia constitucional brasileira é cada vez mais constitucional que democrática. As decisões dos poderes majoritários têm sido cada vez mais objeto de revisão/limitação pelos tribunais e

¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte. *Revista USP. Dossiê Judiciário*, n. 21, p. 76, 1994.

um Judiciário ativo tem-se tornado verdadeiro coautor de políticas públicas.²

Colocadas essas ideias, a tentativa neste trabalho é de analisar o fenômeno da judicialização da política no Brasil, a partir do mecanismo de revisão judicial, via desenvolvimento do controle de constitucionalidade. O estudo do direito comparado a partir de considerações sobre “common law”, com foco nos Estados Unidos, apresenta relevância diante de seu protagonismo no tema: “judicial review”.³ E, na perspectiva de análise do direito pátrio, pretende-se estabelecer a existência de um modo particular de judicialização da política.

1. Crise da Justiça

Seria possível indagar seriamente, no Brasil ou nos Estados Unidos, sobre o que não pode ser judicializado nos dias de hoje?

Sem se olvidar dos Princípios da Inafastabilidade da Jurisdição e do Acesso à Justiça, há tempos se ouve falar em crise e em necessidade de reforma do Poder Judiciário.⁴ Maria Tereza Sadek aponta dois aspectos que diferem a situação brasileira recente, quais sejam que a Justiça se transformou em questão percebida como problemática por amplos setores da população, da classe política e dos operadores do Direito e que o grau de tolerância da sociedade com a baixa eficiência do sistema judicial tem diminuído e, simultaneamente, tem aumentado a corrosão no prestígio do Judiciário.⁵

De outro lado, a crescente proeminência do Judiciário sobre os demais Poderes do Estado parece cada vez mais ganhar corpo. É crescente o interesse da população sobre julgamentos. O noticiário da mídia sobre o Supremo Tribunal Federal tornou-se diário. No meio acadêmico, é vasto o número de trabalhos que buscam discutir os diversos aspectos da vida, o papel do direito e os limites de atuação da Justiça.

² SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *Revista do Instituto de Estudos Avançados USP*, v. 18, n. 51, p. 79-81, maio/ago. 2004.

³ Para maior aprofundamento no tema ver: CARVALHO, Ernani Rodrigues. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 28, p. 161/179, jun. 2007.

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

⁵ SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *Revista do Instituto de Estudos Avançados USP*, v. 18, n. 51, p. 81-83, maio/ago. 2004.

O panorama de fundo parece consequência do processo de constitucionalização dos direitos, do desafio da vida moderna que acaba por acarretar o deslocamento da discussão e da autoridade política de deliberação perante o parlamento para uma busca por atuação do Judiciário, reforçando neste o seu papel de guardião de direitos constitucionais. No Brasil, esse fenômeno ganhou contornos acentuados no que diz respeito à autoridade do Supremo Tribunal Federal em relação às demais instâncias da Justiça e no que se refere à expansão do STF em detrimento dos demais Poderes do Estado. Esse é o fenômeno chamado “supremocracia” por Oscar Vilhena Vieira.⁶

Em outras palavras, no Brasil, ao Poder Judiciário parece ter sido conferido um papel político de relevo, possibilitando a legitimação de sua atuação e transformando o processo judicial em verdadeira esfera de discussão e arbitramento do confronto entre as forças políticas. A linguagem e os procedimentos do direito predominam no Estado Social e mobilizam o Judiciário para o exercício desse novo papel.⁷

Ocorre que não se pode esquecer da estrutura monocrática do sistema de justiça brasileiro, no qual a independência de cada juiz parece representar uma garantia democrática, mas cujo tipo de estrutura estimula a diversidade de decisões e não uma cultura de respeito aos precedentes.

Ainda em relação à crise, mas sobre outra perspectiva, Pierpaolo Cruz Bottini aponta como fatores preponderantes do que denomina “déficit de funcionalidade” do sistema judicial os seguintes aspectos: ao lado da legislação processual e do excesso de demandas, ganha relevância a gestão administrativa, nas palavras de Joaquim Falcão⁸, pois o “sistema de administração do Judiciário ainda padece da falta de modernização, de informatização e de racionalidade”⁹, com apontamentos sobre uma dimensão não política, mas de déficit estrutural do Judiciário.

⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-463, dez. 2008.

⁷ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, M. A. R.; MELO, M. P. C.; BURGOS, M. B. A judicialização da POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁸ FALCÃO, Joaquim. Estratégias para a reforma do Judiciário. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A reforma do Judiciário: aspectos relevantes. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2006. cap. 10, p. 219.

Em contraponto, Armando Castelar Pinheiro indica que fatores de falta de previsibilidade das decisões judiciais no Brasil são a judicialização da política e a questão da busca de uma justiça social.¹⁰

Hélcio Ribeiro¹¹ vai além e aponta ser a transição de paradigmas da sociedade e da ciência moderna a verdadeira causa dos novos desafios apresentados ao direito. Descreve o período atual como de transição paradigmática e afirma:

Nascido de processos revolucionários que deram origem à Europa moderna, o direito codificado e centrado no Estado defronta-se atualmente com uma crescente multiplicação de centros de produção de poder, decorrentes tanto da globalização econômica como do alto nível de complexidade social, resultantes dos processos de diferenciação funcional, internacionalização do Estado e novas formas de regulação supra-estatais, Lex mercatória, desconstitucionalização de direitos, flexibilização das regras que comandam inúmeras relações no campo do econômico e trabalhista e desenvolvimento de formas alternativas de solução de conflitos como arbitragem e mediação, que colocam em cheque o monopólio do Poder Judiciário em dizer o direito.

E, conclui em seguida: “O direito é, mesmo assim, um dos elementos centrais do desenvolvimento da sociedade moderna, dado seu papel na garantia da segurança jurídica em face da dinâmica política e econômica do capitalismo.”

Portanto, no cenário atual da modernidade e de transição de paradigmas, nada ou quase nada escapa ao mundo do direito, embora isto acabará por se transformar em base do seu esgotamento¹². No Brasil

¹⁰ PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & economia: análise econômica do direito das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 262.

¹¹ RIBEIRO, Hélcio. Direito, transição paradigmática e sociedade do risco. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Org.). *Diálogo entre juizes*. Brasília, DF: UniCEUB, 2014. p. 13.

¹² RIBEIRO, Hélcio. Direito, transição paradigmática e sociedade do risco. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Org.). *Diálogo entre juizes*. Brasília, DF: UniCEUB, 2014. p. 15.

e também no estudo comparado do direito norte-americano, tudo ou quase tudo parece ser judicializável¹³ e esta dimensão política da crise da Justiça tem-se revelado problemática.

2. Judicialização da política

Análises sobre o conceito e o fenômeno da judicialização da política possuem papel de destaque nos debates sobre a performance do Poder Judiciário. Esta pode ser entendida a partir do debate entre direito e política, sendo conceituada como a expansão do poder judicial, ou seja, ocorre quando esses elementos e funções começam a se confundir. Colocado em outras palavras a judicialização da política pode ser entendida como a utilização de procedimentos judiciais para a resolução de conflitos políticos. É a dominação da arena, do foro de decisão política (Poder Legislativo e Poder Executivo), por mecanismos judiciais ou legais próprios do Poder Judiciário, tendo como resultado um conflito político.¹⁴

O ingresso do Judiciário, nesse contexto, fez surgir novos atores da democracia e alterou a equação política da separação de poderes. O debate tem sido expresso em uma dimensão que aborda a tensão entre democracia, constituição e justiça, além de outra apresentada como analítica, sobre a forma e os efeitos desse fenômeno. Ernani Rodrigues Carvalho¹⁵ afirma que essa expansão do poder judicial obedece a um quadro de condições políticas incentivadoras, tais como: a democracia, a separação de poderes, o exercício dos direitos políticos, o uso dos tribunais pelos diversos grupos de interesse, o uso do Judiciário pela oposição e a incapacidade e inefetividade das instituições majoritárias

¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 26-27. “A situação atual impossibilita integralmente que esta concepção revolucionária gere algum tipo de resultado. A complexidade das sociedades contemporâneas, somada ao acesso à justiça, que se tornou real, já demonstraram com veemência que o direito positivo, puro e simplesmente considerado, não é um instrumento que baste para resolver os problemas que se colocam diante do juiz”.

¹⁴ Sobre o assunto veja-se: RIBEIRO, Helcio. *Justiça e democracia: judicialização da política e controle externo da magistratura*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

¹⁵ CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 116, nov. 2004. “O governo, além de negociar seu plano político com o Parlamento, teve que se preocupar em não infringir a Constituição. Essa seria, de maneira bastante simplificada, a equação política que acomodou o sistema político (democracia) e seus novos guardiões (a constituição e os juízes)”.

em responderem às demandas sociais. E, procura demonstrar a ligação entre a ascensão do mecanismo da revisão judicial dos EUA e das instituições do capitalismo com o colapso do socialismo.

No Brasil, muitos pesquisadores já trabalharam com essa noção, sendo bem-sucedida a formulação do conceito de ciclo da judicialização de Vanessa Elias de Oliveira no artigo *Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política?*¹⁶

A observação da autora de que a judicialização da política é um processo muito mais complexo do que vem sendo apresentado, e envolve uma nova comunidade de pessoas que ingressam no Judiciário buscando soluções judiciais para conflitos políticos¹⁷ é bastante pertinente.

Nesse contexto, é que acolhemos como correta a apresentação do conceito de ciclo da judicialização, assim apresentado:

“Tratarei a judicialização como um processo de três fases, que implica: primeiramente no acionamento do Judiciário através do ajuizamento de processos – ou – politização da justiça; em segundo lugar, no julgamento do pedido de liminar (quando houver); e, por fim, no julgamento do mérito da ação, que enseja a judicialização da política propriamente dita. Este é o que chamarei de ciclo da judicialização.”¹⁸

Em seguida, a autora prossegue:

Portanto, parto do pressuposto de que não se pode falar em judicialização da política somente em função do acionamento do Judiciário pela sociedade civil, pelos partidos ou pelo ministério público (que seria apenas a primeira etapa do ciclo, a politização da justiça), sem que haja uma resposta (isto é, o julgamento do mérito das ações, independentemente se a favor ou contra) às ações impetradas. Nesse sentido, pode ocorrer a judicialização apenas quando o Judiciário responde à demanda, independentemente da decisão à qual chega. Ao contrário,

¹⁶ OLIVEIRA, Vanessa Elias de. *Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?* Dados, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 559-686, set. 2005.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Ibidem. p. 560-561.

não há judicialização - quando o Judiciário é acionado, mas não responde à solicitação, mesmo que a medida cautelar do processo (liminar) seja julgada (cuja apreciação é de caráter emergencial); nesse caso, há apenas uma politização da justiça, uma vez que o resultado prático ainda não é a interferência do Judiciário na política.¹⁹

A partir disso, Vanessa Elias de Oliveira apresenta extensa análise de dados obtidos relativos ao papel do Poder Judiciário no processo de privatizações de empresas estatais, em um total de 842 ações ajuizadas, tendo como fonte de referência dados fornecidos pelo BNDES, agência responsável pela administração do Programa Nacional de Desestatização, e outras 39 Adins ajuizadas no STF, que serviram também como fonte de dados. Apontou como resultado o fato que nenhuma ação judicial conseguiu barrar a venda de uma empresa estatal, ou seja, reverter o processo de privatização (OLIVEIRA, p. 569-576).

Já em relação às 39 Adins ajuizadas entre 1988 e 2002, 48,7% tiveram pedido de liminar apreciado à época do levantamento, mas apenas uma (2,5%) teve julgamento de mérito, sendo que sua maioria, 26 ações (66%), foi extinta sem análise de mérito pelo STF.²⁰

Assim, concluiu:

Em resumo, a utilização do Judiciário não impediu, mas retardou a ação do governo no caso das privatizações, além de levá-lo a mudar as suas estratégias de ação face à avalanche de processos judiciais e de pedidos de liminar. Neste sentido, o acionamento do judiciário refletiu-se no processo de privatizações. Contudo, uma vez que estou trabalhando com um conceito de judicialização da política que implica em uma participação ativa dos magistrados no rumo dos assuntos definidos na esfera da política, julgando as ações que chegavam ao Judiciário, então é possível afirmar que este Poder, embora tenha sido chamado a se pronunciar sobre questões políticas, não judicializou tais questões, pois não julgou o mérito de tais ações.²¹

¹⁹ OLIVEIRA, Vanessa Elias de. *Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? Dados*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 561-562, set. 2005.

²⁰ *Ibidem.* p. 576-582.

²¹ *Ibidem.* p. 582-584.

A conclusão no sentido de que não houve judicialização da política é sem dúvida surpreendente e geradora de perplexidade quando nos recordamos do contexto histórico dos processos de privatização de empresas estatais, de todo o debate jurídico e das batalhas judiciais ocorridas no Brasil na década de 1990.

Na tentativa de melhor lidar com essas surpreendentes conclusões, durante a elaboração deste trabalho²², realizamos pesquisa de dados e decisões acessíveis no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br), na seção “Jurisprudência”, utilizando-se no campo de pesquisa a inserção combinada dos termos: “Adin”, “Privatização\$”, “Precedente”. A delimitação do levantamento teve como objetivo verificar a atualidade daquelas conclusões apresentadas por Vanessa Elias de Oliveira, tentando estabelecer a existência de alteração de discursos na jurisprudência do STF sobre o tema, em especial se alguma Adin referente ao tema das privatizações foi julgada precedente.

Sobre os dados pesquisados foram encontrados nove julgados: 1-) ADI 1923/DF, 2-) ADI 3075/PR, 3-) ADI 1348/RJ, 4-) ADI 3089/DF, 5-) ADI 3151/MT, 6-) ADI 1498/RS, 7-) ADI 234/RJ (Questão de Ordem), 8-) ADI 234/RJ, 9-) ADI 126/RO.

Da leitura dos julgados encontrados julgados precedentes, verificou-se que a ADI 1923/DF versava sobre fixação de marco legal de organizações sociais privatizadas, a ADI 3075/PR e a ADI 1348/RJ eram referentes a debate sobre a manutenção e transferência de recursos públicos para banco privatizado. Por sua vez, a ADI 3089/DF e a ADI 3151/MT tratavam de matéria tributária em empresa privatizada e a ADI 126/RO cuidava de questão envolvendo tema de remuneração de servidor público oriundo de empresa privatizada. Ainda, a ADI 1498/RS foi julgada precedente para declarar a inconstitucionalidade de Lei Estadual que autorizava privatização de cartórios judiciais no Estado do Rio Grande do Sul, todos sem exata pertinência temática com o objeto deste estudo.

Finalmente, encontramos a ADI 234/RJ e sua Questão de Ordem apresentada em julgamento no STF que tratou da privatização do Banerj. A referida Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada precedente em parte, mas nesta demanda, ao contrário daquelas analisadas por Vanessa Elias de Oliveira, cuidou-se de ação ajuizada pelo Governador do Estado para possibilitar a privatização do banco estadual e não

²² Durante o 2º semestre de 2015.

impedi-la, tendo sido declarada inconstitucional e conferida interpretação conforme, respectivamente, para travas existentes na redação original dos artigos 99, inciso XXXIII e artigo 69, parágrafo único da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Nesse panorama, portanto, permanece atual e correta a conclusão no sentido de que nenhuma ação judicial conseguiu barrar a venda de uma empresa estatal no Brasil, ou seja, reverter o processo de privatização da década de 1990. E isto parece ter ocorrido, não só porque o Poder Judiciário, embora tenha sido chamado a se pronunciar sobre questões políticas, não as judicializou, mas também porque parece ter havido o que chamarei de uma forma peculiar de judicialização da política “ao modo brasileiro”²³. A cada julgamento de extinção das ações sobre privatizações sem análise de mérito, embora dentro de um tecnicismo jurídico bem fundamentado, o STF revelou a ausência de uma postura política ou ideológica contrária àquela predominante nos Poderes majoritários. E, tal e qual visto no julgamento da ADI 234/RJ, não se opôs às políticas por estas adotadas, mas ao contrário, concordou com elas. Tudo isso parece ter legitimado ainda mais o processo de privatização, o que também sugere implicar, a contrário senso, uma participação ativa dos magistrados no rumo dos assuntos definidos na esfera da política.

Conclusão

Com as ideias ora apresentadas, afigura-se com clareza que a dimensão política da crise da Justiça é problemática e decorre do cenário atual da modernidade e da transição de paradigmas.²⁴ Nada ou quase nada escapa ao mundo do direito. No Brasil e também no estudo comparado do direito norte-americano, constata-se que quase tudo é passível de ser judicializado, não sendo necessário aqui repetir o já apontado. Entretanto, à guisa de conclusão uma observação parece importante como reflexão dirigida para possível aperfeiçoamento, sem se dispensar para outros campos não objetos do presente trabalho.

²³ A expressão é inspirada e tomada por empréstimo do trabalho de VERÍSSIMO, Marcos Paulo (2008). A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul.-dez. 2008.

²⁴ RIBEIRO, Hércio. Direito, transição paradigmática e sociedade do risco. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Org.). *Diálogo entre juizes*. Brasília, DF: UniCEUB, 2014. p. 13-26.

Colocado em outras palavras, podemos estabelecer que o Poder Judiciário ao ser chamado a se pronunciar sobre questões políticas, ainda que sem julgar propriamente o mérito das demandas ou proferindo decisões de extinção sem análise de mérito, de algum modo acaba também por legitimar as decisões dos poderes políticos, sugerindo-se com isso a representação, ainda que por via transversa, de uma forma de judicialização da política “ao modo brasileiro”.

Bibliografia

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A reforma do Judiciário: aspectos relevantes. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2006.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 28, p. 161/179, jun. 2007.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 116, p. 115-126, nov. 2004.

FALCÃO, Joaquim. Estratégias para a reforma do Judiciário. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? *Dados*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 559-686, set. 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & economia: análise econômica do direito das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RIBEIRO, Helcio. *Justiça e democracia: judicialização da política e controle externo da magistratura*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

RIBEIRO, Hécio. Direito, transição paradigmática e sociedade do risco. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA; Liziaine Paixão Silva (Org.). *Diálogo entre juízes*. Brasília, DF: UniCEUB, p. 13-26, 2014.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *Revista do Instituto de Estudos Avançados USP*, v. 18, n. 51, p. 79-101, maio/ago. 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul.-dez. 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul.-dez. 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da Lei ou da Corte. *Revista USP. Dossiê Judiciário*, n. 21, p. 74-80, 1994.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, M. A. R.; MELO, M. P. C.; BURGOS, M. B. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

A influência da *American Judicial Review* no Brasil, Japão e Alemanha: reflexões e perspectivas sobre o papel atual do Judiciário

*Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

O controle de constitucionalidade norte-americano sempre foi tema de primeira ordem no Direito Constitucional ao redor do mundo. Ao longo da História, tem sido importante instrumento de proteção do particular contra os abusos ou omissões do Estado e influenciou de forma direta o Brasil, o Japão e a Alemanha. Atualmente, a relevância da *judicial review* é clara, pois constitui meio bastante eficaz à concreção dos direitos e garantias fundamentais. A influência, as características e possíveis benefícios desse tipo de controle ao sistema jurídico brasileiro serão o objeto deste breve estudo.

É fato que a *Common Law* norte-americana e a *Civil Law* brasileira têm, gradativamente, apresentado significativos pontos de convergência. O primeiro grande momento de influência da Constituição norte-americana de 1787, no Brasil, veio com a Constituição da República de 1891.² Com propriedade, o ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira indica que, a partir daí, o Brasil abandonou as origens latinas e adotou o modelo americano de controle de constitucionalidade.³

Nos outros países, a influência norte-americana foi mais evidente após a vitória dos aliados na Segunda Guerra Mundial. No Japão, elaborada sob a Era Meiji, vigia a Constituição de 1889, com clara influência da Constituição Prussiana de 1850 e do respectivo conceito de

¹ Mestre em Direito Comparado (MCL) pela *Cumberland School of Law, Samford University*. Membro do Instituto de Direito Comparado Brasil-Japão e do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ.

² O título da Constituição de 1891 faz referência à “República dos Estados Unidos do Brasil”, forte traço da simpatia brasileira ao constitucionalismo norte-americano.

³ Cf. A súmula e sua evolução no Brasil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 179, ano 24, nov./dez. 2000, p. 15-34.

constitucionalismo monárquico.⁴ O sistema judiciário fora inspirado nos modelos francês e alemão e não havia qualquer previsão quanto ao controle de constitucionalidade.⁵

Após a Declaração de Potsdam, em 1945, com base em estudos prévios dos aliados⁶, veio à tona a Constituição de 1946, por influência do Supremo Comandante das Potências Aliadas,⁷ General Douglas MacArthur, que entabulou, de forma bastante hábil, acordos então sigilosos com a Dieta Imperial⁸ e com o próprio Imperador Hirohito. Essa nova Carta, muito semelhante à Constituição norte-americana, introduziu no Japão de forma clara a *judicial review*⁹ e a supremacia da Constituição como lei fundamental.¹⁰

⁴ Cf. HIGUCHI, Yoichi. *Five decades of constitutionalism in Japanese society*. University of Tokyo Press, 2001. p. 4. Na Constituição de 1889, havia previsão da política nacional do kokutai, que dispunha sobre a soberania e origem divina do Imperador, fator que colaborou, também, à política expansionista nipônica, muito aos moldes daquilo então preconizado pelo lendário prussiano Claus von Clausewitz. No Brasil, a Constituição de 1824 previa o Poder Moderador, aparentemente de menor alcance do que o kokutai. Ambos, contudo, garantiam, a seu respectivo Imperador, razoável controle sobre os poderes executivo, legislativo e judiciário.

⁵ Cf. LUNEY JR., Percy R.; TAKAHASHI, Kazuyuki. *Japanese Constitutional Law*. Tokyo: University of Tokyo Press, 1993. p. 125-126.

⁶ Perplexos com a aparentemente incompreensível fidelidade dos soldados nipônicos ao Imperador, os Estados Unidos atribuíram à socióloga Ruth Benedict a difícil missão de explicar o Japão. Ela defendeu que o Imperador Hiroito não fosse deposto. Ao contrário, a transição a um regime democrático seria muito mais fácil se a mudança fosse por ele sancionada; o que, de fato, ocorreu (Cf. SPINELLI, Kelly Cristina. *Conhecimento a serviço da dominação*. História Viva: Japão: 500 anos de história: 100 anos de imigração. São Paulo: Duetto Editorial, 2008. p. 54-55.). Nesse contexto, a Constituição de 1946 foi implementada por meio de emenda à Constituição de 1889. Porém, os poderes do Imperador tal qual anteriormente dispostos - kokutai - foram extintos. Deram lugar à soberania popular e a um judiciário mais forte e independente de eventual interferência imperial.

⁷ O general Douglas MacArthur foi indicado por Harry Truman para ocupar o posto de *Supreme Commander of the Allied Powers*, ou, simplesmente, SCAP. MacArthur supervisionou a ocupação do Japão e exerceu o controle direto sobre suas principais ilhas (Honshu, Hokkaido, Shikoku e Kyushu) (Cf. CAPELUNI, Gabriel. *Governados por estrangeiros*. História Viva: Japão: 500 anos de história: 100 anos de imigração. São Paulo: Duetto Editorial, 2008. p. 49.).

⁸ A Dieta Imperial ou simplesmente Diet corresponde, guardadas às devidas diferenças, ao Parlamento, composto por duas Câmaras (Cf. FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 300-305.).

⁹ O art. 81 da Constituição estabelece a Suprema Corte como última instância com competência para declarar a constitucionalidade de qualquer lei, ordem, regulamento ou ato oficial. Lá, a Suprema Corte, a *Saiko Saibansho*, no caso 2 Keishu 801 (Sup. Ct., G.B., 8.10.1952), declarou que a *judicial review* norte-americana fora incorporada de forma expressa no ordenamento jurídico japonês por meio do art. 81 (Cf. TOMATSU, Hidenori. *Judicial review in Japan: an overview of efforts to introduce U.S. theories*. In: HIGUCHI, Yoichi (Ed.). *Five decades of constitutionalism in Japanese society*. Tokyo: University of Tokyo Press, 2001. p. 254.). O juiz pode declarar a inconstitucionalidade de lei aos moldes norte-americanos (4 Keishu 73, Sup. Ct., 1.02.1950) e os precedentes, conforme teoria predominante, têm autoridade vinculante de fato (Cf. NONAKA, Toshihiko. *Supreme Court precedents and the Lower Courts in the exercise of judicial review*. In: HIGUCHI, Yoichi (Ed.). *Five decades of constitutionalism in Japanese society*. Tokyo: University of Tokyo Press, 2001. p. 280-281.).

¹⁰ O art. 98 da Carta dispõe acerca da supremacia da Constituição sobre os demais atos do legislativo e do executivo.

A Alemanha já estava familiarizada com o controle judicial das normas e leis, tal qual exercido pelo *chief justice* John Marshall em *Marbury v. Madison*,¹¹ caso que será analisado com mais vagar logo à frente. Fato é que desde 1848, já se pretendia, com a Constituição de *Saint Paul*, garantir à Suprema Corte Alemã, a *Reichsgericht*, a competência para o julgamento de questões constitucionais, sob influência do constitucionalismo norte-americano.¹² A ideia ficou adormecida, pois essa Constituição não entrou em vigor.¹³ Em nova tentativa, quase oitenta anos depois, a Corte Alemã, como apontado por Hoffmann-Riem, declarou, em 1925, a possibilidade do controle judicial de constitucionalidade das leis.¹⁴ Porém, somente após a derrota do nazismo, os alemães conseguiram redigir uma nova Carta. Congregaram, então, as exigências dos poderes aliados, resumidas nos “Documentos de Frankfurt”¹⁵ e negociadas pelo General Lucius D. Clay¹⁶, e suas próprias reivindicações, muito em parte fruto de profundas reflexões acerca da Constituição de Weimar. Surgiu, assim, a Lei Básica ou Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949. E, em 1951, criou-se a Corte Federal Constitucional, o *Bunderverfassungsgericht*, a concentrar o controle de constitucionalidade de forma preponderante a seus dois Senados ou Câmaras e visivelmente voltada à proteção dos direitos fundamentais.

A influência da constituição alemã foi nítida a outras constituições europeias. Vivo exemplo disso é a Constituição Portuguesa de

¹¹ A *judicial review* ou controle de constitucionalidade norte-americano foi reconhecido de forma clara, pelo Judiciário, com o célebre *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), no qual Marshall assentou as premissas lógicas para fundamentar o controle do judiciário sobre os atos do executivo e do legislativo (Cf. MACIEL, Adhemar F. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 43, n. 172, out./dez. 2006).

¹² Cf. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Two Hundred Years of *Marbury v. Madison*: the struggle for judicial review of constitutional questions in the United States and Europe. *German Law Journal*, v. 5, n. 6, jun. 2004. Disponível em: <www.germanlawjournal.com>. Acesso em: 15 set. 2008. O eminente professor também integrou o Primeiro Senado da Corte Federal Constitucional Alemã, o *Bunderverfassungsgericht*.

¹³ Nesse sentido, Rogeiro também aponta que a Constituição “esquecida” de Frankfurt de 1849 foi influenciada pelo *Bill of Rights* da Constituição norte-americana. Essa Constituição, embora não tenha vigorado, influenciou a Constituição de 1871 e a de Weimar, de 1919 (Cf. ROGEIRO, Nuno. *A lei fundamental da República Federal da Alemanha*. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 30.).

¹⁴ RGZ 111, 320 (1925).

¹⁵ Os “Documentos de Frankfurt” surgiram como fruto de negociações dos poderes aliados para o estabelecimento dos princípios fundamentais da Constituição da Alemanha Ocidental. Eram, na essência, as anotações do General MacArthur ao Japão (Cf. OTAKE, Hiedo. Two contrasting constitutions in the postwar world: the making of the Japanese and the West German constitutions. In: HIGUCHI, Yoichi (Ed.). *Five decades of constitutionalism in Japanese society*. Tokyo: University of Tokyo Press, 2001. p. 56-58.).

¹⁶ O General Lucius era chefe do Gabinete do Governo Militar dos Estados Unidos para a Alemanha (OMGUS).

1976,¹⁷ cujo caráter programático, conforme as ideias de Jorge Miranda, migrou também à Constituição Brasileira de 1988; Carta essa que também adotou o caráter descritivo das cláusulas pétreas. Aqui cabem as ponderadas observações do Professor Ricardo Fiuza, que identificou, com precisão, o sistema judiciário português e seu respectivo controle de constitucionalidade, cujas funções do Tribunal Constitucional têm sido bem exercidas, aqui, pela nossa Suprema Corte. Assim, no Brasil, ao lado do controle difuso à americana, há também o controle concentrado, mais aos moldes austríacos.¹⁸

Traçados, em breves linhas, o roteiro e a influência do constitucionalismo norte-americano no Brasil, Japão e Alemanha, cabe-nos duas importantes considerações. Primeiro, da análise até então feita, extrai-se a premissa de que o controle judicial norte-americano foi incorporado sob as mais diferentes matizes nesses países, sem contudo, perder sua essência. Segundo, vem daí a importância da adequada compreensão da *judicial review* para que possa, então, nos limites do possível, ser compatibilizada à cultura legal brasileira. Para tanto, apontaremos, de forma sucinta, as características do sistema legal que ainda hoje vigora nos Estados Unidos.

A base da *Common Law* norte-americana consiste em três pontos fundamentais: a doutrina do *stare decisis*,¹⁹ a autoridade persuasiva ou vinculante do precedente judicial e a *judicial review*. Diferente de sua origem inglesa, o sistema norte-americano é mais flexível²⁰ e, desse modo, consegue se adaptar muito melhor às mudanças sociais ao longo do tempo; afasta-se, assim, o extravagante mito da estratificação eterna da jurisprudência.

¹⁷ Cf. MOREIRA, Vital. 50 anos da lei fundamental alemã. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, DF, v. 1, n. 2, jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/Conti_alema.htm>. Acesso em: 1 out. 2008.

¹⁸ Cf. FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. Op. cit., p. 105-136 e p. 298-299.

¹⁹ A doutrina do *stare decisis*, na tradição legal dos Estados Unidos, aponta que uma corte de apelação federal ou estadual, ao estabelecer um princípio para decidir um caso concreto – *ratio decidendi* –, por, no mínimo, votação majoritária, deverá aderir ao precedente em casos futuros essencialmente análogos (Cf. COLE, Charles D. *Comparative Constitutional Law: Brasil and the United States*. Birmingham: Samford University Press, 2006. p. xxii-xxiii.).

²⁰ A *Common Law*, na Inglaterra, já existia em molde bastante semelhante ao atual no reinado de James I (1603-1625), mas a rigidez então existente indicava a distância da flexibilidade e do espírito criativo de sua origem (Cf. JONES, Harry. *Our uncommon Common Law*. *Tennessee Law Review*, v. 42, p. 450-452, 1975, apud KELSO, R. Randall; KELSO, Charles D. *Studying Law: an introduction*. Saint Paul: West Publishing, 1984. p. 54.).

O que se desenvolveu nos Estados Unidos, pois, foi um regime estável, protegido por uma Constituição escrita, sucinta e de expressões amplas.²¹ A divisão do poder no tempo - mandato por prazo determinado para o presidente e congresso - e no espaço - a tripartição de poderes e a repartição de competências entre União e Estados²² - formou solo seguro à evolução da teoria dos *checks and balances*; fato que, assim, alçou o judiciário como o terceiro poder de fato.

Alexander Hamilton já havia esboçado um judiciário independente e intermediário entre o povo e o legislativo, cabendo-lhe, pois, a função precípua de interpretar as leis²³ no caso concreto. A concretização dessas ideias se deu em *Marbury v. Madison*,²⁴ caso no qual o *chief justice* John Marshall estabeleceu os fundamentos para o controle de constitucionalidade difuso. Bem verdade que a técnica de redação adotada por Marshall não foi ortodoxa. A rigor, seria caso de rejeição do pedido sem adentrar no mérito. Mas é justamente aí, na estrutura do voto em três tópicos ou *issues*, com a menção, em *obiter dictum*, acerca da competência do judiciário para rever atos do legislativo e do executivo, que reside a genialidade do mestre e que, bem ou mal, influenciou o resto do mundo.

Desde 1891, o controle de constitucionalidade difuso brasileiro abeberou-se de forma nítida do seu vizinho norte-americano. Contudo, o respeito e aderência ao precedente, apesar de ser valor que já existia no Direito Romano²⁵ (e que, portanto, bem poderia ser mais evidente

²¹ A Grã-Bretanha, ao contrário de sua ex-colônia, não possui Constituição orgânica, mas, sim, documentos esparsos, cujo marco mais significativo é, sem dúvida, a Magna Carta de 1215 (Cf. FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. Op. cit., p. 32.).

²² A limitação da soberania no tempo e no espaço já havia sido identificada por Tocqueville (Cf. A *democracia na América*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 139.).

²³ *The Federalist* n. 78 (2006). O texto ainda hoje é marcado pela contemporaneidade e lucidez.

²⁴ 5 U.S. 137 (1803). William Marbury fora nomeado *justice of the peace* pelo presidente Adams no fim de seu mandato. Para que o ato fosse formalizado, seriam necessários três passos: a assinatura do presidente, o selo dos Estados Unidos e a entrega do documento. Daí a expressão “signed, sealed, delivered”. A nomeação fora assinada. Faltava o selo e a entrega do documento a seu destinatário; atos que deixaram de ser feitos pelo próprio Marshall, então *secretary of State*. Marbury ajuizou, então, um *writ of mandamus* almejando o cargo ao qual fora nomeado. A primeira parte do julgamento reconhece que Marbury teria direito ao cargo. A parte final do julgamento, contudo, declara inconstitucional o *Judiciary Act* quanto à competência da Suprema Corte para julgar o caso (Cf. MACIEL, Adhemar. Op. cit., p. 40.).

²⁵ Cf. PENNINGTON, Kenneth. Roman and secular law in the Middle Ages. In: MANTELLO, F. A. C.; RIGG, A. G. (Ed.). *Medieval Latin – an introduction and bibliographical guide*. Washington, D.C.: Catholic University of America Press, 1996. p. 257-258.

em países de tradição civilista, como Portugal e Brasil), é muito mais claro em países de *Common Law*, no caso, os Estados Unidos.

Lá, os conceitos da *judicial review* e do *stare decisis* estão intimamente ligados. A corte, ao analisar a constitucionalidade de uma lei, poderá estabelecer o precedente, que terá, então, autoridade vinculante ou persuasiva a outro caso análogo que lhe seja posterior. Nesse contexto, o judiciário norte-americano desenvolveu, gradualmente, complexo sistema de hermenêutica em apoio a tais institutos.

Para que o precedente seja aplicável em outro caso, há necessidade de que os fatos mais relevantes utilizados pela Corte em seu julgamento sejam essencialmente análogos aos do caso concreto, posterior. Além disso, a autoridade do precedente – vinculante ou persuasiva – é limitada pela competência jurisdicional da Corte que o profira. Por exemplo, o precedente estabelecido pela Corte de Apelações do Alabama será vinculante às cortes inferiores no respectivo Estado. Já a decisão da Suprema Corte será vinculante em todas as outras cortes, estaduais ou federais, acerca da interpretação da Constituição Federal e leis e tratados respectivos.²⁶

Isso não significa que, estabelecido o precedente, as cortes o deverão seguir com rigidez cega e eterna; não é “cravado em pedra”. Acaso os fatos relevantes à formação da *ratio decidendi* no precedente sejam substancialmente diferentes daqueles do caso concreto, o juiz poderá deixar de aplicar a *rule of law*, então válida, mediante o uso do *distinguishing*. Cole exemplifica o assunto com dois casos de repercussão nos Estados Unidos: *United States v. Lopez*²⁷ e *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*²⁸, que são essencialmente diferentes nos fatos mais relevantes à decisão. Dessa maneira/Desse modo, ambos permanecem viáveis.²⁹

Por vezes, a razoabilidade, o bom senso e as mudanças sociais indicam que a aplicação do precedente seria anacrônica ou inviável, o que também é chamado de *overruling*.

Essas duas técnicas permitem a adaptação e a flexibilidade do sistema. Exemplo da evolução da jurisprudência é demonstrado por quatro

²⁶ Tal matéria foi exposta na palestra *Binding Precedent in the United States with Comment Concerning Amendment 45 of Brazil's Constitution*, apresentada pelo Professor Charles D. Cole perante o Tribunal Regional Federal da 3a Região em 22.11.2007.

²⁷ 514 U.S. 549 (1995).

²⁸ 469 U.S. 528 (1985).

²⁹ Cf. COLE, Charles. Op. cit., p. 129.

importantes casos julgados pela Suprema Corte quanto ao conceito do devido processo legal pela 14^a Emenda Constitucional no que toca ao aborto.

Em 1973, *Roe v. Wade*³⁰ equilibrou o direito individual da mãe e o interesse público na proteção da vida, garantindo-lhe o aborto até a viabilidade trimestral do feto. Quase vinte anos depois, 1992, em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*,³¹ a Corte preservou o cerne de *Roe* e determinou que qualquer ato normativo no que tocasse ao aborto fosse analisado pelo *strict scrutiny test*, ou seja, o interesse público deveria estar minuciosamente descrito e comprovado. A viabilidade trimestral, contudo, deixou de ser exigida.

Stenberg v. Carhart,³² em 2000, também reconheceu violação ao devido processo legal se o ato normativo pusesse em risco a saúde da gestante. E, em 2007, *Gonzales v. Carhart*,³³ em significativa mudança de sentido, reconheceu interesse público suficiente a manter legislação proibitiva do aborto em áreas de incerteza médica e científica.

Em todos esses casos, a evolução médica e científica foi analisada pela Suprema Corte como meio de prova à construção do Devido Processo Legal previsto na 14^a Emenda, o que demonstra a flexibilidade do sistema norte-americano. Indica, por outro lado, que a estabilidade da *stare decisis doctrine* depende, também, da confiança e da preservação dos precedentes. A evolução ou mudança da jurisprudência, intuiti-se, é realizada por meio do esforço conjunto de juízes e advogados.

A tarefa, contudo, não é fácil. Ao contrário, um sistema de suporte bastante complexo foi criado e desenvolvido para viabilizar a *stare decisis doctrine*. Primeiro, houve a necessidade da adequada preparação do profissional, desde a faculdade, para o adequado manuseio da jurisprudência. Christopher Langdell, então reitor da Universidade de Harvard, idealizou o método de estudo dos *cases*, no qual estimulava os alunos a estudar a evolução dos precedentes, a razão de ser da sua mudança ou preservação e como utilizá-los; o objetivo era, pois, desenvolver o raciocínio e o espírito crítico. Segundo, sistema eficiente de busca de jurisprudência foi formulado, medida necessária para o uso adequado dos precedentes. Terceiro, as provas constantes dos autos passaram a ser produzidas e preservadas da melhor forma possível.

³⁰ 410 U.S. 113 (1973). A dinâmica interna e os perfis dos justices da Suprema Corte foram muito bem descritos pelo jornalista Jeffrey Toobin (Cf. TOOBIN, Jeffrey. *The nine – inside the secret world of the Supreme Court*. New York: Doubleday, 2007).

³¹ 505 U.S. 833 (1992).

³² 530 U.S. 914 (2000).

³³ 127 S.Ct. 1610 (2007).

Nesse aspecto, breve parêntese. De forma muito feliz, a ENFAM³⁴ foi criada em excelente hora. Cursos voltados à capacitação do operador do direito para o adequado uso da jurisprudência, com ênfase neste sistema de suporte, seriam de todo benéficos à sociedade.

Dos Estados Unidos ao Brasil, a atualidade e a importância desse sistema de suporte são ainda mais evidentes ao se falar na súmula vinculante. Respeitáveis as inúmeras críticas feitas à adoção desse instituto. Porém, trazer e adaptar os benefícios do tradicional *binding precedent* americano ao controle de constitucionalidade brasileiro, a nosso ver, é consistente à separação dos poderes, ao devido processo legal e à independência do judiciário.³⁵ A súmula vinculante,³⁶ nas palavras do ilustre Ministro Gilmar Mendes, é definida como orientação derivada da jurisprudência da Suprema Corte expressa por uma *ratio decidendi*, que deverá ser aplicada pelas demais cortes inferiores e administração pública nos casos que contenham essencialmente as mesmas questões, ou seja, fatos idênticos relevantes que tenham sido utilizados nos casos necessários à edição do verbete.³⁷ Além disso, é instrumento constitucional previsto pelo art. 103-A, da Constituição da República, tudo a indicar que o foco do debate deve mudar da controvérsia quanto à constitucionalidade da súmula vinculante para a máxima efetividade de forma adequada à Reforma do Judiciário.

Algumas das críticas serão, contudo, enfrentadas, em vista dos benefícios trazidos pela discussão. A aparente dualidade entre os ra-

³⁴ A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados poderá fornecer valiosa colaboração à Reforma do Judiciário também em cursos voltados ao adequado uso da jurisprudência, medida que nos parece benéfica não só ao judiciário, mas, antes de tudo, ao jurisdicionado.

³⁵ A independência do juiz é prerrogativa; presta-se como garantia de imparcialidade do juiz para que o jurisdicionado obtenha o provimento adequado. A súmula vinculante é, pois, consistente, à Carta.

³⁶ CAPPELLETTI aponta cinco principais diferenças entre a *Common Law* e a *Civil Law*. São elas: a) reduzido número de membros nas cortes supremas e superiores em países de *Common Law* e elevado número nos de *Civil Law*; b) histórica descrença acerca da discricionariedade administrativa em países de *Civil Law*, o que inviabilizaria mecanismos como o *writ of certiorari*, em que se utiliza a *discretionary review* pelo judiciário; c) juízes em países de *Civil Law* são, em regra, aprovados por concurso público e tendem a ser menos criativos do que seus colegas da *Common Law*; d) nos países de *Civil Law* não há algo similar a *stare decisis doctrine* e e) nos países de *Civil Law* há tendência a se considerar a lei como fonte principal do direito ao contrário de países de *Common Law*, em que isso se dá em caráter excepcional. O ilustre doutrinador, contudo, aponta de forma otimista uma gradual unificação dos sistemas (Cf. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 116-124.). De fato, com a estabilidade do regime democrático no Brasil, a discricionariedade administrativa tem sido reconhecida pelo judiciário. A qualidade da magistratura nacional é notória e, com certeza, as duas últimas diferenças foram bastante reduzidas com a criação da súmula vinculante, que guarda razoável semelhança ao *binding precedent*, típico da *stare decisis doctrine*. Desse modo, o juiz brasileiro deve analisar não só a lei, mas, também, a aplicabilidade da súmula vinculante ao caso concreto.

³⁷ Agravo Regimental na Reclamação n. 3.979/DF, Pleno, DJ 3.5.06.

ciocínios indutivo e dedutivo parece ceder espaço à respectiva harmonização e integração dos métodos.³⁸ Hoje, é raro que os juízes, em sua grande maioria, não se alinhem ao posicionamento da Suprema Corte, dos tribunais superiores e dos tribunais locais. O valor da jurisprudência decorre como consequência do respeito à prévia e ampla discussão da questão pelo tribunal respectivo.

Outra questão toca a alegada infringência de poderes. Há crítica no sentido de que o Judiciário estaria a legislar com a súmula vinculante. Como já visto, a tripartição dos poderes foi claramente inspirada no modelo norte-americano, cujo sistema convive muito bem com a *stare decisis doctrine*. De fato, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, os poderes são harmônicos e o Judiciário, limitado aos *cases and controversies*, pode estabelecer o precedente ou, respectivamente, a súmula vinculante. Nas duas situações, é o Judiciário, por excelência, o poder legitimado a dar concretude à norma. Deve fazê-lo, é verdade, de forma prudente.³⁹

A uniformidade de jurisprudência é outra característica da *stare decisis doctrine*. A aderência ao precedente permite bom grau de previsibilidade. Alguns defendem a ideia de que a divergência de jurisprudência garante a evolução do sistema. Façamos uma simples e muito útil diferenciação. Há duas espécies de divergência. Uma decorre da evolução natural da sociedade, seja nos costumes, seja nos avanços científicos. A outra diz respeito a soluções distintas a casos idênticos que são julgados ao mesmo tempo. É essa segunda espécie de divergência que gera a ausência de razoável previsibilidade e leva à verdadeira insegurança jurídica.⁴⁰ A adequada uniformização da jurisprudência permitiria manter a primeira espécie de divergência e evitar a segunda, notoriamente refutada pelo constituinte com a Emenda Constitucional n. 45, de 2004.

³⁸ A análise dos fatos mais relevantes do caso é comum, seja ao juiz da *Common Law*, seja ao da *Civil Law*. E o processo indutivo, sem perder de vista o dedutivo, parece atender à instrumentalidade do processo e aos escopos a que ele se destina (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.). Para decidir um caso, o juiz identifica os fatos relevantes do caso concreto e, então, pode se utilizar dos dois tipos de raciocínio de forma complementar. De forma indutiva, localiza jurisprudência já pacificada sobre o tema e considera que decidir em sentido oposto pode eventualmente gerar uma falsa e angustiante expectativa ao jurisdicionado. Acaso não haja jurisprudência sobre o tema, o juiz provavelmente solverá o caso por meio de raciocínio dedutivo.

³⁹ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional* – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 41-45.

⁴⁰ Cf. LEAL, Victor Nunes. *Atualidade do Supremo Tribunal*. Revista Forense, v. 61, n. 208, p. 16, out. / dez. 1964.

Ponto nodal em toda essa problemática é a modulação e o equilíbrio do devido processo legal. Mais do que as clássicas diferenças entre os sistemas inquisitivo e o acusatório, cuja tendência, aliás, parece ser a de unificação⁴¹, sobressai o papel do juiz quanto ao adequado controle da produção da prova pelas partes. Deve ele garantir oportunidade e ambiente propício para que, no limite do possível,⁴² as provas relevantes sejam produzidas.⁴³ Esse equilíbrio do *due process*, em que se deve esgotar a máxima cognição possível dos fatos relevantes para julgamento, é garantia dupla. Protege, a um só tempo, os direitos tutelados no caso concreto e resguarda, acaso a *ratio decidendi* daquele caso seja utilizada como fundamento à edição de futura súmula vinculante, o direito das partes em caso posterior e análogo, sobre o qual aquela *ratio* lhe seja aplicável.

Outro ponto de convergência entre os sistemas da *Common Law* norte-americana e a *Civil Law* brasileira se dá com a razoável semelhança do *certiorari*⁴⁴ com o instituto da repercussão geral. Não se pretende discutir se são, ou não, a mesma coisa; discussão incabível nesta análise. Mas o cerne da questão – se a repercussão geral pode ser feita por meio de *discretionary review* – tende ao sim. O juízo discricionário adotado pela Suprema Corte norte-americana, que o concede

⁴¹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001. p. 102.

⁴² Há duas forças distintas e opostas que permeiam qualquer processo judicial. Para que se atinja o maior grau de verdade dentro do processo, é necessário, também, o maior grau possível de aprofundamento cognitivo. Essa força demanda tempo e é exatamente oposta à segunda e igualmente importante, que é a expectativa do jurisdicionado quanto ao provimento que almeja. Do embate entre o idealizável e o possível, surge o equilíbrio do *due process*.

⁴³ Tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil o juiz pode indeferir provas irrelevantes. A administração adequada do processo, ou *case management*, intui-se, é grande arma ao juiz para que chegue a uma solução satisfatória ao caso concreto. Aqui, o art. 130 do Código de Processo Civil permite, ainda e de forma expressa, que o juiz possa até mesmo ordenar a produção de prova relevante ao caso. Tal faculdade é de suma importância à garantia e efetivação do devido processo legal. Essa observação foi feita pelo ilustre Desembargador Lineu Peinado, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Ainda sobre esse tópico, nos Estados Unidos, a importância da adequada produção das provas é tamanha que existe cadeia específica sobre o assunto nas *Law Schools*. Nessa matéria – *evidence* – estudam-se a relevância das provas, técnicas de inquirição de testemunhas e até mesmo julgamentos simulados, também chamados de *mock trials*. A nosso ver, a adequada produção das provas é essencial para que o juiz possa, então, analisar quais são os fatos relevantes do caso para julgá-lo. Isso é importantíssimo, pois o julgamento, se confirmado pelo respectivo tribunal, poderá constituir precedente válido a outros casos posteriores e análogos. Essa possibilidade, principalmente após a instituição da súmula vinculante, é um traço comum entre a cultura jurídica norte-americana e a brasileira.

⁴⁴ Introduzido pelo *Judiciary Act* de 1925, o *certiorari* define-se como um *writ* extraordinário por meio do qual uma corte de apelação permite a subida dos autos para análise (Cf. BLACK 's Law Dictionary. 8. ed. St. Paul: West Publishing, 2006. p. 241.). Naquela época, a Suprema Corte norte-americana também enfrentava volume elevadíssimo de processos para análise. A reforma surtiu efeitos.

somente a casos de relevante interesse,⁴⁵ parece ser consistente a nosso ordenamento, conforme sugestão dos ilustres Ministros Sepúlveda Pertence⁴⁶ e Sálvio de Figueiredo Teixeira.⁴⁷

Discricionariedade não é sinônimo de arbitrariedade. O limite é a relevância, a importância da matéria que será discutida. Nesse passo, o ilustre Ministro Marco Aurélio ressaltou que a repercussão geral está ligada aos interesses da sociedade.⁴⁸ Cabe notar que, atualmente, mais de setenta temas estão classificados pela Suprema Corte brasileira como de repercussão geral, cujos julgamentos serão potencialmente concretizados em súmula vinculante.

A reforma da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, no que concerne à súmula vinculante, veio com um objetivo claro: reduzir o número de casos repetitivos. Há um segundo efeito, porém, de igual importância: razoável previsibilidade das decisões judiciais. Se é verdade que a súmula vinculante remete a *stare decisis doctrine*, soa lógico que traga, consigo, também, o mesmo efeito colateral de promover a continuidade e razoável estabilidade da resposta judiciária. Ao longo do tempo, o sistema tende a ser depurado de modo adequado com o esforço conjunto de juízes e advogados à evolução da jurisprudência, a se atingir previsibilidade de justo e rápido provimento jurisdicional.

Tal efeito incentiva, também, os métodos alternativos de resolução de disputas, no qual se incluem a mediação, a arbitragem e a conciliação.⁴⁹ Nos Estados Unidos, tais medidas fundamentam-se em análise prévia dos advogados quanto à relação custo-benefício de se ajuizar uma ação, com cálculos estimativos acerca da probabilidade de sucesso ou derrota judicial. Com o advento da previsibilidade sistêmica, nada impede a feitura de tais cálculos também pelo profissional brasileiro.

⁴⁵ A Rule 10 vai no seguinte sentido: “[r]eview on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. [...]”.

⁴⁶ Cf. *Cadernos do Senado*, 33, republicado in: SILVA, José Anchieta da. *A Súmula de Efeito Vinculante Amplo no Direito Brasileiro*, p. 67, republicado in: JANSEN, Rodrigo. *A Súmula Vinculante como Norma Jurídica*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 838, ago. 2005, p. 74.

⁴⁷ Cf. A súmula e sua evolução no Brasil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 179, ano 24, São Paulo, p. 17, nov./dez. 2000.

⁴⁸ Entrevista concedida ao site Conjur em 22.03.05. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br>>. Acesso em: 22 jun. 2007.

⁴⁹ Nos Estados Unidos, esses métodos batizados com o acrônimo de *ADR*, ou *Alternative Dispute Resolution*, estão intimamente ligados à previsibilidade inerente ao *stare decisis*. Há casos de dano material em relação de consumo, por exemplo, em que as empresas preferem o acordo prévio ao processo do que o risco de se ter um precedente favorável à vítima lesada. O ilustre Professor Kazuo Watanabe tem-se dedicado, com profundo e abdicado esforço, à viabilidade de tais medidas no judiciário brasileiro como forma de melhorar a prestação jurisdicional.

Este estudo procurou abordar aspectos semelhantes entre as diferentes culturas jurídicas pelas quais passou o controle norte-americano, com vistas a colher subsídios que possam servir de auxílio à almejada melhora da prestação jurisdicional. Não se pretende atingir a perfeição. Pretende-se apenas buscá-la. No caminho, percebemos semelhanças nos motivos e objetivos de diferentes famílias jurídicas, sejam elas da *Common Law* norte-americana ou da *Civil Law* brasileira. O sistema perfeito é ideal a ser sempre almejado. Nos Estados Unidos, há críticas quanto a doutrina do *stare decisis*. No Brasil, há críticas quanto à “loteria judiciária”. No Japão, critica-se o papel historicamente conservador da Suprema Corte. Em Portugal, há quem defenda nova constituição. Nenhuma das críticas é vã. Nenhuma, absoluta. A previsibilidade da resposta judiciária nos Estados Unidos ainda hoje é boa e razoável. No Brasil, país de diferentes realidades, nem toda divergência de jurisprudência é ruim. No Japão, país de tradições seculares, é difícil implementar uma mudança completa e radical em apenas cinquenta ou sessenta anos. Em Portugal, nova constituição não é garantia de solução dos problemas atuais. Com a globalização ou mundialização, tem-se a percepção de que as sociedades possuem problemas comuns. Se a História nos ensinou algo, é que, ao evitar radicalismos, o diálogo ponderado sempre fornece bons resultados. É a prudência a nos apontar que nem sempre boas cercas fazem bons vizinhos.⁵⁰

A unificação é uma tendência mundial. Discute-se, hoje, uma só Europa com uma só constituição. O Brasil, aliás, é o próprio exemplo de união de diferentes povos e culturas. Prova disso é a comemoração efusiva do Brasil com os cem anos da imigração japonesa, que contou, até mesmo, com a vinda do príncipe herdeiro Naruhito. Ou, então, os vinte anos da Constituição-cidadã, que, influenciada pela Carta portuguesa de 1976, mesclou o controle difuso norte-americano, aqui desde 1891, ao controle alemão; ambos voltados à proteção dos direitos humanos, tema atualmente bastante discutido na Europa.

Nesse espírito festivo, portanto, a homenagem ao Professor Fiuza é feita na forma deste humilde estudo, que, se não conta com seu brilho e experiência, foi, ao menos, inspirado no esforço e no espírito deste ilustre jurista por um país melhor. Assim, honrados com o convite feito pelos ilustres Ministro Adhemar Ferreira Maciel e Professor Leonardo de Faria Beraldo, esperamos ter contribuído, a um só tempo, para celebrar as vitórias e conquistas desse tão ilustre Professor, os cem anos da imigração japonesa e os vinte da “cidadã” Constituição da República.

⁵⁰ Alusão ao poema do americano Robert Frost, *Mending Wall*.

The influence of Judicial Review in Brazil, Japan and Germany: perspectives regarding the modern role of the Judiciary¹

*Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera*²
Judge in São Paulo Justice Court

For the last two hundred years, the world has witnessed the importance of judicial review, originally developed in the American legal culture. History points out that it worked efficiently as an important barrier against the abuse of the State, and has directly influenced Japan, Germany, and finally Brazil. Currently, judicial review still remains as one of the most important tools in enhancing and fostering human rights and liberties. This article will examine the influence, characteristics, and potential benefits of this instrument in the Brazilian judicial system.

The relation between the American Common Law and the Brazilian Civil Law may be defined by significant and convergent points. The first direct step towards such approximation was the influence of the U.S. Constitution of 1787 on the Brazilian Constitution of 1891.³ According to Salvo de Figueiredo Teixeira⁴, from that point forward, the Brazilian constitutional system abandoned its latin origins and turned toward the American judicial review.⁵

After World War II, American legal culture also influenced other countries in a more explicit manner. Japan was governed under the 1889 Meiji Constitution. It then embraced many elements of monarchical

¹ This paper was originally written for the constitutional law book “Estudos de Direito Constitucional - Homenagem ao Professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza” (2009).

² Master in Comparative Law (MCL) by Cumberland School of Law, Samford University. Member of the Comparative Law Institute Brazil-Japan and the Brazilian Centre of Judicial Studies and Research – CEBEPEJ.

³ The title of the 1891 Constitution refers to the “Republic of the United States of Brazil”, in respect to American constitutionalism.

⁴ Former Justice of the Brazilian Superior Court of Justice.

⁵ See ‘A Súmula e Sua Evolução no Brasil’ *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 179, 15-34 (2000).

constitutionalism from the 1850 Prussian Constitution.⁶ The judicial system was inspired by the French and German models; therefore, there was no judicial review.⁷ However, the Potsdam Declaration brought deep structural reforms to the Japanese Constitution of 1946, which was highly influenced by American Constitutionalism. Most of the legal ground was established by the Supreme Commander of the Allied Powers General Douglas MacArthur.⁸ Ever since then, Japan is familiar with the doctrines of judicial review⁹, and the Supremacy Clause.¹⁰

Germany had seen the awakening of judicial review in *Marbury v. Madison*¹¹. Under the influence of American constitutionalism,¹² the 1848 Constitution of Saint Paul already granted the German Supreme Court—the *Reichsgericht*—enough power to decide constitutional issues. Nevertheless, this Constitution never went into legal effect.¹³ Only in 1925, did the German Court establish a constitutional court, in order to decide legal issues under the Constitution.¹⁴ The post-World War II

⁶ See Yoichi Higuchi, *Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society*, 4 (2001). The author states that “[t]he Meiji Constitution was founded on a Japanese element – an emperor who ruled by his divine authority – and incorporated many elements of Prussian-style narrowly conceived monarchical constitutionalism.”

⁷ See Percy R. Luney, Jr., *The Judiciary: Its Organization and Status in the Parliamentary System*, in *Japanese Constitutional Law*, 125-126 (1993).

⁸ See Kelly Cristina Spinelli, ‘Conhecimento a serviço da dominação’, Ms. Ruth Benedict was given the assignment to analyze the obedience of the Japanese soldiers to the Emperor. She defended that the maintenance of Emperor Hiroito in power would ease the transition to a democratic system.

⁹ See Hidenori Tomatsu, *Judicial Review in Japan: An Overview of Efforts to Introduce U.S. Theories*. *Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society* 254 (2001). The author mentions that, in 1948, the Japanese Supreme Court, held, in the case 2 Keishu 801 (Sup. Ct., Oct. 8, 1952), ‘that Article 81 expressly provided the power of judicial review as it was construed by American constitutional law.’ See also Toshihiko Nonaka, *Supreme Court Precedents and the Lower Courts in the Exercise of Judicial Review*. *Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society* 280-281 (2001). The author states that it has been commonly accepted that ‘the lower courts have the power to rule on the constitutionality of all laws, orders, regulations, and so on. Supreme Court has also justified this (4 Keishu 73, Sup. Ct., Feb. 1, 1950).’

¹⁰ Art. 98 of the Constitution of Japan establishes: “This Constitution shall be the supreme law of the nation and no law, ordinance, imperial rescript or other act of government, or part thereof, contrary to the provisions hereof, shall have legal force or validity. 2) The treaties concluded by Japan and established laws of nations shall be faithfully observed.”

¹¹ 5 U.S. 137 (1803).

¹² See Wolfgang Hoffmann-Riem, *Two Hundred Years of Marbury v. Madison: The Struggle for Judicial Review of Constitutional Questions in the United States and Europe*. *German Law Journal* 5 v., n. 6, ano 1, junho de 2004 (www.germanlawjournal.com, acesso em 15.09.08). Hohmann-Riem was a member of the Bunderverfassungsgericht.

¹³ See Nuno Rogeiro, *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha* 30 (1996). Rogeiro states that the *Bill of Rights* of the American Constitution influenced the ‘forgotten’ 1849 Constitution of Frankfurt. This constitution also influenced the German Constitutions of 1871 and 1919.

¹⁴ RGZ 111, 320 (1925).

Basic Law, in 1949, merged the ‘Frankfurt Documents’,¹⁵ and the previous German experience, with the 1919 Weimar Constitution. Two years later, in 1951, Germany created its Supreme Court-the *Bunderverfassungsgericht*.

The German Basic Law also influenced many other European constitutions, such as the 1976 Portuguese Constitution.¹⁶ Those principles and fundamental rights’ in turn inspired the drafters of the 1988 Brazilian Constitution. Thereafter, the Brazilian Supreme Court works both as a constitutional court and as a court of cassation. Thus, the modern Brazilian constitutional system combines the traditional American judicial review with the Austrian constitutionality control, and the German Fundamental Law.¹⁷

American judicial review touched Brazil, Japan, and Germany in very different ways. However, in all of these cases, its essence was preserved. Because of this fundamental reality, American judicial review is an extremely important factor in the adequate comprehension of these other constitutions, and it is therefore relevant to point similarities between the systems, especially as it is related to the American and Brazilian constitutional cultures.

Thus, this essay will offer a general overview of the American legal system. The American Common Law rests on two fundamental bases: the *stare decisis* doctrine,¹⁸ and the doctrine of *judicial review*. Furthermore, in comparison to its former sovereign, the United States adopted a written Constitution, explicitly establishing the separation of powers,¹⁹ in contrast to the Magna Carta of 1215. Such provided an excellent framework to the development of both doctrines, because it divided power through *time*-mandate for a determined period for the president and the Congress-and *space*-the

¹⁵ See Hideo Otake, *Two Contrasting Constitutions in the Postwar World: The Making of the Japanese and the West German Constitutions in Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society* 56 (2001). Otake mentions that the Frankfurt Documents were basically ‘the counterpart to the “MacArthur Notes” to Japan, although the crucial difference was that in the case of Germany the Allies instructed the Germans to convene a constitutional convention composed solely of Germans and to draft a constitution through that organ.”

¹⁶ See Vital Moreira, *50 Anos da Lei Fundamental Alemã*, in *Revista Jurídica Virtual*, vol. 1, n. 2, June 1999 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/Conti_alema.htm, last visited on Oct. 1st, 2008).

¹⁷ See Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, 105-136 and 298/299.

¹⁸ See Charles D. Cole, *Comparative Constitutional Law: Brasil and the United States* xxii-xxiii (2006).

¹⁹ See Ricardo Arnaldo Malheiros. *Op. cit.*, p. 32.

sovereignty of the States regarding the Union²⁰ –, which also fostered the evolution of the *checks and balances* and separation of powers doctrine. All this complex development empowered the Judiciary as the real and efficient third branch of Power, enhancing the American Common Law by *stare decisis* and judicial review.

The adherence to judicial precedents traces back to ancient Roman Law.²¹ Although civil law countries traditionally observed that latin legal system, respect to judicial precedents is much more evident in Common Law countries, such as the United States. The Court analyzes the constitutionality of a statute or act and establishes binding or persuasive precedents.

Meanwhile, the American legal culture created a complex support system. The binding or persuasive authority of the judicial precedent is limited by the jurisdiction of each court. That does not mean that all the inferior courts shall be bound by such precedent in a blind rigidity. *Stare decisis* doctrine is not ‘etched in stone.’ The court may distinguish the case if the facts necessary for decision are different enough from those of the earlier case to change the legal outcome. For example, Charles D. Cole cites two U.S. Supreme Court cases-*United States v. Lopez*²² and *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*²³ – noting that “one should recognize that the cases are distinguishable on the facts necessary for decision; therefore, the precedents of both cases remain viable.”²⁴

The stability of *stare decisis* doctrine relies on the preservation of precedents. However, one may note that such stability is directed to one purpose: to serve well the citizens and their rights. To the extent that such precedents may become inconsistent to social reality, a court of the same or higher level may determine that their legitimacy ceases. One may say that the *stare decisis* doctrine embodies not only the obedience to precedents, but to overrule them, if necessary. In other words, *stare decisis* may be eternal, but not immutable.

These two types of process-distinguishing and overruling-provided flexibility for the development of American Common Law and the evolution of jurisprudence, as described in the U.S. Supreme Court

²⁰ See Tocqueville, *A Democracia na América*, 2nd ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 139.

²¹ See Kenneth Pennington, *Roman and Secular Law in the Middle Ages*, reprinted in *Medieval Latin – An Introduction and Bibliographical Guide*. Washington, D.C.: Catholic University of America Press, 1996, p. 257-258.

²² 514 U.S. 549 (1995).

²³ 469 U.S. 528 (1985).

²⁴ See Charles Cole. *Op. cit.*, 129.

case, *Funk v. U.S.*²⁵. Four subsequent cases illustrate how the U.S. Supreme Court has delicately construed the meaning of the Due Process of Clause of the 14th Amendment concerning abortion. The 1973 case *Roe v. Wade*²⁶ struck a balance between the individual right to privacy and the compelling state interest to protect the life of the mother and the child after viability. In the later 1992 case of *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*²⁷ the U.S. Supreme Court preserved the essential holding of *Roe* and explicitly ruled that any statutes or regulations concerning abortion decisions should be reviewed under strict scrutiny, and would be upheld only if narrowly tailored to further a compelling state interest.²⁸ The Court, however, rejected the trimester framework and recognized that the spousal notification requirement posed an undue burden to the right to choose abortion.²⁹ In *Stenberg v. Carhart*,³⁰ the Court also recognized an undue burden on the individual right of liberty if a state regulation or statute endangered women's health,³¹ and required the compelling interest to be demonstrated in a reasonable and readily apparent narrowly tailored construction.³² In *Gonzales v. Carhart*,³³ however, the Court determined that there was state compelling interest to pass legislation in areas where there was medical and scientific uncertainty.³⁴

In all of these four cases, medical and scientific evolution served as relevant evidence to the meaning of Due Process. The *Stare Decisis* doctrine is flexible and recognizes that society is in permanent evolution and modification, both in its moral beliefs and scientific evolution. It also indicates that the stability of the *stare decisis* doctrine rests on the trust and ability of the public to follow precedents.

In addition, within the field of education, a complex support system was created and developed to enhance the use of the *stare decisis doctrine*. First, Christopher Columbus Langdell idealized the case method of law school instruction in Harvard in the beginning of the 20th Century. Second, an efficient system was developed in order

²⁵ See 290 U.S. 371, 383-383 (1933).

²⁶ See 410 U.S. 113 (1973).

²⁷ See 505 U.S. 833 (1992).

²⁸ See 505 U.S. 833, 871 (1992).

²⁹ See 505 U.S. 833, 877 (1992).

³⁰ See 530 U.S. 914 (2000).

³¹ See 530 U.S. 914, 938 (2000).

³² See 530 U.S. 914, 944 (2000).

³³ See 127 S.Ct. 1610 (2007).

³⁴ See 127 S.Ct. 1610, 1636 (2007).

to search for judicial precedent that is applicable to the case. This is essential because there are thousands of state and federal courts' decisions. The United States has, in addition to the official reporters, edited by the State and Federal Courts (which are not annotated), private legal databases on a fee basis that contains the same decisions, in an annotated fashion, linking cases by relevant holding and subject matter, legal encyclopedias, such the *Corpus Juris Secundum* and *American Jurisprudence*, treatises organized by legal topic and heavily citing cases published periodically by professional committees and finally, law journal articles written by professors or students that expound on the precedents set in the federal and state cases.

In Brazil, the importance of such issues increases with the recent *Súmula Vinculante*,³⁵ herein defined as an orientation derived from the jurisprudence of the Brazilian Court³⁶ addressed in a *ratio decidendi* that is to be generally applied by all the inferior courts and public administration to later cases with the same relevant facts of the cases that originated such *Súmula*.

However, there is still much controversy regarding the use and applicability of the *Súmula Vinculante*, introduced into the 1988 Constitution by the Amendment 45 of 2004. Many have argued that *Súmula Vinculante* is not consistent with the Brazilian Civil Law legal culture. I will briefly analyze the main issues and argue that the focus shall shift to bring and adapt the benefits of the American traditional *binding precedent* to the Brazilian constitutionality control.

The first controversy to be faced is the myth regarding Civil Law countries, that exclusively would potentially use deductive reasoning in contrast to the inductive reasoning of Common Law countries.

In order to enact a *Súmula Vinculante*, the Supreme Court in Brazil may apply the law and statutes in a *deductive* reasoning but also the precedents in an *inductive* reasoning. If there is already a *Súmula Vinculante*, the trial court judge will act as the “fact-finder” or the “goal-keeper” in an *inductive* reasoning, establishing the most relevant facts of the case in order to apply, or not, the binding precedent.

³⁵ *Súmula Vinculante* is provided by the Constitutional Amendment 45, which granted the Supremo Tribunal Federal [Federal Supreme Court] the jurisdiction to establish these decisions. It shall also have a binding effect to all inferior courts, the Legislature and Executive.

³⁶ See Internal Appeal on the *Reclamação* 3.979/DF. This definition of *súmula* was given by Justice Gilmar Mendes, who delivered the opinion of the Court.

Therefore, the deductive and inductive manners of reasoning are complementary, and both foster the adequate comprehension of the law and guides jurisprudence.

The second issue touches the alleged infringement of established Powers. The binding effect of the *Súmulas Vinculantes* is limited to cases,³⁷ and controversies. This argument alone is sufficient to reject the criticism. The Judiciary is the branch of power originally designed to solve cases and controversies. Besides, the judge is empowered through the sovereignty of the State. That is the reason why judicial decisions are imperative, and they can constitutionally influence the contents of the Constitution and the laws, or the meaning of its texts, or even, if necessary, the political guidelines of the State.³⁸ Therefore, once jurisdiction is an expression of the sovereignty of the State, such does not differ from the regulations and the statutes.³⁹

What distinguishes the judiciary from the legislature-for the purposes of this work-is that the former acts to settle cases and controversies. Miguel Reale stated that the law must consider the facts, and *Súmula Vinculante* perfectly attends to such requirements.⁴⁰

However, there are cases that may be repetitive and, thus, should receive identical treatment by the Judiciary. Hence, the *Súmula Vinculante* is an instrument for the judiciary to adjudicate in a generic manner, in order to grant essentially equal and fast decisions to all cases alike. In other words, the generic characteristic of the *Súmula Vinculante* is consistent to the separation of powers, as provided in the Brazilian Constitution.

Given this premise, it is logical that the judiciary should be able to settle cases and controversies in an effective manner issuing the *Súmula Vinculante*, since the most relevant facts of such disputes are essentially identical. The binding effect becomes an instrument to bring more predictability and stability to the system.

³⁷ See Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 13th ed. 44 (Malheiros ed. 2007).

³⁸ See Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 13th ed. 45 (Malheiros ed. 2007).

³⁹ See Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 13th ed.136 (Malheiros ed. 2007).

⁴⁰ See Miguel Reale, *O Modelo Jurisdicional e o STJ*, in “STJ – 10 anos” [STJ – 10 years] Brasília, (1999) at 135-143 (Professor Miguel Reale is the author of the tridimensional theory of law in which he proposed that the facts, values and norms should interact with each other in order to reach the law. He was also favorable to the *súmula vinculante* both to the Federal Supreme Court and Superior Court of Justice).

Therefore, it is the conclusion of this author that the *Súmula Vinculante* is a constitutional and important legal tool as such as the statute is for the Legislature for the Courts to define binding precedents.

The third argument is that the *Súmula Vinculante* would freeze jurisprudence from change. This author recognizes two important types of divergence. The first occurs at the same time in different courts. The second occurs in different times, and, generally reflects the evolution in society.⁴¹ Changing jurisprudence is natural. However, what we shall avoid is the divergence of jurisprudence brought by similar cases with *different* decisions at *the same time*, in spite of having essentially the *same relevant* facts which were necessary for decision.

The consequence is the absence of predictability, and consequent juridical insecurity. Justice Victor Leal mentioned that “the same cases, inside the same social and historical context, should not have different solutions. The common sense does not understand converse judgments, and the juridical commerce does not tolerate it, because it seeks predictability.”⁴²

In other words, if two cases are substantially the same, they should be decided in the same manner at the same space and time. The *Súmula Vinculante* shall prevent such type of divergence of jurisprudence. Due process is a common thread of the American and Brazilian legal cultures. And the adequate balance of such guarantee, *i.e.*, the equilibrium of due process, shall be obtained by the active role of the judge in preserving the opportunity of the parties to produce relevant evidence. If, for a justified reason, any of the parties could not produce such evidence, the judge could order any other relevant evidence to prove in some other possible way the right of such party.

It is hard to say that the American *writ of certiorari* and the Brazilian general repercussion are exactly the same. They are not.⁴³ But similarities are enormous. One may note that while the American *certiorari* requires the “compelling reasons,”⁴⁴ the Brazilian general repercussion requires the “existence, or not, of relevant questions under an economic, political, social or juridical perspective, that cross the subjective interests of the case.”⁴⁵ And judicial discretion is the

⁴¹ See Sydney Sanches, *Uniformização da Jurisprudência*, 7 (Revista dos Tribunais ed. 1975).

⁴² See Victor Nunes Leal, *Atualidade do Supremo Tribunal*, year 61, vol. 208, (Revista Forense ed. oct.-dec. 1964) at 16.

⁴³ One may note that the writ of certiorari only lies if the case is not appealable by writ of error.

⁴⁴ See Rule 10 of the Supreme Court Bylaws.

⁴⁵ See CPC, Art. 543-A, §1, altered by the recent Law n. 11.418/06.

scrutiny by which the Court could decide to hear one case because it regards it is important to the meaning of the Constitution.⁴⁶

The Constitutional Amendment 45 to the Brazilian Constitution clearly intended to reduce the number of repetitive cases. However, a collateral, but not less important effect is the reasonable predictability of judicial decisions. If it is true that the *Súmula Vinculante* resembles the American binding precedent in some manners, it is also logical that it shall foster and enhance the stability of the judicial system. Time is important to settle the adequate *ratio*, which shall be applied by both judges and lawyers, in developing jurisprudence.

This collateral effect is also important to the success of alternative dispute resolution systems, such as mediation, arbitration, and conciliation. In the United States, there is a previous cost-benefit relation study to almost every controversy before the parties seek judicial intervention. The predictability of the system will allow the Brazilian lawyer to also establish parameters of risk and opportunity in considering dispute resolution alternatives.

The purpose of this study was to identify possible solutions among different legal cultures for essentially the same legal issues both in the United States, and Brazil. The perfect system is an ideal to be sought, and, if only possible, reached. This author is aware that in the United States, many criticize the real effectiveness of the doctrine of *stare decisis*. In Brazil, others criticize the complete lack of predictability of the judiciary. In Japan, some would argue the conservative position of the Supreme Court. In Portugal, there are those who support the idea of a new Constitution. Any of these criticisms is worthless. But any of them is absolute. The predictability of the *stare decisis* is still effective and reasonable if compared to other civil law countries, such as is the case in Brazil. In Brazil, there are so many different social and cultural realities that not every jurisprudential divergence is nocive. One could not expect that Japan, a secular country with its own culture and tradition, may alter a complete and radical reform in a short space of time of fifty to sixty years. In Portugal, a new Constitution is not the solution for all the modern problems in that country.

⁴⁶ In the United States, the cert pool usually reads petitions and writes memorandums for the justices with a synopsis of the facts and issues. There is not an organ exactly alike, but the Superior Court of Justice counts with NUPRE, an organ destined to select repetitive cases and classify them.

The approximation of legal traditions appears as a global tendency. Europe discusses the idea of a single constitution. Brazil, alike the U.S., comes as a result to the union of different peoples and cultures, and has recently celebrated the 100th anniversary of the Japanese immigration with Prince Naruhito's visit.

Globalization has brought the perception that the societies have common problems and issues. And History has taught us something: avoiding radicalisms is always a secure path for obtaining good results. Prudence indicates that not always "good fences make good neighbours."⁴⁷

⁴⁷ See Robert Frost, *Mending Wall*.

A construção do mundo multipolar nos planos internacional e normativo

Maria Isabel Caponero Cogan
Juíza substituta em 2º grau do TJSP

A possibilidade de construção de um mundo justo, sem fronteiras, sem fome, sem violência e inteiramente integrado, com a representatividade de várias culturas e ideologias é utopia diante da realidade que vivemos.

Conflitos e choques de interesses fazem parte da natureza humana e da própria convivência em sociedade e, nos dias atuais, o mundo encontra-se mais diversificado e complexo, com informações e capitais que mudam de mãos em um piscar de olhos e tudo isso torna o mundo menos estável e as instituições mais voláteis.

Aliado a isso, e ante a apontada fragilidade do Direito Internacional, que ainda não se encontra codificado ou totalmente sistematizado, nem acompanhado de procedimentos adequados de implementação e de controle de execução, mas que não autoriza que as relações internacionais sejam regidas somente pela força, acredito que seja a hora para o início da construção de um mundo multipolar nos planos internacional e normativo, com o objetivo de melhorarmos as instituições vigentes e para que seja implementado, na prática, um sistema mais democrático e eficiente e que atinja o ideal de bem-estar geral, segurança e paz internacional por todos almejada.

Como vemos através da história, o mundo sofreu, enfrentou disputas políticas, econômicas, sociais e até religiosas. Sofreu com regimes autoritários, imperialistas, expansionistas. Sofreu com duas guerras mundiais (de 1914-1918 e de 1939-1945) e, ainda, com a guerra fria (1949-1989). Desse modo, surgiu a necessidade de criação de um novo cenário internacional capaz de garantir a paz e a segurança das nações, regulado por princípios já pacificados e de interesse geral.

Assim, a sociedade internacional pós-moderna evoluiu do Direito Internacional consuetudinário, centralizada na Europa e que invocava a soberania absoluta dos Estados para uma sociedade internacional

baseada em outros parâmetros sociais mais democráticos, com novos princípios econômicos e, ainda, com novos paradigmas jurídicos.

Da Utopia à realidade, buscamos sistematizar a segurança, a paz e o bem-estar geral das nações com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e de vários organismos interestatais a ela conectados, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos como corolário ideológico da comunidade internacional e com a internacionalização da ordem econômica.

A soberania absoluta dos Estados foi minimizada e, nos dias atuais, os Estados vão buscar em foros conjuntos de discussão, em órgãos consultivos e outras fontes de produção normativa, no plano internacional, as respostas para seus problemas.

A proposta inicial de sedimentação de tais valores nas relações internacionais e no Direito Internacional contemporâneo tem encontrado barreiras. Muitos olhares pessimistas quanto ao futuro das Nações Unidas também têm-se levantado, principalmente porque os Estados da comunidade internacional não se encontram verdadeiramente representados no Conselho de Segurança da ONU e os resultados obtidos no enfrentamento de alguns conflitos nem sempre estão sendo bem-sucedidos.

A comunidade internacional em geral, ademais, não tem encontrado perspectivas para as mudanças necessárias dentro das Nações Unidas, de molde a democratizá-la, eis que apenas os Estados Unidos da América, Rússia, Reino Unido, França e China possuem assento permanente no Conselho de Segurança Nacional e é necessária a obtenção da maioria absoluta dos membros permanentes e de outros dois membros eleitos temporariamente (total de sete votos) para que as decisões não processuais sejam aprovadas (art. 27 da Carta das Nações Unidas), o que acaba sendo aplicado para aprovação de qualquer projeto apresentado para as almejadas mudanças por outros Estados. Conclusão: as mudanças estruturais nunca ocorrem quando o poder de decisão seria dividido, como se viu em tentativas anteriores frustradas por veto. Esse sistema ainda impede a aprovação de qualquer medida contra os Estados-Membros permanentes.

Outra barreira difícil de quebrar é a dificuldade encontrada para sedimentação dos procedimentos executórios, sob a alegação de que o mundo não está preparado, nem aceitaria uma organização com poderes maiores dos que já foram concedidos às Nações Unidas, o que acarreta o próprio esvaziamento de sua competência e a ineficácia de

suas decisões por falta de meios executórios. Ora, enquanto os líderes mundiais ficam com receio de dar efetividade às decisões que podem ser consideradas antipopulares, sofrendo consequências da opinião pública, uma vez que toda responsabilidade pela paz mundial fica a cargo especialmente desses poucos líderes com assento permanente do Conselho de Segurança das Nações Unidas, os grupos terroristas têm-se alastrado e permanecem impunes.

A consequência, pois, da briga pela hegemonia mundial, que faz com que os Estados-Membros do Conselho de Segurança das Nações Unidas, em especial Estados Unidos da América e Rússia, assumam atitude de potências mais poderosas do mundo, tem enfraquecido as instituições internacionais e causado o fracasso na implementação de um mundo mais justo e equilibrado. As lideranças do Conselho Econômico e Social, do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial seguem a mesma política de liderança e a parte econômica internacional toma o mesmo rumo antidemocrático. Há, no que tange a esse aspecto econômico, que se reavaliar as relações interestaduais para que o imperialismo acabe e as relações econômicas gerem igualdade de tratamento aos Estados, gerando maior desenvolvimento de todas as nações.

Por outro lado, há que se reconhecer que esses Estados, líderes mundiais, têm carregado nos ombros a responsabilidade de sozinhos manterem a paz e a segurança internacionais, acarretando o desembolso de grande valor monetário e esforço político, e isto parece que não é reconhecido. Ao contrário, têm gerado ódio de comunidades, em especial, no Oriente Médio e África e, ainda, a desestabilização de alguns governos e economias, gerando um círculo vicioso de violência e insegurança social.

Em verdade, o tempo para mudanças é agora, não há que se falar que o mundo não está preparado para decidir seu destino, nem que apenas os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU têm condições para decidir o destino da humanidade eternamente.

A comunidade internacional já criou os pilares e valores da sociedade internacional contemporânea, entre eles os princípios estabelecidos na Carta das Nações Unidas (arts. 1º e 2º), os quais vieram para ficar, assim como o próprio organismo que já ocupa posição de reconhecimento internacional, a tal ponto que sua extinção pode ser considerada impossível, como se o suposto retrocesso destruísse o pouco de harmonia internacional que se conseguiu.

Por mais de sete décadas de existência, a Organização das Nações Unidas deve ser enaltecida pela grandeza do que representa, pelo grande passo dado pela humanidade no campo internacional.

Contudo, nenhuma pessoa ou instituição é tão perfeita que não possa ser aperfeiçoada. Desse modo, espera-se que alguns princípios, que se encontram estabelecidos na teoria, sejam implementados na prática, refiro-me, por exemplo, ao princípio da igualdade entre os Estados.

Não mais há espaço para condenação eterna dos países como Alemanha e Japão em razão de terem feito parte do bloco perdedor da segunda grande guerra, impedindo-os de ter assento permanente no Conselho de Segurança. Por outro lado, não se justifica a falta de representatividade de países como o Brasil, a Índia, a Austrália e a África do Sul, os quais poderiam representar seus continentes, criando blocos com direito de atuação nas organizações internacionais, como já se fazem nos foros de direito. A meta do sistema democrático não é difícil de ser atingida e haveria benefício de se ter as decisões com divisão de responsabilidade e de igualdade dos Estados para que elas sejam justas e efetivas em sua execução.

As divergências do passado devem ser superadas, as vozes das minorias devem ser ouvidas, os povos devem ter o direito de participação no destino de seus povos com normatizações que regulem questões locais e globais.

Há, em suma, que se construir um novo modelo de representatividade nos Órgãos decisórios das Organizações Internacionais, mais democrático e equitativo, principalmente naquelas organizações de cunho econômico, judicial, social e humanitário para a construção de um mundo melhor, sem rancores e com base nos valores de vários polos culturais, regionais ou continentes, multipolares, ou seja, com novos atores no cenário internacional para que o mundo possa ter a certeza de que a autodeterminação dos povos e a igualdade soberana dos Estados é uma realidade, e não, ficção.

As atitudes de certos Estados imperialistas, que utilizam o poder da força e do capital para impor suas vontades e exigências à comunidade internacional, não têm sido vistas com bons olhos pelos demais Estados e têm sido uma afronta aos princípios elencados nas Nações Unidas.

O cenário internacional atual tem sido modernizado através de diversos foros democráticos, que se reúnem para discussão dos mais diversos problemas regionais e globais e, ao final, se resumem e concluem orientações que têm servido como normas para os Estados.

As Conferências Internacionais, ademais, no que tange a esse papel de produção de normas por intermédio de convenções, tratados, protocolos, resoluções e recomendações também têm contribuído para a formação de um mundo melhor mediante normas jurídicas que são criadas nas diversas áreas como meio ambiente, educação, saúde, conflitos, questões humanitárias, comerciais, etc.

Assim, a construção de um novo mundo jurídico baseado em normas surgidas de maneira multipolar e internacional tem-se realizado como se tivesse partido de processos legislativos internos dos países e acabam por serem incorporadas em seu sistema interno, e, embora, muitas vezes, sem caráter obrigatório, estas têm sofrido efeito de peso moral e ideológico indiscutível.

Portanto, nossa proposta é que se fortaleça e se eleve a Organização das Nações Unidas como alicerce da sociedade internacional e do Direito Internacional Contemporâneo e é imprescindível que suas decisões sejam obrigatórias e executadas.

Que as Nações Unidas, por parte dos membros do Conselho de Segurança que possuem assento permanente e demais líderes das organizações interestaduais e agregadas reconheçam que só há igualdade entre as soberanias quando elas têm direito de representatividade nos órgãos decisórios. E é em nome dessa igualdade que se reivindica a formação de um modelo multipolar, democrático e representativo dos diversos polos da sociedade internacional.

É necessário que o modelo seja equitativo em direitos e obrigações, é necessário que haja cooperação e boa-fé entre todos os Estados para o desenvolvimento de todas as nações.

É imprescindível, por fim, que se unifique toda essa normatização esparsa formada internacionalmente, para que se facilite a implementação do sistema jurídico internacional e que se lhe dê eficácia e executividade, na medida do possível, de forma a se agregar os diversos sistemas e valores já reconhecidos e pacificados, de molde a que haja um processo de construção de um novo mundo multipolar, jurídico, mais justo, eficiente e equilibrado.

O duplo grau de jurisdição – uma reflexão

Maria Silvia Gomes Sterman

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sabe-se que no sistema processual brasileiro vigora, segundo os doutrinadores, o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

Embora não haja um artigo ou lei específica prevendo a possibilidade de interposição de recurso a toda e qualquer decisão, o fato é que a doutrina, sob o fundamento de o inconformismo ser inerente ao ser humano derrotado, entende que, por interpretação elástica ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal, estaria inserido no Princípio Constitucional da Ampla Defesa a possibilidade de recorrer das decisões judiciais, dentro dos parâmetros processuais vigentes.

Assim, em nosso sistema qualquer das partes que não estiver satisfeita com a decisão judicial, seja ela interlocutória (intermediária no processo) ou definitiva (de sentença terminativa ou extintiva), poderá interpor o recurso adequado, qual seja, o Agravo ou a Apelação.

O Agravo é (ou deveria ser), em regra, retido nos autos, para sua apreciação quando da interposição da apelação ou apresentação de contrarrazões recursais (artigo 522 do Código de Processo Civil).

No entanto, a nossa legislação processual prevê a hipótese de Agravo de Instrumento, interposto diretamente ao Tribunal competente, na hipótese de a decisão ser suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, conforme o mesmo artigo 522 do Código de Processo Civil.

Por essa sistemática, arguindo a parte perigo na demora da apreciação da questão, interpõe recurso diretamente aos Desembargadores aptos a julgar o recurso final, que decidirão sobre a questão, podendo, inclusive, deferir efeito suspensivo caso seja pedido e entendam existir motivo relevante.

Ao final do processo, com a prolação da sentença, o vencido poderá interpor recurso de apelação, em que submeterá a sua causa a uma Turma Julgadora, apta a reavaliar o caso, de acordo com a apelação interposta.

Para que haja apelação, se o feito não correu sob o manto da Justiça Gratuita, deverá o apelante recolher determinado valor, a depender da Lei de Custas estadual que vigorar (em São Paulo, por exemplo, é de 2% do valor atribuído à causa ou da condenação – dependendo de se tratar de sentença com conteúdo condenatório ou não), dentro de um determinado prazo e, preenchidos tais requisitos, além de estar a peça formalmente em ordem (artigo 514 do Código de Processo Civil), o feito será reavaliado.

No entanto, conforme Lei 1.060/50, é possível a parte alegar não possuir recursos suficientes para pagar as custas do processo, quando lhe é dado, pela simples alegação, o benefício da gratuidade judiciária.

Nesta hipótese, absolutamente nada é recolhido e, ainda assim, o feito é reanalisado pela Turma Julgadora, composta por Desembargadores, que são Magistrados que alçaram esta categoria por força do tempo de serviço ou merecimento.

O recurso, em regra, tem efeito suspensivo (artigo 520 do Código de Processo Civil), ou seja, quando interposto, suspende os efeitos da decisão judicial, até que a causa seja definitivamente julgada e transite em julgado, isto é, não comporte mais recursos.

Frise-se ainda a possibilidade de interposição de recursos especial e extraordinário, nos casos previstos na Constituição Federal (artigo 541 do Código de Processo Civil, 104, III, da Constituição Federal e 102, III, da Constituição Federal).

Por aí é possível ver que o trâmite de uma ação judicial é longo, com diversas possibilidades de interposição de recursos, sendo que a decisão judicial só terá validade se e quando houver o trânsito em julgado, ou seja, quando, por fim, não houver mais possibilidades de rediscussão da questão, iniciando-se, a partir daí, a possibilidade de execução, ou seja, de efetivação da decisão proferida pela Justiça.

Já na Justiça Americana, tal se dá de forma absolutamente distinta, tendo a decisão judicial uma validade célere e imediata, sendo que a interposição de recurso é exceção, e não regra, como acontece no sistema brasileiro.

Antes de tudo, é necessário consignar que não há justiça gratuita nos EUA. Há um cálculo, uma espécie de planilha, elaborada por setores competentes, que estimam o valor possivelmente gasto com determinada ação. A partir daí, são cobradas as taxas respectivas e, assim,

quem quer ingressar no Judiciário para discutir uma questão deve ter o número correspondente.

Frise-se que no sistema alienígena, nem mesmo no caso de derrota os honorários advocatícios pagos são ressarcidos pelo vencido, ficando, sempre, a cargo do contratante.

O fato de não existir gratuidade não é visto, naquele país, como um óbice ao direito de litígio, tampouco qualquer forma de cerceamento de direitos constitucionais como o devido processo legal e a ampla defesa.

Trata-se de um pensamento lógico inserido em um sistema prático baseado em uma economia que vê o dispêndio de valores como algo inerente à existência de gastos, um simples cálculo de “custo-benefício”.

E, se é certo que as custas judiciais e os honorários advocatícios são, sem dúvida nenhuma, uma barreira ao acesso à justiça, também é certo que o acesso ao segundo grau de jurisdição sofre, no sistema americano, com potenciais obstáculos impostos pelo valor que necessariamente deverá ser depositado para que se interponha o recurso adequado, de acordo com as normas de cada Estado.

Além disso, é necessário consignar que não há, no sistema americano, o recurso contra decisões interlocutórias, mas tão somente a apelação, interposta quando a causa foi julgada por completo, ou seja, obteve-se a resolução do mérito.

Assim, as decisões interlocutórias, ou seja, aquelas tomadas no curso da lide, não estão sujeitas a recurso (há peculiaridades locais, no entanto, o princípio vigente é o do “*final judgment rule*”, ou seja, apenas a decisão meritória final está sujeita à apelação).

Desta feita, as decisões interlocutórias passam a valer e vigorar imediatamente e tal circunstância não é vista como um obstáculo ao direito de recorrer, mas com simples naturalidade, na medida em que o Juiz preside a causa e, assim, aponta seus encaminhamentos para que ela atinja sua finalidade.

Feitas essas singelas observações, já de conhecimento daqueles afetos ao direito em geral, é necessário consignar que, por vezes, estabelecer uma correlação entre o nosso direito e o norte-americano é extremamente difícil e pode nos fazer incorrer em erros, com aplicação equivocada do direito comparado.

No entanto, há que se consignar que alguns pontos poderiam ser aproveitados, ou ao menos repensados, substancialmente no que concerne à interpretação de Princípios Constitucionais, pois determinados

pontos que são considerados pela doutrina como integrantes de nosso sistema, talvez não o sejam.

Aqui o tema está adstrito à questão do Duplo Grau de Jurisdição que, não previsto de forma expressa, recebe “status” de Princípio Constitucional ao ser inserido no Princípio da Ampla Defesa e tratado como tal.

No entanto, não se pode confundir a possibilidade da parte derrotada em recorrer da decisão judicial com a imperiosa facilidade de acesso ao segundo grau de jurisdição, o que acabou por acontecer, pela própria interpretação dos tribunais.

Assim é que, a nosso ver, não se contempla inconstitucionalidade, tampouco ilegalidade, em dar mais força à decisão interlocutória do Juiz singular, tornando-o o efetivo presidente do processo, obstando-se a possibilidade de interposição de recurso diretamente ao Tribunal para meras decisões interlocutórias que, se muitas vezes são capazes de gerar prejuízo, não se pode negar que o prejuízo também pode advir da própria decisão colegiada, assim entendida aquela que alterar o julgamento antes considerado prejudicial à parte recorrente e, agora, trazendo igual prejuízo ao recorrido.

Trata-se apenas de se decidir quem, efetivamente, será aquele que dará o encaminhamento ao processo, se o Juiz singular, ou a Corte. Há que se considerar que a gama de recursos interpostos, com pouco ou até mesmo nenhum critério, por mero inconformismo ou simples intenção de procrastinar o feito, faz com que o Tribunal não possa dedicar-se, de forma adequada, à sua função precípua, que seria, a grosso modo, a reanálise do caso após a declaração final do julgamento.

Tenho chamado as questões postas nos recursos de Agravo de Instrumento de “questiúnculas”, ou seja, questões menores, de pouca e às vezes até nenhuma importância, que desviam a objetividade final do feito, que é atingir a estabilidade jurídica buscada com a causa judicial.

Assim, o recurso interposto somente ao final, como no sistema norte-americano, traria inúmeras vantagens, entre elas a busca pela efetividade, e não simples demonstração de inconformismo, sem uma objetividade maior.

Alcançar-se-ia, com esse sistema, uma dupla vantagem. A de dar maior força às decisões interlocutórias do Juiz, tornando-o o verdadeiro presidente do processo, impedindo que o primeiro grau seja, como hoje acontece, uma simples “instância de passagem”, além de propi-

ciar aos tribunais a possibilidade de dedicarem-se exclusivamente às apelações, ou seja, à análise dos recursos após a prolação da sentença, dizendo o direito propriamente dito, sem perder-se com discussões que não tornarão o processo mais célere, a Justiça mais ágil e tampouco colaborará com a segurança jurídica.

Importante destacar trecho de artigo de Flávio Mirza no que concerne à concessão ao Magistrado singular de maior autonomia para presidir o feito e conferir andamento ao processo, presidindo-o.

Motivação não menos importante à adoção da mencionada regra (do *'final judgment rule'*) é a deferência maior ao ofício dos juizes de primeira instância, haja vista a impossibilidade de revisão imediata das decisões interlocutórias pela instância superior. Concede-se, portanto, maior autoridade às suas decisões[12]. Cumpre mencionar que no Brasil também há entendimento no sentido de se conferir maior importância às decisões de primeira instância.

Sem dúvida nenhuma há que haver criteriosa escolha na importação de fórmulas processuais, lembrando-se que os sistemas “common law” e “civil law” possuem gritantes diferenças, bem como gritantemente diferentes são as características de cada sociedade.

O norte-americano age, no dizer de Flávio Mirza, sempre com muito pragmatismo, enquanto o brasileiro, latino por ascendência, tende sempre a ser mais prolixo e metafórico.

Assim, destaca-se o alerta mencionado pelo jurista em nota a seu artigo:

José Carlos Barbosa Moreira alerta para o perigo de importações açodadas. Propõe, pois, “(...) a aferição escrupulosa da compatibilidade entre o enxerto pretendido e a compleição do organismo que o vai acolher”, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos., In: Temas de Direito Processual. 7. Série, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 157. Cumpre mencionar que, não raro, institutos típicos da common law entram em

nosso ordenamento de maneira pouco criteriosa. Como bem salienta Leonardo Greco: “As importações que se fazem de institutos da common Law sempre entram no nosso sistema de uma forma um pouco extravagante, anômala, e o sistema tem dificuldade de assimilar esses novos institutos ou até mesmo acaba por desvirtuar as suas finalidades ou características.”, cf. GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, volume I, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 4. Feitas tais considerações, reafirmamos nossa crença na utilidade do estudo do direito comparado.

Ainda assim, é importante olhar com atenção àquilo que tem o condão de elevar o nosso sistema a um patamar mais próximo do seu objetivo, qual seja, a efetividade e estabilidade das relações jurídicas e, consequentemente, humanas e sociais.

É certo que o novo Código de Processo Civil avançou um pouco nesta questão, limitando as hipóteses de interposição do Agravo de Instrumento a causas específicas (artigo 1.015 do novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015, que entrará em vigor aos 17 de março de 2016).

No entanto, se não houver mudança de mentalidade dos juristas, aqui entendidos tanto os doutrinadores quanto os aplicadores da lei, o rol inserido naquele dispositivo legal não será considerado taxativo, além de continuar sendo admitido pelos Tribunais o Mandado de Segurança como alternativa recursal, situações que, sem dúvida nenhuma, importarão na manutenção da situação atual vigente, com admissão de inúmeros questionamentos incidentais ao andamento do processo, desviando, como já acontece, o feito de seu curso natural e levando as cortes superiores à dedicação (desnecessária, a nosso ver) de julgamentos de recursos que não terão o condão de definir o bem da vida posto em discussão.

Nesta seara, o próprio conceito de Duplo Grau de Jurisdição deve ser repensado, observando-se que a mera possibilidade de ter revista somente a decisão final proferida talvez seja uma fórmula apta a deixar os conflitos menos intensos, menos demorados e, porque não dizer, menos existentes.

Bibliografia

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GRECCO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. I.

MACHADO, Costa. *Código de processo civil interpretado e anotado artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – Condicionantes Legítimas e Ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRZA, Flávio. Algumas questões sobre apelação no processo civil norte-americano e brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. In: _____. *Temas de Direito Processual – 7ª série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. III.

Jurisdição e segurança jurídica

Waldir Sebastião de Nuevo Campos Júnior
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

1. Introdução

A atividade jurisdicional, para cumprir sua função na organização social, deve promover a composição dos conflitos sociais de modo a gerar segurança jurídica, o que pressupõe razoável celeridade, previsibilidade e isonomia.

Entretanto, as características de nosso sistema jurídico e as especificidades de nossa realidade político-social comprometem sobremaneira a obtenção da segurança jurídica.

Importa considerar, neste aspecto, as complexas circunstâncias da atualidade, que estão permeando todas as espécies de atividades sociais e redefinindo paradigmas, tanto no que tange à administração pública, em todos os seus segmentos, como no que concerne às relações jurídicas em geral.

É preciso ressaltar, em particular, tanto a globalização econômica e cultural como as inovações tecnológicas, que alteraram profundamente a lógica das relações sociais.

As pessoas, inseridas numa complexa estrutura social, permeada por expressiva assimetria no âmbito da consciência social e política em todos os seus segmentos, possuem novos meios de comunicação e de articulação, principalmente, em virtude das redes sociais, dada a possibilidade de constante comunicação on-line e de obtenção e transmissão de informações em tempo real, o que reduziu de forma importante a possibilidade de controle das informações e, principalmente, da dinâmica das relações sociais.

Esta nova realidade está provocando uma revolução na compreensão dos valores éticos e morais, com expressivos reflexos na dinâmica do sistema jurídico, conferindo novos contornos a diversos institutos jurídicos.

Tais transformações, entre outros efeitos, estão a exigir a revisão das atividades legislativa e jurisdicional tradicionais e, principalmente, da hermenêutica, considerados, ainda, os importantes reflexos da criação e atuação de organismos internacionais multilaterais responsáveis pela edição de regras e procedimentos com inegáveis reflexos nas relações sociais de âmbito nacional.

Impõe-se, assim, prover condições para que a atividade jurisdicional, consideradas as circunstâncias da atualidade, promova, com efetividade, a pacificação social, cujo pressuposto é a segurança jurídica.

2. Jurisdição

2.1. Celeridade

Justiça tardia, é inquestionável, não gera sensação de justiça e compromete a segurança jurídica, pois a composição tardia do conflito, por mais eficientes que sejam os mecanismos de compensação do excessivo decurso do tempo, ocorre em circunstâncias significativamente diversas daquelas em que se constituiu a lide, o que impede, ainda que o provimento jurisdicional almejado e alcançado seja favorável, o adequado e efetivo atendimento da pretensão de quem busca a prestação jurisdicional, ainda que em prol da sociedade.

A celeridade, é certo, tem como um de seus principais pressupostos um regramento processual adequado, o que, no entanto, constitui questão de equacionamento complexo, dada a acentuada assimetria social, em todos seus segmentos, incluídas as esferas política e jurídica, com reflexos na atividade legislativa.

É preciso considerar, a propósito, o uso abusivo das vias jurisdicionais, em todas as instâncias judiciais, distorção que guarda direta correlação, tanto com a ausência de regramento processual adequado à promoção da celeridade processual como com a cultura jurídica vigente, cuja configuração tem início na vida acadêmica, considerados, neste aspecto, os perversos efeitos da expressiva proliferação dos cursos jurídicos, desacompanhada de razoável estruturação.

De qualquer forma, ainda que se tenha a adequada reforma da legislação processual como uma das soluções mais viáveis para o equacionamento da questão da celeridade processual, não há dúvida de que

a estruturação do exercício da atividade jurisdicional merece especial atenção.

Na medida em que não há como se conceber procedimentos judiciais isentos de distorções ou imunes à indevida utilização, o que compromete sobremaneira a celeridade processual, a adequada estruturação do exercício jurisdicional constitui-se em fator essencial à correção de distorções.

Por outro lado, ainda que se tenha razoável estruturação da ordem processual, outros fatores comprometem a celeridade processual, tanto o demandismo exagerado e congestionante das estruturas judiciais, decorrente, em grande medida, da progressiva perda da capacidade de autocomposição de nossa sociedade, assim como eventuais e imponderáveis reflexos da gestão pública, por exemplo, na esfera tributária.

Também nessas hipóteses, é possível vislumbrar equacionamento da celeridade processual por meio de eficiente estruturação da atividade jurisdicional.

Na atualidade, uma das estratégias adotadas para a eficiente estruturação do exercício jurisdicional, de modo a incrementar a celeridade processual e a segurança jurídica, é a adoção de normas processuais tendentes a conferir obrigatoriedade aos precedentes, principalmente, nos casos semelhantes, que, repetidamente, são submetidos aos Tribunais Superiores.

A questão que se coloca, a propósito, é o respeito à independência do magistrado no desempenho da atividade jurisdicional, do que decorre, dada a cultura jurídica vigente, a necessidade de se observar o viés ainda excepcional a ser considerado nessa estratégia, pois, em que pese a razoabilidade desta tendência para incrementar a celeridade processual e a segurança jurídica, representa expressiva limitação da atividade jurisdicional nas instâncias inferiores.

É preciso considerar, neste aspecto, que a obrigatoriedade de observância abrangente de antecedentes constitui estratégia recente de otimização da jurisdição, com vistas à segurança jurídica, não se inserindo na natural evolução de nosso sistema jurídico, mas em compartilhamento de instrumento próprio da *common law*.

É preciso considerar, finalmente, que este instrumento de otimização da celeridade processual e da segurança jurídica está sendo implementado num ambiente constitucional em que se desenvolve o fenômeno da judicialização das relações sociais, como consequência da constitucionalização do direito e da jurisdição.

2.2. Previsibilidade – judicialização das relações sociais

Importa considerar, ainda, outro importante fator que guarda estreita correlação com a questão da segurança jurídica, qual seja, a judicialização das relações sociais, a constitucionalização da jurisdição.

Jurisdição constitucional, conforme Luís Roberto Barroso¹, consiste em “interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais”, ou seja,

[...] compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a constituição.

A judicialização, por outro lado, não só decorre do constitucionalismo contemporâneo, que conferiu caráter constitucional à jurisdição², pois “constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis”³, como também de outros importantes fatores, como o reconhecimento da indispensabilidade “de um Judiciário forte e independente”⁴ para a consolidação democrática, causa de “vertiginosa ascensão

¹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. p. 5. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

² Luís Roberto Barroso, Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 7: “No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura”. (Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

³ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. p. 7. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

⁴ Idem.

institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil⁵, e também a “crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentos em geral”⁶ e a transferência ao Judiciário, por outros atores políticos, da “instância decisória de questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade”⁷, como forma de “evitar desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas”⁸, ou mesmo evitar a pernicioso indefinição comprometedora da estabilidade social.

A judicialização das relações sociais e políticas, sem dúvida, é um fenômeno internacional⁹, do que decorre a inconstestável politização da jurisdição.¹⁰

Houve, sem dúvida, expressiva expansão da atividade jurisdicional, com a afirmação do viés do Poder Judiciário como poder contra-majoritário.¹¹

⁵ Idem.

⁶ Idem.

⁷ Idem.

⁸ Idem.

⁹ Luís Roberto Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 6: “Os precedentes podem ser encontrados em países diversos e distantes entre si, como o Canadá¹², Estado Unidos¹³, Israel¹⁴, Turquia¹⁵ e Coreia¹⁶”. As respectivas notas de rodapé são as seguintes: ¹¹ Decisão da Suprema Corte sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Este exemplo e os seguintes vêm descritos em maior detalhe em Ran Hirschl, *The judicialization of politics*. In: Whittington, Kelemen e Caldeira (ed.), *The Oxford handbook of law and politics*, 2008, p. 124-5. ¹² Decisão da Suprema Corte que definiu a eleição de 2000, em *Bush v. Gore*. ¹³ Decisão da Suprema Corte sobre a compatibilidade, com a Constituição e com os atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. ¹⁴ Decisões da Suprema Corte destinadas a preservar o Estado laico contra o avanço do fundamentalismo islâmico. ¹⁵ Decisão da Corte Constitucional sobre a validade de plano econômico de grande repercussão sobre a sociedade. ¹⁶ Decisão da Corte Constitucional restituindo o mandato de presidente destituído por impeachment.” (Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015).

¹⁰ Luís Roberto Barroso, *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> (acessado em 23 de março de 2015).

¹¹ Luís Roberto Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 15: “A atividade judicial pode não ser um componente indispensável do constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral. Ela é um espaço de legitimação discursiva e argumentativa das decisões políticas que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de “contraponto e complemento”. Isso se torna especialmente verdadeiro em países de redemocratização recente, como o Brasil, onde o amadurecimento institucional ainda se encontra em curso, enfrentando uma hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo”. (Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015).

A tradicional característica, predominantemente dedutiva da atividade jurisdicional, em que as premissas de seu exercício consistiam, basicamente, na norma infraconstitucional (premissa maior) e no fato concreto (premissa menor), para verificação da ocorrência de subsunção e de suas consequências (conclusão/decisão), não mais subsiste, em decorrência da normatividade dos princípios e regras constitucionais e da técnica legislativa constitucional de utilização de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados.

A atividade jurisdicional, assim, deixou de possuir caráter puramente técnico, dedutivo, pois, diante da necessidade da consideração dos princípios e regras constitucionais indispensáveis à configuração das hipóteses de subsunção, passou a ter contornos de procedimento, também, indutivo, criativo, de construção da solução própria do caso concreto.

O julgador deve analisar as particularidades do caso concreto, com o propósito de determinar qual o enunciado ou enunciados normativos, que, por sua preponderância, estabelecida através da ponderação entre os enunciados normativos em tensão (inclusive de ordem constitucional), devem nortear a atividade jurisdicional na apreciação do caso concreto. A ponderação, como técnica a conferir racionalidade e, portanto, maior grau de legitimidade à atividade jurisdicional, na lição de Ana Paula Barcellos, consiste na “identificação dos enunciados normativos em tensão”, “identificação dos fatos relevantes” e na determinação da “decisão propriamente dita”, a ser proferida dentro dos seguintes parâmetros: “preferência das regras sobre os princípios” e “preferência das regras que promovam ou protejam os direitos fundamentais sobre as demais”.^{12,13}

A atividade jurisdicional, nessa nova moldura, a partir de uma interpretação integrativa e evolutiva, possibilita a verificação do fenômeno denominado “mutação informal da (compreensão) da Constituição”^{14,15}, na medida em que, por vezes, promove, sem alteração formal

¹² BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil* – introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 18.

¹³ BARCELLOS, Ana Paulo. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. In: BARROSO, Luís Roberto (Coord.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil* – introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 259-292.

¹⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 184-185.

¹⁵ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3. ed., São Paulo, Atlas, 2012, p. 90: “Dessa característica do conceito legal indeterminado resulta outra, que é a sua mutabilidade, ou seja, a possibilidade de seu significado variar no tempo e no espaço. Basta considerar a expressão *interesse público*, que corresponde a um dos princípios fundamentais do direito administrativo, para entender-se a importância do tema nesse ramo do direito, que é dos

de texto¹⁶ e sem que haja parâmetros ou preceitos formais balizadores desse fenômeno, significativas alterações da compreensão do texto constitucional, razão de críticas orientadas no sentido da redução do âmbito da abrangência da atividade jurisdicional, considerada sua perspectiva constitucional.

Não se pode deixar de assinalar, a propósito, a apreciação crítica de Paulo Bonavides, no sentido de que

[...] os modernos métodos interpretativos compõem uma metodologia de crise, são métodos por excelência afeiçoados a um constitucionalismo periclitante, métodos para os dias turvos de mudança e transição, que aguardam ainda a conciliação da legitimidade hegemônica com a legalidade em declínio ou recuo, às vésperas de eventual substituição.¹⁷

Tais métodos, no entanto, segundo essa mesma apreciação crítica, possuem um viés marcadamente positivo, em particular, “naqueles países onde a democracia não resolveu ainda a questão social”¹⁸, pois, nesses contextos sociais e políticos, “a velha hermenêutica faria estremecer ou explodir os fundamentos da ordem social, cuja correntezza desce vertiginosa para um leito que ainda não se acha de todo definido ou escavado”¹⁹, ou seja, “a interpretação das Constituições tem um sentido nos países desenvolvidos, possuindo outro, porém, inteiramente distinto nos países subdesenvolvidos ou em fase de desenvolvimento”²⁰, como ocorre no Brasil, que se insere entre os países em fase de desenvolvimento²¹.

que maior flexibilidade exigem, pelo próprio fato de a função administrativa estar voltada para a consecução das necessidades coletivas, sempre variáveis. O mesmo objetivo que constitui, em dado momento, a preocupação central do poder público, pode, tempos depois, ser superado por outros cujo atendimento venha a apresentar maior grau de premência.”

¹⁶ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 30. ed., atual., São Paulo, Malheiros, 2015, p. 468-469: “A interpretação da Constituição é parte extremamente importante do Direito Constitucional. O emprego de novos métodos da hermenêutica jurídica tradicional fez possível uma considerável e silenciosa mudança de sentido das normas constitucionais, sem necessidade de substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais da emenda constitucional”.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 498.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem.

²⁰ Idem.

²¹ Idem: “Nos países em crise de autonomia mínima da Sociedade perante o Estado faz irremediável a sujeição das Constituições a esse tipo de hermenêutica a que nos reportamos. No constitucionalismo da Sociedade pós-industrial, porém, dotada já de altos níveis de estabilidade, e onde a Sociedade, ao despolitizar-se, recobra do mesmo passo uma certa margem de autonomia perante o Estado, é possível vislumbrar a saudável eventualidade de um retorno aos velhos e comprovados métodos da

Essa nova moldura hermenêutica, em que o foco central é a unidade constitucional, sem dúvida, produz reflexos na simetria jurisdicional, na medida em que potencializa a projeção das circunstâncias do julgador na composição da lide, na medida em que estão intimamente conectadas com a necessária análise das circunstâncias de nossa complexa realidade social.

2.3. Isonomia

Não se pretende sustentar a utópica busca da isonomia material na prestação jurisdicional, o que, evidentemente, é inviável, principalmente, em vista do fenômeno da judicialização das relações sociais e políticas, em virtude do atual panorama constitucional.

Entretanto, em que pese a inequívoca constitucionalização da jurisdição, em particular, como já assinalado, em decorrência da normatividade dos princípios constitucionais e da técnica da redação de preceitos constitucionais por meio de cláusulas gerais, de conceitos jurídicos indeterminados, com importantíssimos reflexos no âmbito da hermenêutica, é preciso estabelecer parâmetros que resguardem a isonomia possível das lides que apresentam as mesmas características.

O exercício da jurisdição, assim, dado seu caráter integrativo, principalmente, dos mandamentos constitucionais, referência para a aplicação da legislação infraconstitucional, o que lhe confere razoável grau de subjetividade, demanda mecanismos de ordem processual que viabilizem a simetria possível.

Quanto aos mecanismos desenvolvidos, particularmente, para a prevalência da jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores, que, embora inspirados na *common law*, possuem pressupostos diametralmente opostos, numa abordagem crítica de viés acadêmico, não têm propiciado ambiente adequado à efetivação da segurança jurídica.

Tais mecanismos, conforme se verifica de sua estruturação, têm como pressupostos, principalmente, o atendimento do esgotamento estrutural dos Tribunais Superiores e, ainda, a efetivação de julgados que, não raro, têm sido modificados como certa frequência.

hermenêutica tradicional, porquanto as relações sociais já se acham ali cimentadas num Estado de Direito, que, vitorioso, atravessou com suas instituições políticas e econômicas a crise material da Sociedade, crise tão sentida, assoberbante e decisiva nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil”.

Insta ressaltar, finalmente, que as características atuais da jurisdição, que colocam o magistrado também como responsável na determinação da lei do caso concreto, de certa forma, guardam alguma correlação com a questão da relação dialética existente entre os denominados direito judiciário e direito legislado.

3. *Civil Law e Common Law*

Os dois sistemas jurídicos ocidentais, examinados sob os prismas da organização social e da segurança jurídica, objetivam estruturação estatal nos moldes do Estado de Direito Moderno.

Não há dúvida de que, com a consolidação do Estado Moderno, houve a prevalência do direito legislado, com importante movimento no sentido das codificações.

Entretanto, dadas as diferenciadas circunstâncias da atualidade, que conferem expressiva complexidade à organização social, na seara da *civil law*, consideradas as características do ambiente neocapitalista pós-moderno, o sistema da codificação, dado seu esgotamento, está sendo relativizado pela adoção de modelo diverso de regulação jurídica, qual seja, o de microsistemas jurídicos sistematizados e coordenados, com princípios e hermenêutica diferenciados.

Esse novo formato do direito legislado, que está se distanciando da codificação, à evidência, não compromete a supremacia da lei, mas, ao contrário, objetiva maior eficiência na disciplina das relações sociais, com vistas à segurança jurídica e estabilidade social.

É preciso considerar, a propósito, que, mesmo no âmbito da *common law*, a supremacia da lei consolidou-se²², o que ocorreu, à evidência, para conferir maior grau de racionalidade, segurança jurídica e legitimidade ao respectivo sistema jurídico, o qual, sem dúvida, ainda mantém fidelidade às suas tradições estruturais.

Aliás, na perspectiva exclusiva do método de organização social, desconsideradas as perspectivas da teoria jurídica e da ideologia, os sistemas *common law* e *civil law*, vigentes em realidades jurídicas diversas (direito judiciário/direito legislado) e em medidas diversas, são positivistas.²³

²² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico* – lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 234.

²³ Idem.

Os dois sistemas jurídicos, entretanto, numa relação dialética, considerados os limites impostos por seus respectivos pressupostos teóricos e ideológicos, orientam-se no compartilhamento recíproco dos mecanismos que se apresentaram como satisfatórios, principalmente para prover a segurança jurídica, o que se apresenta como indispensável num ambiente global extremamente complexo, plural e assimétrico.

Essa realidade, importa considerar, em particular no âmbito da *civil law*, desenvolve-se, também, considerada a crise de legitimidade dos poderes políticos constituídos pelo voto popular, a partir de uma atividade jurisdicional formatada pelo fenômeno da judicialização da política, em que a importância do Poder Judiciário, menos vulnerável às pressões econômicas e políticas, é reforçada, em particular, por sua perspectiva contramajoritária.

A atividade jurisdicional, portanto, na atualidade, tem expressiva influência nos âmbitos econômico e político.

Assim, o desenvolvimento da obrigatoriedade de observância dos precedentes dos Tribunais Superiores, como forma de incremento da segurança jurídica no ambiente da *civil law*, cuja lógica e pressupostos teóricos e ideológicos são distintos dos informadores do sistema jurídico da *common law*, no qual tal obrigatoriedade constitui a essência da atividade jurisdicional, constitui atividade extremamente complexa, na medida em que pode comprometer um dos principais pilares da atividade jurisdicional em nosso sistema jurídico, que é a independência funcional.

4. Prerrogativas da magistratura e segurança jurídica

Relacionar segurança jurídica e exercício jurisdicional implica considerar a independência do magistrado, na medida em que projeta a adoção de mecanismos limitadores da atividade jurisdicional, ainda que em situações especiais.

A independência do magistrado no exercício da jurisdição, no âmbito do Estado Democrático de Direito, é essencial, particularmente ao resguardo dos direitos fundamentais individuais e coletivos.

O art. 95, da Constituição Federal, prevê, em seus incisos I, II e III, as garantias constitucionais da vitaliciedade, inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, que constituem o sustentáculo da independência jurisdicional.

Tais garantias, historicamente, foram concebidas durante a evolução política da estruturação da atividade jurisdicional independente.

Lembrou, a propósito, o Eminentíssimo Professor Ricardo Arnaldo Malleiros Fiuza, em palestra proferida no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em 23.11.2004, que a vitaliciedade foi instituída na Grã-Bretanha em 1688, a inamovibilidade é fruto da Revolução Francesa e a irredutibilidade de vencimentos foi inserida na Constituição dos Estados Unidos em 1787.

Alexandre de Moraes, em sua obra *Constituição do Brasil interpretada* (7. ed., Atlas, 2007, p. 1363), assinala que as garantias constitucionais dos magistrados não versam sobre privilégios, mas consistem em garantias imprescindíveis à concretização da democracia, ao respeito aos direitos fundamentais. Referiu, a propósito:

Hamilton, em *O Federalista*, comparava as garantias dos juizes às do Presidente da República norte-americana. Dizia que os juizes, por serem vitalícios, necessitam de garantias mais fortes e duradouras que o Presidente.

No mesmo sentido, qual seja, que as garantias da Magistratura são indispensáveis à independência no exercício da jurisdição, é a lição de José Afonso da Silva, em sua obra *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 28. ed., p. 590 e seguintes.

J. J. Gomes Canotilho, da mesma forma, assinala que as garantias do magistrado constituem a base de sua independência para o desempenho da atividade jurisdicional no âmbito do Estado de Direito e, ao tratar do regime geral dos direitos fundamentais, considera a independência no exercício da jurisdição como fundamento da efetiva tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, a partir da observância do devido processo legal, tanto no sentido de defesa contra os atos dos poderes públicos como no de proteção contra violações praticadas por terceiros. Insere-se, segundo seu magistério, no âmbito dos direitos fundamentais individuais, com a natureza de direito fundamental formal, cuja dimensão material é integrada pela correlação com o direito fundamental a ser assegurado (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed., p. 443, 495-497 e 659-660).

A independência do Magistrado, como se vê, insere-se entre os pressupostos basilares do Estado Democrático de Direito, do que

decorre que qualquer mitigação da independência no exercício jurisdicional, sob qualquer perspectiva, deve preservar a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos e liberdades fundamentais coletivos e individuais.

A observância da independência jurisdicional, entretanto, não se esgota em tais prerrogativas, pois pode restar comprometida a partir de limitações impostas ao seu exercício na busca de simetria, com o propósito de conferir eficácia ao mandamento constitucional da segurança jurídica.

A questão que se coloca, assim, é a determinação de parâmetros, para que eventuais limites ao seu exercício não se constituam em sua negação.

A determinação de tais parâmetros, portanto, deverá ser norteada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, vertentes materiais da legalidade e, conseqüentemente, da constitucionalidade.

5. Conclusão

Não há dúvida de que a atividade jurisdicional, quando desprovida de previsibilidade, compromete a segurança jurídica e a isonomia na composição de conflitos semelhantes ou idênticos e, notoriamente, constitui incentivo à litigiosidade.²⁴

Assim, os esforços no sentido de conferir, na solução de determinadas situações semelhantes ou idênticas submetidas à apreciação jurisdicional, força e, até mesmo, obrigatoriedade na observação dos precedentes, apresenta-se como plenamente razoável.

No entanto, como no nosso sistema processual, ao contrário do que se verifica no âmbito da *common law*, em que o respeito aos precedentes é a essência da atividade jurisdicional (compromisso moral do julgador), tal obrigatoriedade decorre de disposição legal; naturalmente, surgiram contundentes questionamentos sobre sua legitimidade.

Tais questionamentos, é certo, encontram ressonância na atual moldura constitucional da atividade jurisdicional, principalmente, em

²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Por que respeitar os precedentes? Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/teresa-arruda-alvim-wambier/por-que-respeitar-os-precedentes-2ot2n72y384owyrqn3gynso1>>. Acesso em: 8 mar. 2016.

razão do modelo plural de controle de constitucionalidade adotado e da utilização da técnica legislativa das cláusulas gerais, dos conceitos jurídicos indeterminados, circunstâncias que, consideradas em conjunto com a crise de legitimidade dos poderes políticos, constituíram-se nas causas do fenômeno da judicialização das relações sociais e da política e, de certa forma, na politização da justiça.

Entretanto, é preciso reconhecer que a assimetria jurisdicional tem comprometido a segurança jurídica, com efeitos expressivos na litigiosidade, o que apresenta como razoável a adoção de mecanismos tendentes a corrigir tal distorção, tendentes a conferir força e, excepcionalmente, caráter obrigatório aos precedentes²⁵, sem que se possa admitir contornos de inconstitucionalidade em tais mecanismos, desde que não se constituam em via de indevida interferência política no exercício da jurisdição independente, própria do Estado Democrático de Direito.

É preciso ressaltar, ainda, a propósito da adoção dos referidos mecanismos destinados a corrigir a extrema assimetria jurisdicional que vivenciamos, a necessária atenção com nossa complexa realidade social e jurídica, dados os evidentes riscos de distorções comprometedoras da segurança jurídica, o que foi objeto de importante ressalva de Mauro Cappelletti²⁶, assinada em nota de rodapé, no sentido de que em países, cujas características se assemelham às nossas, as especificidades locais conferem contornos diferenciados e próprios à questão em tela.

Não se pode deixar de anotar, finalmente, que a implementação da segurança jurídica demanda, ainda, coerente reestruturação de nossa legislação processual, não só no âmbito da força dos precedentes do Tribunais Superiores, como também na viabilização do mandamento constitucional da duração razoável do processo, também essencial ao incremento da segurança jurídica.

Oportuno consignar, finalmente, notícia relativa à palestra proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, no II Congresso Internacional da AMB:

²⁵ Idem.

²⁶ Mauro Cappelletti, *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sérgio Antonio Frabris, 1999, p. 111: “243 – Nenhuma tentativa foi realizada, pelo contrário, para estender a análise ao “terceiro mundo” dos países em via de desenvolvimento, nos quais os problemas que estão à base deste estudo colocam-se de maneira muito diversa”.

Barroso destacou que existe uma nova realidade trazida pelo Código de Processo Civil (CPC). “*Nós, juízes, vamos ter que desenvolver a aptidão de trabalhar com essa nova categoria, os precedentes vinculantes*”, ressaltou. Os precedentes no Direito brasileiro, segundo o ministro, têm três tipos de eficácia: a tradicional, a intermediária e a extra eficácia vinculante. “*A tradicional é uma eficácia puramente persuasiva, os precedentes dos julgados de primeiro grau. Em segundo lugar, os precedentes que têm uma eficácia intermediária, que são aqueles que permitem o julgamento monocrático pelo relator do recurso. E, em terceiro, a extra eficácia vinculante, que obriga os tribunais inferiores a seguirem a tese de Direito do precedente. Se a tese não for seguida, será possível o ajuizamento de reclamação perante o STF*” explicou.²⁷

É preciso, portanto, a implementação de racional, coerente e consequente movimento sistêmico por parte de todos os envolvidos no incremento da segurança jurídica.

²⁷ Disponível em: <<http://www.amb.co.br/novo/?p=28781>>. Acesso em: 5 set. 2016.

II – Direito Constitucional e direitos e garantias individuais

O reconhecimento da união homoafetiva no Brasil e nos Estados Unidos – estudo de caso precedente ADI 4277 (ADPF 132-RJ) e *Perry v. Brown*

Heliana Maria Coutinho Hess^{1,2}

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: O reconhecimento da união homoafetiva como união estável no Direito brasileiro e casamento civil no Direito norte-americano. 1. ADI 4.277/DF (ADPF 132/RJ). 1.1 Introdução no Brasil. 1.2. Breve Histórico. 2. *Case study* *Perry v. Brown*. 2.1 Introdução nos Estados Unidos. 2.2 Breve Histórico. 3. Comparativo entre os precedentes. 4. Implicações legislativas e jurisprudenciais dos precedentes no Brasil e nos Estados Unidos. Conclusão. Bibliografia.

Palavras-chave: união estável e casamento homoafetivos – princípios constitucionais. Precedentes do STF e Corte Federal do 9º circuito dos EUA. Efetivação do direito fundamental.

Abstract: Recognition of same-sex partnership as “união estável” in Brazilian Law and as civil marriage in American Law. Precedents in leading cases ADPF 132/RJ and ADI 4.277 of the Federal Supreme Court of Brazil and *Perry v. Brown* in the United States of America. Legislative and jurisprudential implications of the precedents. Conclusion. Bibliography.

Keywords: same-sex partnership and marriage – constitutional principles – precedents of the Supreme Federal Court of Brazil and the Ninth Circuit Court of Appeals in the US – upholding of the fundamental rights.

¹ Doutora em Direito do Estado pela USP (2005) e Pós-Doutora em Ciência Política pela Unicamp (2008).

² Com a colaboração de Rodolfo Mazzini Silveira, estudante da Faculdade de Direito da USP, estagiário de Direito no Tribunal de Justiça de São Paulo e intercambista na Erasmus University Rotterdam, 2014/2015.

O reconhecimento da união homoafetiva como união estável no Direito brasileiro e casamento civil no Direito norte-americano

1. ADI 4.277/DF (ADPF 132/RJ)

1.1. Introdução no Brasil

União Homoafetiva é a designação dada a todo relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, em convivência estável e compartilhando direitos e deveres. A união entre pessoas do mesmo sexo, segundo Cláudia Thomé Toni³, é um fato social cada vez mais constante e que deve receber plenamente a proteção do Estado em todos os direitos patrimoniais e pessoais.

A Constituição Federal no artigo 226, § 3º, estabeleceu a proteção do Estado e o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, como entidade familiar, com a facilidade de converter em casamento. Esse preceito constitucional foi ampliado com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental do Estado do Rio de Janeiro, que discutia direitos decorrentes da união homoafetiva⁴ (ADPF nº 132/RJ)⁵ e da ADI 4.277 pelo STF em 5.5.2011, com efeito vinculante e erga omnes, conferindo a interpretação conforme a Constituição Federal, estendendo os direitos da união estável à relações homoafetivas.

Como diz Maria Berenice Dias, a discussão sobre o direito da união estável como entidade familiar foi resistida por parte do Judiciário, que afastava o instituto do direito de família, para considerá-lo como um direito de obrigações na esfera cível, por considerá-lo como sociedade de fato e os integrantes como partícipes de relações sem vínculo de afetividade, mas de obrigações e direitos, como numa “empresa

³ *Manual de direitos homossexuais: legislação e jurisprudência*. São Paulo, SRS, 2008. p. 11.

⁴ Termo cunhado pela Desembargadora Maria Berenice Dias (*Vide DIAS, Maria Berenice entrevistada por Revista Justilex. Em defesa das mulheres e das uniões homoafetivas. Revista Justilex*, n. 38, Brasília, DF, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/entrevistas-revista-justilex-em-defesa-da-mulher-e-das-uniões-homoafetivas.cont>>. Acesso em: 9 mar. 2016).

⁵ Interpretação dos incisos II e V do artigo 19 e incisos I a X do artigo 33, ambos do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), sobre limitação de direitos de pessoas homossexuais. Essa ação foi incorporada na ADI 4.277, que abrangia a discussão sobre a interpretação conforme a constituição do artigo 226, § 3º, da CF e artigo 1.713, *caput*, do Código

de natureza humana com natureza trabalhista, pois só via labor onde existia amor.”⁶

Mas ao receber o amparo dos princípios constitucionais, o direito de família modificou-se profundamente e o que antes era hierarquia e discriminação passou a ser concebido de forma mais abrangente possível com pluralidade de conceito de família, que não mais se assenta por contração de matrimônio civil ou religioso formal. O artigo 226, § 3º da CF ao mencionar a união estável formada entre homem e mulher, não exclui o reconhecimento de outras formas de reconhecimento da entidade familiar, seja esta monoparental, homoafetiva, as quais foram recepcionadas por tratados e convenções internacionais. A homossexualidade existe e é um fato que se impõe na sociedade e não cabe mais neste século o estigma do preconceito ou da marginalidade, por fugir aos padrões estereotipados da nossa sociedade, por isso denominar-se de “relações heteroafetivas ou homoafetivas”,⁷ baseadas no sentimento de afeto e de assistência mútua, com ou sem prole e aquisição de patrimônio (a Justiça Especializada de Família do Tribunal do Rio Grande do Sul, foi a primeira a reconhecer o direito de herança entre parceiros do mesmo sexo⁸).

A parceria homossexual é um fenômeno histórico que vem sendo reconhecido e atribuído direitos e deveres ao redor do mundo. O início, como relembra Cláudia Toni⁹, de reconhecimento de direitos foi nos países escandinavos: em 1989, na Dinamarca; em 1993, na Noruega, e em 1994, na Suécia. Nos Estados Unidos, já no ano de 1997 ao menos dez estados norte-americanos admitiam união civil homossexual.

1.2. Breve histórico

No Brasil, a jurisprudência dos Tribunais dos Estados foi trazendo paulatinamente à discussão os direitos da personalidade e patrimoniais das relações homossexuais.

A evolução dos direitos foi estabelecida por meio de interpretação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (artigo

Civil.

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 5.

⁷ *Ibid.* p. 7.

⁸ *Ibid.* p. 18.

1º, inciso III), da igualdade de tratamento de todos os brasileiros e estrangeiros perante a lei (artigo 5º, *caput*,), e da não discriminação de pessoas ou grupos em diversas áreas (artigo 3º, IV, conjugado com artigo 5º, LXI, LXII, artigo 7º, XXX, artigo 12, artigo 215, *caput* e 226, § 5º da CF).

As leis esparsas, como colaciona Cláudia Toni¹⁰, começaram a ajustar-se aos princípios constitucionais, reconhecendo direitos de pessoas do mesmo sexo, v.g. a legislação previdenciária federal de benefícios por companheiros (Instrução Normativa 25/2000), e a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), em Ofício Circular 257/2004, para a condição de dependente do companheiro(a) homossexual, com fins ao recebimento do seguro obrigatório. Em âmbito estadual, as constituições de Alagoas (artigo 2º, §, I) e do Pará (artigo 3º, inciso, IV), e leis ordinária de São Paulo (Lei 10.948/2001), Minas Gerais (Lei 14.179/2002), Rio de Janeiro (Lei 3.406/2002), Piauí (Lei 5.431/2004, Santa Catarina (Lei 12.574/2003), Rio Grande do Sul (Lei 11.872/2002), Distrito Federal (Lei 2.615/2000) e Bahia (Lei 5.275/97), vedam a discriminação por orientação sexual.

Porém, por omissão legislativa do Congresso Nacional, não houve promulgação de Emenda Constitucional para modificar o parágrafo 3º do artigo 226 da CF, com o reconhecimento da união estável dos homossexuais como “entidade familiar”, para fins de proteção estatal.

Ademais, não foram promulgadas as leis infraconstitucionais apresentadas por parlamentares para o reconhecimento dos direitos advindos da união homoafetiva para garantir direitos pessoais e patrimoniais, estendendo-se aos herdeiros. Foi por meio da jurisprudência dos Tribunais Estaduais que esses direitos foram paulatinamente sendo reconhecidos, abrindo o leque para a consolidação do reconhecimento da união estável, que resultou no debate mais intenso do precedente paradigma originado da ADPF 132/RJ em conjunto com a ADI 2.477/2011 do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, a interpretação conforme à constituição e sistemático-teleológica dos princípios constitucionais culminou com o reconhecimento, em decisão vinculante e *erga omnes*, de direitos fundamentais da união estável homoafetiva.

Segundo o Ministro Barroso, a interpretação conforme à constituição, é um

⁹ Op. cit. (nota 1, supra), p. 12.

[...] mecanismo de controle de constitucionalidade [...] que permite ao intérprete, sobretudo o tribunal constitucional preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nesta hipótese, o tribunal, simultaneamente, *infirm*a uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e *afirma* outra, que compatibiliza a norma com a Constituição.¹¹

Nesse sentido, a novidade no julgamento pelo STF seria a ampla possibilidade de reconhecimento de direitos pelo Estado da união estável homossexual como entidade familiar, ampliando o significado do termo cunhado no artigo 226, § 3º, da CF, para além dos gêneros de “homem e mulher”.

Ressaltam nesse sentido Alexandre Bahia e Paulo Vecchiatti¹² a garantia desses direitos às minorias homossexuais pelo Supremo Tribunal, que supriu a omissão histórica do Legislativo, superando os mecanismos de representação formal dos partidos políticos no Parlamento, os quais deixaram de implementar por longos anos os direitos fundamentais das relações homossexuais.

A omissão legislativa e a ação afirmativa dos precedentes dos Tribunais Estaduais nos muitos casos de reivindicação de direitos dos homossexuais motivou a interpretação analógica e extensiva conforme à constituição para o reconhecimento da entidade familiar da união Homoafetiva.

2. *Case study* Perry v. Brown¹³

2.1 Introdução nos Estados Unidos

A longa trajetória de luta dos homossexuais buscando o direito ao matrimônio finalmente resultou em uma vitória expressiva. Referimo-nos

¹⁰ Op. cit. (nota 1, supra), p. 20-21.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 301.

¹² BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. *Revista Direito GV*, v. 9, n. 1, São Paulo, p. 4, jan./jul. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322013000100004>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

ao julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Obergefell v. Hodges*, que reconheceu a obrigatoriedade, por força da Décima Quarta Emenda, de todos os Estados permitirem o casamento de casais homossexuais, bem como reconhecerem os matrimônios legalmente realizados alhures.¹⁴

Porém, antes dessa decisão paradigmática, houve outras que pavimentaram o caminho rumo à igualdade civil dos casais homoafetivos. No presente, gostaríamos de deitar luz sobre o precedente, que tomamos para análise: *Perry v. Brown*, julgado pela Corte Federal de Apelações do Nono Circuito, em 2012.

Neste, a referida Corte avaliou a constitucionalidade da Proposta n. 8 do Estado da Califórnia¹⁵, que buscava retirar dos casais homossexuais o matrimônio legal, embora mantivesse a possibilidade de estes constituírem uma parceria doméstica registrada¹⁶, com os mesmos direitos e deveres, faltante apenas o status do casamento.

2.2 Breve histórico

A matéria da constitucionalidade da vedação ao casamento homossexual já havia sido ventilada em 2008, quando a Suprema Corte da Califórnia, no *In re: marriage case*¹⁷, opinou pela inconstitucionalidade da Proposta n. 22, entre outras provisões, argumentando que o casamento é um direito fundamental, não podendo ser negado a qualquer casal meramente por razões históricas, e que não há interesse estatal em preservar a denominação “casamento” como exclusiva para casais heterossexuais.

¹³ United States Court of Appeal, Ninth Circuit, nº 10-16696, D.C. no 3:09 cv.02292-VRW, Feb.07.2012

¹⁴ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015), p. 1.

¹⁵ Na íntegra, “This initiative measure is submitted to the people in accordance with the provisions of Article II, Section 8, of the California Constitution. This initiative measure expressly amends the California Constitution by adding a section thereto; therefore, new provisions proposed to be added are printed in italic type to indicate that they are new. SECTION 1. Title This measure shall be known and may be cited as the “California Marriage Protection Act.” SECTION 2. Section 7.5 is added to Article I of the California Constitution, to read: SEC. 7.5. *Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California.*”

¹⁶ *Registered domestic partnership.*

¹⁷ 43 Cal. 4th 757. O *In re: marriage cases* foi uma opinião conjunta da Suprema Corte da Califórnia a respeito de seis diferentes apelações, todas envolvendo a possibilidade, em face da Constituição da

Assim,

[...] foi surpreendente, mesmo chocante [...], quando seis meses após a decisão da Suprema Corte da Califórnia garantindo o direito de gays e lésbicas ao casamento, os eleitores da Califórnia retiraram esse direito por meio de uma iniciativa popular de emenda à Constituição estadual.¹⁸

Referimo-nos, é claro, à Proposta n. 8, que foi votada e aprovada pela população californiana, vedando novamente a possibilidade do casamento civil homossexual.

Teve início, então, uma cruzada dos opositores da emenda, que buscaram auxílio de renomados advogados para encontrar um meio de impedir, por via judicial, a efetivação da mudança constitucional¹⁹. Essa luta levou a *Perry v. Brown*, que é o resultado da conjugação de esforços entre opositores da medida que se mobilizaram para invalidá-la, os autores da ação propriamente dita, bem como dos advogados, todos unidos pela manutenção do direito ao casamento homossexual.

A Corte de Apelações do Nono Circuito, instada a exarar uma opinião sobre a constitucionalidade da emenda, não se afastou das conclusões a que havia chegado a Suprema Corte da Califórnia em *In re: marriage cases*, decidindo “que a Proposta n. 8 é inconstitucional ante a *Due Process Clause* porque nenhum interesse estatal significativo justifica negar aos casais homossexuais o direito fundamental de casar.”²⁰ Ainda, apontou que a proposta de emenda “viola a *Equal Protection Clause*, porque não há fundamento racional para limitar a denominação de ‘casamento’ a casais heterossexuais.”²¹

O que salta aos olhos é que nenhum direito substantivo é retirado da minoria homossexual pela Proposta n. 8, mas mesmo assim a Corte considera configurada uma grave discriminação contra esse grupo²², e

Califórnia, da vedação ao casamento homossexual.

¹⁸ BOIES, David; OLSON, Theodore. *Redeeming the dream*. New York: Penguin, 2014. p. 7.

¹⁹ *Ibid.*, p. 48-49.

²⁰ *Perry v. Brown*, p. 18.

²¹ *Perry v. Brown*, p. 19.

²² No dizer do juiz Reinhardt: “Uma lei que não tem qualquer efeito prático exceto retirar de um grupo o direito ao uso de uma designação autorizada pelo estado e socialmente relevante é tanto mais curiosa do que uma lei que imponha maiores mudanças, e gera uma ‘suspeita ainda maior que a

isto porque a denominação “casamento” carrega força e significância que não pode ser alcançada com o emprego de qualquer outro termo; ou seja, é uma palavra que não comporta sinônimos.

Em nenhum momento, porém, os juízes enfrentam a questão que, anos depois, seria discutida na Suprema Corte dos Estados Unidos, qual seja, se há um direito fundamental dos homossexuais ao casamento. Antes, discute-se apenas a constitucionalidade de retirar dos homossexuais o direito ao casamento já conferido previamente.²³

A Corte, para chegar à decisão pela inconstitucionalidade da proposta de emenda, analisa cada um dos argumentos oferecidos em favor dela, refutando-os à luz da Constituição.

O primeiro argumento trazido é de que o convívio com uma família biológica é melhor para o desenvolvimento das crianças, e que uma das funções do casamento é evitar a “procriação irresponsável”, ficando esvaziado no casamento homossexual. A refuta da Corte aponta que “ambas as partes da argumentação dos proponentes não encontra respaldo na realidade contemplada pela legislação”, não podendo ser considerada racional.²⁴

O segundo argumento aduzido pelos proponentes é que a Corte, ao tratar do instituto do casamento, deveria proceder com cautela. A argumentação contrária, neste caso, é simples: falta pertinência com o discutido na Proposta n. 8, uma vez que o direito ao casamento homossexual já havia sido concedido.²⁵

O terceiro argumento defendido é que a Proposta n. 8 seria benéfica à liberdade de religião, na medida em que evitaria que as entidades religiosas fossem penalizadas pela recusa de fornecer seus serviços a famílias homossexuais.²⁶ O raciocínio, entretanto, é claramente dúbio e, ademais, não tem relação com a Proposta, já que esta em nada altera as leis antidiscriminatórias existentes na Califórnia.²⁷

O quarto argumento sustenta que, avançando a Proposta n. 8, ficariam as escolas prevenidas de ensinar sobre a homossexualidade. Por óbvio, esse argumento não tem qualquer base racional, de um lado

desvantagem imposta, é fruto de animosidade ante a classe de pessoas afetadas.” (p. 46)

²³ *Perry v. Brown*, p. 41-42.

²⁴ *Perry v. Brown*, p. 60.

²⁵ *Perry v. Brown*, p. 63.

²⁶ *Perry v. Brown*, p. 67.

²⁷ A deficiência na argumentação dos proponentes em defesa da Proposta n. 8 apenas sedimenta, de modo seguro, a conclusão de que a emenda constitucional não avança nenhum interesse relevante

porque não há qualquer obrigação das escolas ensinarem ou deixarem de ensinar sobre casamento homossexual, e de outro, porque continuariam impedidas de emitir juízo de valor sobre a situação. Ademais, de uma perspectiva sociológica, “[a]s escolas ensinam sobre o mundo como ele é; quando o mundo muda, os ensinamentos mudam.”²⁸

Por último, recorrem ao argumento de que a emenda teria o efeito de restaurar a definição tradicional do casamento. Acontece que, como observa a Corte, a mera tradição não é suficiente para retirar de alguém um direito previamente conferido; nesse sentido, vale sempre lembrar as sábias palavras de Oliver Wendell Holmes: “É revoltante não ter melhor justificativa para uma norma jurídica senão a que assim era na época de Henrique IV.”²⁹

3. Comparativo entre os precedentes

Assim nos dias atuais, a reivindicação de direitos sociais perante o Poder Judiciário, no Brasil e nos Estados Unidos, aumentou consideravelmente em políticas públicas porque existe um vácuo no Parlamento e posição consolidada de intervenção e controle do Executivo em matéria de direitos humanos por meio de intervenção judicial.

O protagonismo das Cortes nas modernas democracias neo-constitucionais³⁰ e a ascensão institucional do Judiciário estão embasadas no novo modelo de interpretação “final e vinculante das normas constitucionais” em todos os níveis de jurisdição.

Por essa razão, a decisão normativa geral e ampla que se empresta à decisão da ADI 2.477 e ADPF 132, ampliando a todos os Estados brasileiros o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, amplia a gama de direitos que lhe são inerentes, com base no princípio da dignidade humana, igualdade de direitos e não discriminação.

Ainda nesse contexto, a judicialização de relações sociais e, mais precisamente, a *judicialização da união homoafetiva*, parte dos princípios éticos e morais nas relações humanas contemporâneas, que são multiculturais, internacionais, espalhados na fluidez da tolerância e da aceitação do outro como um indivíduo.³¹

do Estado, sendo fundada única e exclusivamente em interesses discriminatórios.

²⁸ *Perry v. Brown*, p. 68

²⁹ The path of law. *Harvard Law Review*, v. 110, p.1001, 1996-1997.

³⁰ Op. cit. (nota 6) 2009, p. 2.

Essa busca por direitos nos tribunais, principalmente de grupos unidos representados pelos LGBTs, é algo que se pode observar de forma ampla em todo o mundo, sendo paradigmática. Muitos foram os projetos de Lei de relatoria de Marta Suplicy: Lei 1.151/95 de união civil e direitos das pessoas do mesmo sexo da PEC 139/95, nº 392/2005 e 66/2003 reintrodução ao inciso IV, artigo 3º da proteção contra discriminação por orientação sexual, PL 4.242/4, 3.770/200, 5/2003 e 5.003/2001, que tratam da criminalização da homofobia, reunidas na PLC 122/2006.³² Porém nenhuma dessas leis foi aprovada por forte colisão de interesses entre as bancadas mais liberais e as conservadoras, que compõem nos últimos dez anos o Congresso Nacional.

Assim, a jurisprudência nos Tribunais Estaduais foi aumentando a gama de direitos em casos concretos, com fundamento na interpretação de princípios e excetuando as questões de interesses e direitos que envolveram as relações homossexuais.

Nessa linha de raciocínio, nos Estados Unidos, desde o primeiro caso, *Goodridge v. Department of Public Health pela Suprema Corte de Massachusetts*³³, o reconhecimento de direitos dos homossexuais também partiu da jurisprudência das Cortes Estaduais, provocando efeitos dentro do próprio Estado, pelo princípio do federalismo mais rígido do que no Brasil, cuja jurisprudência dos vários Estados serviu como precedente para as demais Cortes embasarem suas decisões.

Os precedentes têm a força de impulsionarem a discussão da constitucionalidade de direitos fundamentais até a mais alta Corte de Justiça, a qual acaba tendo a palavra final para sedimentar o reconhecimento dos direitos de minorias sexuais, no presente caso.

Essa interpretação que vem dos precedentes da jurisprudência ganha mais força sob a ótica de Robert Alexy:

Os precedentes apresentam tanto relevância fática quanto contribuição teórica ao direito, embora não possam ser classificados propriamente como fontes deste, mas aplicação do direito objetivo ao caso concreto. As regras do uso argumentativo de precedentes determinam, para a formulação de sua pretensão de correção, que se deve citar,

³¹ Cf. BAUMANN, Zygmunt. *Amor líquido* – sobre a fragilidade dos laços humanos. 2010.

³² Op. cit. (nota 6, *supra*), p. 6.

sempre que houver precedente a favor ou contra uma decisão (princípio da universalidade, com o mesmo tratamento para iguais ou semelhantes), assumindo a carga da argumentação quem dele quiser se afastar (conjugando os aparentemente contraditórios princípios da inércia e abertura de novas decisões, abertura esta sempre qualificada, não arbitrária, porque vinculada às regras e critérios do discurso jurídico.³⁴

Assim, com base nesses precedentes jurisprudenciais, a Corte Constitucional Brasileira e a Corte de Apelações Federais Norte-Americana encontram subsídios para, na primeira Corte, com base na interpretação *conforme a constituição* das regras consonantes ao artigo 226 § 3º da CF e artigo 1.723 do CC., e na segunda, com base na interpretação teleológica da Constituição, do princípio da não restrição da liberdade, sem o devido o processo legal (5ª Emenda) e da igualdade perante a lei (14ª Emenda) afastar qualquer impedimento que pudesse impedir o reconhecimento da união duradoura, pública, legal entre pessoas do mesmo sexo, com entidade familiar ou casamento civil.

Assim, a decisão paradigma da ADPF 132 e ADI 4.277 ressalta no voto do relator Carlos Ayres Brito e dos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio Melo a proteção da jurisprudência vinculativa e a força do precedente no âmbito dos direitos fundamentais como consequência material da pluralidade de relações nas democracias modernas, afastando a discriminação de grupos e minorias.

O precedente do Rio de Janeiro somou-se à Ação de Declaração de Inconstitucionalidade, numa forma de integração de preceitos e de harmonização de temas, com a publicação do Acórdão na íntegra em 5 de maio de 2011.³⁵

Já na parte material do direito e questão de preceito de igualdade e de não discriminação de gênero, ou de afastamento de preconceito (artigo, 3º, IV, CF) quanto à questão de orientação sexual, íntima e de

³³ 2003.

³⁴ *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 25.

³⁵ 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com finalidade de conferir “interpretação conforme à Constitui-

cada indivíduo, reforçando a ideia de sociedade multicultural e diversificada por liberdade de personalidade do ser humano, inserida no núcleo duro, imutável da norma constitucional.³⁶

O tratamento constitucional a ser dado à matéria em âmbito de entidade familiar de cônjuges hetero e homoafetivos, com direito de constituir a base da sociedade brasileira pelo afeto e convivência mútua pacífica e ajuda patrimonial e pessoal no âmbito doméstico, com base na interpretação teleológica e extensiva do artigo 226, § 3º da CF, família ou entidade familiar como núcleo da sociedade.³⁷

O conceito amplo de união estável, abrangendo todo tipo de formação e relação humana, pode ser delineado no propósito da fundamentação nas relações que se estabelecem abertas, sem hierarquia entre os indivíduos, sem estabelecer diferenças dos gêneros e impedimentos matrimoniais civis por anatomia sexual dos pares unidos por sentimento de afeição³⁸.

Porém, anotação paralela sobre a divergência de enquadramento sobre união homoafetiva na espécie “família”, na acepção ortodoxa do termo, dos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cesar Peluso.³⁹

E a forma de interpretação aplicada e os precedentes das ações que serviram como base para o reconhecimento de norma constitucional para Corte Suprema e a aplicação a todos os Estados da Federação e validade de precedente paradigma do direito em todos os órgãos administrativos, legislativo e judiciais do país.⁴⁰

ção” ao artigo 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

³⁶ 2-PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICONTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.

³⁷ 3-TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO REDUCIONISTA.

³⁸ 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR E “FAMÍLIA”.

³⁹ 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO.

⁴⁰ 6. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Por fim, algumas considerações sobre o voto do relator Carlos Ayres Britto que merecem ser ressaltadas.

A primeira é a questão dos precedentes de jurisprudência em todos os Estados e a segurança jurídica e o efeito vinculante da decisão a todos os Entes da Federação, o que motivou a recente decisão do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo reconhecimento da conversão da união estável Homoafetiva em casamento civil, por força do efeito vinculante da decisão do STF:

[...] É que ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva [...].

O controle concentrado de constitucionalidade em razão da pertinência temática que diz respeito aos institutos da família, do casamento, da união estável e da adoção, que afetam todos os Estados e suas legislações.

Método de exegese da “interpretação conforme à constituição do dispositivo legal impugnado do artigo 1.723 do Código Civil, para o tratamento que se pretende dar às uniões homoafetivas e suas consequências no mundo jurídico.

4. Implicações legislativas e jurisprudenciais dos precedentes no Brasil e nos Estados Unidos

A partir do estudo dos precedentes foram tomadas importantes medidas de implementação para assegurar na prática os direitos fundamentais afirmados nos julgamentos respectivos.

No Brasil, foi editada a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, com base no julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF, dispondo sobre o tratamento legal às uniões estáveis constituídas por relações homoafetivas estabelecendo para todas as autoridades, principalmente para os Cartórios de Notas e de Registro Civil de cumprir a determinação judicial, nos termos seguintes⁴¹:

COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES.

⁴¹ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_175_

Artigo 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Artigo 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregeador para as PR ovidencias cabíveis.

Portanto, na prática em todo território nacional, houve equiparação de direito dos efeitos civis do matrimônio e da união estável, desde o julgamento do caso paradigma, sem a necessidade de criação de leis regulamentaras para sua formalização.

No caso paradigma norte-americano, a consequência prática foi a revalidação do casamento civil para os casais homossexuais no Estado da Califórnia.

Em nível federal, ainda não havia um posicionamento definitivo para todos os Estados-Membros, sendo que cabia a cada um legislar e adotar medidas de reconhecimento dos direitos dos homossexuais que lhe aproovessem.

O reconhecimento nacional nos Estados Unidos, somente ocorreu em 2015, com o caso *Obergefell v. Hodges*, na Suprema Corte que passou a reconhecer amplamente o direito fundamental sob todos os aspectos do direito material e pessoal do casamento homossexual.

As consequências desse reconhecimento de direitos fundamentais trouxe maior amplitude de debates sobre as múltiplas formas de relacionamento interpessoal, que podem coexistir na sociedade atual e que demandam do Estado uma resposta positiva, como assinala Rodolfo Mazzini Silveira⁴² da flexibilização de regras na instituição do instituto do casamento formal. Assina, que o atual reconhecimento da entidade familiar homoafetiva sirva de estímulo para que outros grupos sexuais minoritários, como os poligâmicos, “caso dos Mórmons” e dos “poliamoristas”, reivindiquem o reconhecimento de seus direitos junto às Cortes Superiores.

14052013_16052013105518>.

⁴² *What comes after same-sex marriage?* Facing the issue of polyamore. Monografia de final de curso apresentada na Erasmus University Rotterdam – School of Law, Prof. Mr. Dr. Sanne Taekema, 16

Conclusão

Com este estudo de casos precedentes sobre a temática do reconhecimento dos direitos homoafetivos na sociedade moderna, procurou-se levantar dois casos contemporâneos (2011/2012) no Brasil e nos Estados Unidos, analisando-se o histórico e as linhas argumentativas que foram adotadas nas Cortes de cada país.

O reconhecimento dos direitos patrimoniais e pessoais dos relacionamentos homoafetivos partiu de princípios da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade e liberdade de agir, e da não discriminação de opção sexual, conforme estabelecidos nas respectivas Constituições Federais do Brasil e dos Estados Unidos.

Partindo de legislações esparsas nos Estados Membros que reconheçam direitos pessoais e patrimoniais, o Legislativo dos países permanecia omissos no Brasil e refratário nos Estados Unidos (Proposta n. 8).

Nesse contexto político e social, a reivindicação de direitos de grupos homossexuais foi sendo discutida no Judiciário dos Estados-Membros, com consequências de acordo com o Federalismo de cada país. No Brasil, as decisões jurisprudenciais dos Estados serviam de base para o avanço das decisões judiciais; nos Estados Unidos, cada Estado reconhecia por legislação ou Precedente, sem comunicação de efeitos jurisprudenciais.

A partir da ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF foi possível a ampla discussão com efeitos vinculantes e gerais para todos os estados com o reconhecimento da união estável dos homoafetivos com entidade familiar para todos os efeitos de direitos. Na prática, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pela Resolução 175/2012 regulamentou que as autoridades administrativas e notariais praticassem atos notariais e registros de casamento e direitos patrimoniais e hereditários.

Nos Estados Unidos, a revogação da Proposta n. 8, no Estado da Califórnia, revogou qualquer discriminação e devolveu o direito ao casamento e aos direitos homossexuais, que já eram reconhecidos anteriormente. Este caso contribuiu para o avanço de proteção dos direitos até à Suprema Corte pelo caso de 2015 *Obergefell v. Hodges*, dando reconhecimento erga omnes do direito casamento e suas implicações legais, sob a proteção do Estado

Este estudo pretendeu suscitar novos debates sobre as formas de reconhecimento das relações homoafetivas e suas consequências na sociedade moderna e nas democracias constitucionais.

Bibliografia

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

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto lotti. ADI N. 4.277 – Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, jan./jul. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322013000100004>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido – sobre a fragilidade dos laços humanos*. São Paulo: Zahar, 2010.

BECKER, J. *Forcing the spring: inside the fight for marriage equality*. New York: Penguin, 2014.

BOIES, David; OLSON, Theodore. *Redeeming the dream*. New York: Penguin, 2014.

DIAS, Maria Berenice entrevistada por Revista Justilex. Em defesa das mulheres e das uniões homoafetivas. *Revista Justilex*, n. 38, Brasília, DF, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/entrevistas-revista-justilex-em-defesa-da-mulher-e-das-unioes-homoafetivas.cont>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

_____. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVEIRA, Rodolfo Mazzini. *What comes after same-sex marriage? Facing the issue of polyamore*. Monografia de final de curso apresentada na Erasmus University Rotterdam – School of Law, Prof. Mr. Dr. Sanne Taekema, 16 páginas, 22/1/2015.

TONI, Claudia Thomé. *Manual de direitos homossexuais: legislação e jurisprudência*. São Paulo: SRS, 2008.

YOSHINO, Kenji. *Speak now: marriage equality on trail*. New York: Penguin, 2015.

Adoção internacional – Brasil e Estados Unidos

*Jeferson Moreira de Carvalho*¹

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Resumo: O presente estudo trata de questões relativas ao instituto da adoção internacional com ênfase nos institutos jurídicos brasileiro e norte americano, analisando a adoção internacional feita por estrangeiros não residentes no país de origem da criança ou adolescente adotados, mediante comparação do instituto na legislação brasileira e norte-americana, ambos ratificantes da Convenção de Haia.

Palavras-chave: adoção; internacional; Brasil; Estados Unidos.

Abstract: This study is about the regulation of international adoption, emphasizing in the Brazilian and North American Legal Systems, and it analyzes international adoption by non-resident foreigners in the home country of the child or teenager adopted, comparing the law in the Brazilian and North American Legal Systems, both signatories to the Hague Convention.

Keywords: intercountry; adoption; Brazil; United States.

Sumário: 1. Introdução. 2. Legislação Aplicável. 2.1 Constituição Federal. 2.2. Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990. 2.3 Tratados e Convenções Internacionais. 3. Adoção por estrangeiros não residentes no Brasil. 4. Convenção de Haia. 5. Adoção Internacional nos EUA – *Intercountry Adoption*. 6. Conclusão. 7. Referências.

¹ Autor de *Adoção internacional e Estatuto da Criança e do Adolescente* – manual funcional, ambos pela Del Rey. Autor de vários artigos sobre o tema. Professor em curso de pós-graduação na FADISP.

1. Introdução

A adoção é tema sempre atual e relevante. No sistema atual, temos a família natural, decorrente de vínculo biológico e a família substituta, que pode se dar por tutela e guarda, além da adoção e esta, nacional ou internacional.

O instituto da adoção internacional envolve os casos em que os adotantes são de países diferentes do país de origem do adotado. Os interessados em adotar devem se submeter à habilitação em seu Estado de origem e estar inscritos na Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional e estão sujeitos às suas regras e aprovação do pedido.

A questão ora abordada envolve a adoção internacional – feita por estrangeiros não residentes no país de origem da criança ou adolescente adotado –, mediante comparação do instituto na legislação brasileira e norte-americana, países ratificantes da Convenção de Haia, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, aprovado no Congresso Nacional Brasileiro com força normativa de lei ordinária, mas, nem por isso, conflitante com as disposições do nosso Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. Legislação aplicável

Aplica-se ao instituto da adoção internacional no Brasil a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Convenção de Haia relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional e, complementar e subsidiariamente, o Código Civil e de Processo Civil.

2.1. Constituição Federal

No Brasil, o primeiro instrumento normativo a mencionar o instituto da adoção foi a Lei de 22 de setembro de 1828, cujo art. 2º, § 1º determinava que:

Aos Juizes de primeira instancia, precedendo as necessarias informações, audiencia dos interessados, havendo-os, e conforme o disposto no Regimento dos Desembargadores do Paço, e mais Leis

existentes com recurso para a Relação do districto, compete: Conceder cartas de legitimação a filhos illegítimos, e confirmar as adopções.

O conceito de filho de criação foi legitimado no Código Civil de 1916, alterado posteriormente pela Lei nº 3.133/1957. Posteriormente, foi editado o Código Menorista, de 1979 e, com o advento da Constituição Federal de 1988, o instituto da adoção foi constitucionalizado, tornou-se obrigatória e intervenção do Poder Público e foram adotados os princípios da igualdade e da proteção.

A Constituição Federal de 1988 traz regras gerais aplicáveis a qualquer das espécies de adoção em seu art. 226, por tratar, entre outras, da família, infância e juventude.

O art. 5º, § 2º afirma que os direitos e garantias nela expressas não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados ou de tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil for subscritor. Essa norma concede fundamento constitucional à Convenção de Haia, cujo tema é a proteção de crianças e adolescentes.

Por sua vez, o art. 227 atribui à família, ao Estado e à sociedade em geral o dever de assegurar direitos e garantias a essa parcela da sociedade, não havendo minimização, mas apenas diferenciação da conduta de cada um quanto a esse dever. O § 5º do mesmo dispositivo prevê que “a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”, assistência esta fundamental, sendo dever dos entes da federação fornecer meios para que as ações sejam propostas, procedimentos sejam efetivados e os que esperam pela adoção a aguardem de forma digna e segura.

2.2. Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece regras relativas à adoção realizada em todo o território nacional, seja por brasileiros ou estrangeiros, com normas gerais como a prestação de assistência à gestante que deseja entregar seu filho (art. 8º, § 5º) até a garantia, aos filhos havidos por adoção, dos mesmos direitos e qualificações e proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 20).

Os arts. 28 a 32 tratam da família substituta, com destaque para o art. 31, segundo o qual “a colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção”. Os arts. 33 a 38, sobre guarda e tutela, são igualmente aplicáveis.

As normas específicas encontram-se nos arts. 39 a 52 do Estatuto. Essas normas prescritas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente são compatíveis com as disposições da Convenção de Haia e aplicáveis conjuntamente.

2.3. Tratados² e convenções³ internacionais

Os direitos e garantias decorrentes de tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil faz ou venha a fazer parte são igualmente aplicáveis. Os tratados que versarem sobre direitos humanos tem status equivalente às emendas constitucionais, desde que sejam aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus membros, ou seja, o mesmo *quórum* exigido para aprovação de emendas (art. 60, § 2º, CF).

Desse modo, crianças e adolescentes estão amparados pelos direitos e garantias neles previstos, inclusive no que diz respeito à adoção.

A Convenção de Haia, concluída em 1993, foi promulgada no Brasil pelo Decreto presidencial nº 3.087/1999.

Trata-se de regra internacional integrada ao direito positivo brasileiro antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004⁴ e, portanto, aprovada com o mesmo *quórum* exigido para as leis ordinárias.

Daí o seu *status* de norma infraconstitucional, embora inegavelmente verse sobre direitos humanos, já seu objeto é a consolidação de regras protetivas à infância e à cooperação em matéria de adoção

² Pode-se conceituar o tratado como “o acordo firmado entre dois ou mais Estados, através do qual esses se comprometem a cumprir as cláusulas ajustadas como se fossem regras de direito positivo interno.” (MELO, Oswaldo Ferreira. *Dicionário de Direito Político*. Rio de Janeiro: Forense. p. 126)

³ Os termos tratado e convenção são equivalentes, podendo-se afirmar que o primeiro é gênero e o segundo, espécie.

⁴ CF, art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

internacional. De fato, pode-se dizer que ter uma família e com ela conviver, é direito inserto no conceito maior de direitos humanos.

Embora com força normativa de lei ordinária, a Convenção de Haia não entra em conflito e tampouco revoga o Estatuto da Criança e do Adolescente, mesmo sendo norma a este posterior, justamente porque ambas dispensam tratamento protetivo à infância e à juventude.

3. Adoção por estrangeiros não residentes no Brasil

O Estatuto da Criança e do Adolescente conceitua adoção internacional como “aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil, conforme previsto no artigo 2 da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999” (art. 51) e o adotando, brasileiro ou não, deve ser residente ou domiciliado no Brasil.

O critério de nacionalidade não é levado em consideração, mas, sim, o domicílio ou residência dos postulantes. Desse modo, os residentes fora do Brasil não podem requerer guarda ou tutela.

A colocação do menor em família substituta é medida excepcional, devendo antes ser tentados todos os meios, desde que garantido o seu bem-estar, para que seja mantido em sua família natural.

Dessa maneira, a colocação em uma família estrangeira pode ser considerada excepcionalíssima e a adoção internacional deve ser admitida somente depois que outras tentativas tiverem falhado (Convenção de Haia).

Levando esse princípio em consideração, a Lei nº 12.010/2009, entre vários temas relativos à infância, tratou da adoção e alterou a Lei nº 8.069/1990 (ECA), dando nova redação aos artigos relativos à adoção internacional e, ao tratar da lista de espera, priorizou a adoção por brasileiros e estrangeiros residente no Brasil.⁵

Uma consequência da alteração legislativa que já pode ser notada, conforme noticiou o Senado Federal, é que desde o advento dessa

⁵ ECA, art. 51, § 2º Os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros, nos casos de adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro.

lei houve queda significativa no número de estrangeiros interessados em adotar crianças brasileiras (421 adoções internacionais no país em 2008 contra 315 em 2011, com a mesma queda proporcional no estado de São Paulo). Já o Departamento de Segurança Interna dos Estados Unidos revela que os residentes naquele país adotaram 69 crianças brasileiras em 2004 contra apenas nove em 2011 e as despesas envolvidas, segundo organizações do setor, podem chegar a US\$ 25 mil.⁶

Um dos objetivos do legislador foi, com a Lei Nacional de Adoção, aprimorar o Estatuto de modo a lhe emprestar maior efetividade, valorizando a família biológica e evitar, o máximo possível, riscos ao menor à espera de adoção, mediante medidas acauteladoras.

E não sem razão, já que não são incomuns os casos em que a adoção internacional tem final infeliz e, não raro, trágico. Mesmo nas adoções internas, há inúmeros casos que vão desde a não adaptação à nova família e desta com a criança, até casos graves de negligência e pedido de devolução do adotado.

Não existe adoção sem que a pessoa aceite assumir como filho um estranho” [...] Os pais adotivos devem conhecer o histórico da criança, e se isso não ocorrer é porque há negligência, inclusive por parte dos adotantes. Agora, se a adoção não der certo, não pode devolver. [...] Ninguém pode garantir o futuro de nenhuma criança, mesmo de um filho natural. Na adoção, os riscos são maiores. Não se pode desprezar o histórico de uma criança já com quatro ou cinco anos. Ela traz consigo os hábitos alimentares, higiênicos e, às vezes, a visão de mundo violenta. O adotante tem de estar preparado para ser pai. E a criança não pode ser tratada como cidadã de segunda classe, como está ocorrendo nos Estados Unidos.⁷

A solução desses problemas depende de inúmeros fatores e implementação de medidas incontáveis a serem adotadas ao longo dos

⁶ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/adocao-internacional/adocao-internacional-no-brasil.aspx>>.

⁷ NASCIMENTO, Gilberto. *Os sem-pátria* – crianças brasileiras adotadas por famílias americanas são tratadas como mercadoria e devolvidas por apresentarem “defeito de fabricação”. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/31058_OS+SEM+PATRIA>.

anos. Nesse sentido, a Lei nº 12.010/2009 houve por bem recrudescer as regras relativas à adoção.

O § 1º do art. 51 impõe o dever de comprovação das seguintes condições para a adoção seja possível:

I – que a colocação em família substituta é a solução adequada ao caso em questão, como ocorre nos casos de adoção nacional;

II – que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família substituta brasileira, após consulta aos cadastros mantidos pela autoridade judiciária nas comarcas e foros regionais de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas interessadas em adotar. O esgotamento de todas as possibilidades de adoção por brasileiros atende ao disposto no art. 31 do Estatuto: “A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção”.

III – em se tratando de adoção de adolescente, que este tenha sido consultado e que se encontra preparado para a medida, conforme o seu estado de desenvolvimento, o que se dará por parecer elaborado por equipe multidisciplinar.

A necessidade de intervenção das Autoridades Centrais Estaduais e Federal em matéria de adoção internacional é regra prevista do § 3º.

O estágio de convivência com a criança ou adolescente é imprescindível (art. 46), pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso e, em se tratando de pessoa ou casal residente ou domiciliado no exterior, deverá ser cumprido no território nacional e será de, no mínimo, trinta dias. Esse período de convivência entre adotante e adotando permite uma adaptação inicial, em que as partes poderão se conhecer e, ainda, conhecer um pouco da nova forma de viver que terão a partir da adoção.

O art. 52 do Estatuto dispõe que o procedimento para adoção internacional observará o previsto nos arts. 165 a 170 do mesmo diploma legal, com as seguintes adaptações:

Primeiramente, o casal estrangeiro, interessado em adotar criança ou adolescente brasileiro, deverá formular pedido de habilitação à adoção perante a Autoridade Central em matéria de adoção internacional no país de acolhida, ou já, no país onde está situada sua residência habitual. Caso a Autoridade Central do país de acolhida considerar que os solicitantes estão habilitados e aptos para adotar, emitirá um relatório que contenha informações sobre a identidade, a capacidade

jurídica e adequação dos solicitantes para adotar, sua situação pessoal, familiar e médica, seu meio social, os motivos que os animam e sua aptidão para assumir uma adoção internacional.

Esse relatório será instruído com toda a documentação necessária, incluindo estudo psicossocial elaborado por equipe multiprofissional habilitada e cópia autenticada da legislação pertinente, acompanhada da respectiva prova de vigência, bem como, em caso de documentos em língua estrangeira, da autenticação da autoridade consular, observados os tratados e convenções internacionais, e acompanhados da respectiva tradução, por tradutor público juramentado.

Posteriormente, o relatório será encaminhado à Autoridade Central Federal Brasileira, que poderá fazer exigências e solicitar complementação sobre o estudo psicossocial do postulante estrangeiro à adoção, já realizado no país de acolhida.

Após estudo e análise dos requisitos necessários, realizada pela Autoridade Central Estadual, este órgão expedirá um laudo de habilitação à adoção internacional, que terá validade pelo prazo máximo de um ano.

Expedido o laudo em favor do interessado, estará este autorizado a formalizar pedido de adoção perante o Juízo da Infância e da Juventude do local em que se encontra a criança ou adolescente, conforme indicação efetuada pela Autoridade Central Estadual. Excepcionalmente, no caso da legislação do país de acolhida autorizar, prevê o § 1º do art. 52 do Estatuto da adoção internacional ser intermediada por organismos credenciados.

O § 13 do art. 52 do Estatuto estabelece o prazo de validade de dois anos, com possibilidade de renovação da habilitação de postulante estrangeiro ou domiciliado fora do Brasil.

O credenciamento de organismos nacionais e estrangeiros será feito pela Autoridade Central Federal Brasileira que, posteriormente, comunicará às autoridades Centrais Estaduais, bem como fará publicar a decisão nos órgãos oficiais, imprensa e internet.

O credenciamento desses organismos deve cumprir alguns requisitos também previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme dispõe o § 3º do art. 52.

Dentre os requisitos, devem os organismos estar incluídos entre aqueles que ratificaram a Convenção de Haia e estar devidamente credenciados pela Autoridade Central do país onde estiverem sediados e

no país de acolhida do adotando para atuar em adoção internacional no Brasil; também devem satisfazer as condições de integridade moral, competência profissional, experiência e responsabilidade exigidas pelos países respectivos e pela Autoridade Central Federal Brasileira, bem como devem estar qualificados por seus padrões éticos e sua formação e experiência para atuar na área de adoção internacional e cumprir os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico brasileiro e pelas normas estabelecidas pela Autoridade Central Federal Brasileira.

O § 4º ainda prevê outros requisitos necessários ao credenciamento, tais como, a necessidade de os organismos perseguirem unicamente fins não lucrativos, nas condições e dentro dos limites fixados pelas autoridades competentes do país onde estiverem sediados, do país de acolhida e pela Autoridade Central Federal Brasileira; ser dirigidos e administrados por pessoas qualificadas e de reconhecida idoneidade moral, com comprovada formação ou experiência para atuar na área de adoção internacional, cadastradas pelo Departamento de Polícia Federal e aprovadas pela Central Federal Brasileira, mediante publicação de portaria do órgão federal competente; estar submetidos à supervisão das autoridades competentes do país onde estiverem sediados e no país de acolhida, inclusive quanto à sua composição, funcionamento e situação financeira; apresentar à Autoridade Central Federal Brasileira, a cada ano, relatório geral das atividades desenvolvidas, bem como relatório de acompanhamento das adoções internacionais efetuadas no período, cuja cópia será encaminhada ao Departamento de Polícia Federal; enviar relatório pós-adotivo semestral para a Autoridade Central Estadual, com cópia para a Autoridade Central Federal Brasileira, pelo período mínimo de dois anos e, por fim, tomar as medidas necessárias para garantir que os adotantes encaminhem à Autoridade Central Federal Brasileira cópia da certidão de registro de nascimento estrangeira e do certificado de nacionalidade, tão logo lhes sejam concedidos. Saliente-se que a lei prevê que o envio do relatório será mantido até a juntada de cópia autenticada do registro civil, estabelecendo a cidadania do país de acolhida para o adotado, bem como, que a não apresentação destes pelo organismo credenciado poderá acarretar a suspensão de seu credenciamento.

O credenciamento de organismo nacional ou estrangeiro encarregado de intermediar pedidos de adoção internacional terá validade de dois anos, cabível renovação, mediante requerimento protocolado na Autoridade Central Federal Brasileira nos sessenta dias anteriores ao término do prazo de validade.

A cobrança de valores por parte dos organismos credenciados, que sejam considerados abusivos pela Autoridade Central Federal Brasileira e que não estejam devidamente comprovados, é causa de seu descredenciamento.

O art. 52, em seu § 12, dispõe que uma pessoa ou seu cônjuge não podem ser representados por mais de uma entidade credenciada para atuar na cooperação em adoção internacional.

Já o § 14, do mesmo artigo, veda o contato direto de representantes de organismos de adoção, nacionais ou estrangeiros, com dirigentes de programas de acolhimento institucional ou familiar, assim como com crianças e adolescentes em condições de serem adotados, sem a devida autorização judicial.

A Autoridade Central Federal Brasileira poderá limitar ou suspender a concessão de novos credenciamentos sempre que julgar necessário, mediante ato administrativo fundamentado.

O adotando só terá permitida sua saída do território nacional após transitada em julgado a decisão que concedeu a adoção, consoante o § 8º do art. 52, com redação dada pela Lei nº 19.010/09, que basicamente repete o que estava escrito no § 4º do art. 51, em sua redação original, que só permitia a saída após consumada a adoção, cujo entendimento já era da necessidade do trânsito em julgado.

Nesse passo, transitada em julgado a decisão, a autoridade judiciária determinará a expedição de alvará com autorização de viagem, bem como para obtenção de passaporte, constando, obrigatoriamente, as características da criança ou adolescente adotado, como idade, cor, sexo, eventuais sinais ou traços peculiares, assim como foto recente e a aposição da impressão digital de seu polegar direito, instruindo documento com cópia autenticada da decisão e certidão de trânsito em julgado.

O § 10, também do art. 52, estabeleceu a possibilidade de a Autoridade Central Federal Brasileira solicitar informações, a qualquer momento, sobre a situação das crianças e adolescentes adotados.

O art. 52-A veda o repasse de recursos provenientes de organismos estrangeiros encarregados de intermediar pedidos de adoção internacional a organismos nacionais ou pessoas físicas, sob pena de responsabilidade e descredenciamento.

O parágrafo único ressalva a possibilidade de eventuais repasses, quando efetuados via Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente,

sujeitos às deliberações do respectivo Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente.

O art. 52-B estabelece que a adoção por brasileiro residente no exterior em país ratificante da Convenção de Haia, cujo processo de adoção tenha sido processado em conformidade com a legislação vigente no país de residência e atendido o disposto na Alínea “c” do art. 17 da referida Convenção, será automaticamente recepcionada com o reingresso no Brasil.

No caso de não atendimento da alínea, a sentença de adoção deverá ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

O pretendente brasileiro residente no exterior em país não ratificante da Convenção de Haia, uma vez reingressado no Brasil, deverá requerer a homologação da sentença à estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça.

Dispõe o art. 52-C que nas adoções internacionais, quando o Brasil for o país de acolhida, a decisão da autoridade competente do país de origem do adotando será conhecida pela Autoridade Central Estadual que tiver processado o pedido de habilitação dos pais adotivos, a qual comunicará o fato à Autoridade Central Federal e determinará as providências necessárias à expedição do Certificado de Naturalização Provisório.

Conforme previsão do § 1º, do art. 52-C, a Autoridade Central Estadual, ouvido o Ministério Público, somente deixará de reconhecer os efeitos daquela decisão se restar demonstrado que a adoção é manifestamente contrária à ordem pública ou não atende ao interesse superior da criança ou do adolescente. O § 2º estabelece que, na hipótese de não reconhecimento da adoção, o Ministério Público deverá imediatamente requerer o que for de direito para resguardar os interesses da criança ou do adolescente, comunicando-se as providências à Autoridade Central Estadual, que fará a comunicação à Autoridade Central Federal Brasileira e à Autoridade Central do país de origem.

Por fim, o art. 52-D dispõe que, nas adoções internacionais, quando o Brasil for o país de acolhida e a adoção não tenha sido deferida no país de origem porque sua legislação a delega ao país de acolhida, ou, ainda, na hipótese de, mesmo com decisão, a criança ou o adolescente ser oriundo de país que não tenha aderido à Convenção referida, o processo de adoção seguirá as regras da adoção nacional.

Como afirmado inicialmente, pelas alterações postas pela Lei nº 12.010, nota-se que a preocupação do legislador deu mais complexidade para a adoção internacional, o que não pode inviabilizar que elas corram.

Em suma, o estrangeiro deve apresentar habilitação emitida por autoridades de seu país para, em seguida, cumprir as mesmas disposições que os adotantes nacionais.

Informações publicadas pelo Senado Federal destacam que agora se proíbe o contato direto “de representantes de organismos de adoção, nacionais ou estrangeiros, com dirigentes de programas de acolhimento institucional ou familiar, assim como com crianças e adolescentes em condições de serem adotados, sem a devida autorização judicial” e a legislação também “tornou mais complicada a tarefa dos estrangeiros, ao exigir um estágio de convivência no Brasil de 30 dias”.⁸

Basicamente, pode-se afirmar que nessa adoção os interessados devem habilitar-se no país onde residem, para depois habilitarem-se no Brasil, e só então, é que, mediante a expedição de um laudo de habilitação brasileiro, estarão aptos a ingressar com pedido de adoção na Vara na qual a criança ou adolescente esteja registrado como apto a ser adotado.

Se, por um lado, o recrudescimento das regras sobre adoção internacional visa à proteção e garantia dos direitos do adotando, por outro, dificulta – e muito – os processos, deixando, assim, milhares de crianças e adolescentes órfãos com menores chances de serem acolhidos por uma família.

4. Convenção de Haia

A Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de adoção Internacional, concluída em Haia em 1993 e vigorando internacionalmente desde 1995, teve seu texto aprovado pelo Congresso Nacional Brasileiro e vigora no Brasil desde 21 de junho de 1999 (Decreto nº 01/1999), com força de lei ordinária, mas, nem por isso, incompatível com Estatuto da Criança e do Adolescente. Isso se dá porque, além de ambas as normas tratarem de direitos fundamentais e relacionados à proteção à infância, a própria Convenção garante a prevalência da ordem jurídica interna dos países que a ela aderiram.

A Convenção impõe a esses países, já na parte inicial, o dever de, prioritariamente, tomar medidas para que a criança permaneça em sua

⁸ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/adocao-internacional/adocao-internacional-no-brasil.aspx>>. Acesso em: 3 dez. 2015.

família de origem e, não sendo possível, para que seja adotada em seu próprio país. Assim, a adoção internacional deve ser o último recurso para encontrar uma família permanente.

Objetiva, principalmente, prever medidas para “garantir que as adoções internacionais sejam feitas no interesse superior da criança e com respeito a seus direitos fundamentais, assim como para prevenir o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças”.

A aplicação dessa norma se dá quando houver adoção de menor de 18 anos⁹, reconhecida por seu país de que está em condições de ser adotado e a adoção estabeleça vínculo jurídico de filiação no país com efeitos no país de acolhida¹⁰, com deslocamento, já concluído ou a concluir, da criança com residência habitual em um Estado de origem para um Estado de acolhida.

Importante ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe a saída do adotando do território nacional, seja transitória ou permanentemente, antes que a decisão que concedeu a adoção transite em julgado (art. 51, § 8º).

A Convenção cria a figura da Autoridade Central em cada país ratificante, encarregada de cumprir as obrigações convencionadas. No Brasil, a Autoridade Central Federal é a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça e, nos estados, as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção ou órgãos análogos,

Os interessados em adotar deverão se dirigir à Autoridade Central do Estado de residência do adotando, a quem cabe elaborar relatório após uma série de averiguações (decisão administrativa preliminar quanto à análise de elementos objetivos).

Note-se que a decisão que confiar uma criança aos pais adotivos depende dessa verificação e da habilitação dos adotantes, aprovação do Estado de acolhida, e autorização de entrada neste e acordo das Autoridades Centrais. Por fim, decisão judicial (sentença), que aprecia elementos objetivos e subjetivos colhidos durante todo o procedimento, estágio de convivência e pareceres de equipe multiprofissional.

Apesar das peculiaridades, a adoção internacional é um processo judicial, dependente de decisão proferida pelo Poder Judiciário (art. 47) e, rompido o vínculo com os pais naturais, a adoção é vista como

⁹ Arts. 3º e 17, c, Convenção de Haia.

¹⁰ Art. 227, § 6º, CF e art. 41, ECA.

se tivesse se realizado no país de acolhida, para todos os efeitos. Não havendo essa ruptura, pode haver a conversão nesse Estado para produção dos efeitos, nos locais em que a legislação o preveja.

A Convenção possibilita que os Estados participantes efetuem acordos entre si que visem facilitar a aplicação das regras de adoção internacional.

Trata-se, por fim, de avanço significativo no estabelecimento de adoção de princípios e normas de proteção às crianças e adolescentes,¹¹ sem negligenciar os interesses dos pais biológicos ou adotivos e, tampouco, traça diferenciação ou privilégios a este ou àquele país.

Especificamente quanto aos Estados Unidos, a Missão Diplomática do país¹² destaca que a Convenção de Haia fornece meios para garantir que as adoções feitas segundo suas regras sejam em geral reconhecidas e surtam efeito em outros países integrantes e, principalmente,

[...] facilita a adoção por pais adotivos americanos de crianças de outros países signatários por meio de uma ampla categoria de crianças protegidas pela Convenção, que se qualificarão para imigração e naturalização imediata nos Estados Unidos.

5. Adoção internacional nos EUA – *Intercountry Adoption*

Nos Estados Unidos¹³, assim como no Brasil, há dois tipos de adoção, a doméstica e a internacional, sendo que o país assinou a Convenção de Haia em 1994, mas a ratificou apenas em 2007. Entretanto, o instituto é um pouco diverso e os procedimentos naquele país se

¹¹ Importante ressaltar que, embora a Convenção imponha critério etário de 18 anos ao utilizar o termo “criança” (apenas), no Brasil essa peculiaridade não acarreta diferença quanto aos termos “criança” e “adolescente”.

¹² Disponível em: <<http://portuguese.brazil.usembassy.gov/pt/advantages.html>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

¹³ Nos Estados Unidos, fato relevante ocorreu em 1850, quando o adotado passou a ter os direitos a herança do adotante. “Em 1851, ocorreu o primeiro caso legalizado de adoção nos Estados Unidos, mais especificamente no Alabama. Apesar da constante diferenciação entre filhos adotados e filhos biológicos, nessa adoção a criança teve decretado os mesmos direitos dos filhos biológicos da família adotante.” (Lisboa, 2002, p. 12). (BENÍCIO, Claudiana M. *Adoção: um comparativo entre o instituto jurídico brasileiro e o norte-americano sob a luz do filme Juno*. Disponível em: <<https://juridicocorrespondentes.com.br/adv/claudianabenicio/artigos/adocao-um-comparativo-entre-o-instituto-juridico-brasileiro-e-o-norte-americano-sob-a-luz-do-filme-juno-73>>. Acesso em: 14 nov. 2015.).

mostram simplificados se comparados com o deveras burocrático sistema brasileiro.

O histórico do instituto da adoção internacional teve nos Estados Unidos as primeiras disposições mais aprimoradas, sendo a Holt Internacional da Criança

[...] uma organização sem fins lucrativos que foi a pioneira na adoção internacional em 1956, a qual aprovou a adoção de crianças coreanas. Em 1961, passaram a constar disposições legais na imigração e na nacionalidade sobre a adoção internacional, que teve maior ênfase quando, em 1973, foi legalizado o aborto, pois a número de crianças americanas disponíveis para a adoção diminuiu consideravelmente, restando as crianças estrangeiras para aqueles que desejavam adotar. Já o Conselho Nacional para a Adoção foi criado, em 1980, para promover a adoção e seus procedimentos, assim como fornecer maiores informações para os interessados.¹⁴

Primeiramente, é preciso destacar que naquele país há descentralização política, na qual os entes da federação têm autonomia quanto às mais variadas questões e, desde que não contrariem a Constituição, podem legislar como melhor lhes aprouver. É o que se dá quanto às leis relativas à adoção, que variam em cada estado, tendo como norte, além das normas e princípios constitucionais, a Lei de Adoção.

Exemplificando, as pessoas que desejem adotar uma criança na Carolina do Norte, por exemplo, preencherão alguns requisitos semelhantes aos da legislação brasileira, como a idade mínima de 18 anos e, lá, solteiros também podem adotar. Naquele estado,

[...] não há requisitos de renda e os pais não têm que ter casa própria. A adequação da família é avaliada pela agência de adoção com os serviços sociais de cada cidade. Também é exigida uma

¹⁴ TIMELINE: a history of adoption in the United States. Tradução livre. Disponível em: <<http://www.pbs.org/wgbh/amex/daughter/timeline>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

investigação dos antecedentes criminais dos candidatos e de todos os membros da família com mais de 18 anos. Aprovados, começa a etapa de visitação à criança, planejada pela agência e pelo serviço social, e depois o estágio de convivência, em geral de seis meses.¹⁵

Outra característica a ser destacada é que, nos Estados Unidos, embora também haja serviços sociais públicos como no Brasil, não há abrigos ou os antigos orfanatos. Há os denominados lares provisórios (*foster cares*), em que famílias que recebem remuneração para tanto (*foster parent*), após a necessária habilitação¹⁶, assumem provisoriamente a guarda de crianças que estiverem disponíveis para serem adotadas e que, embora num lar provisório, continuam sob responsabilidade do Estado.

As famílias que assumem esse compromisso temporariamente podem, se assim desejarem, requerer adoção da criança ou adolescente sob seus cuidados, caso o vínculo com estes se fortaleça.

Outra diferenciação importante com a legislação brasileira é a existência de agências particulares de adoção (adoção privada), que normalmente são procuradas por gestantes que desejam colocar os filhos para adoção logo após o nascimento.

O sistema norte-americano guarda certa semelhança quanto à habilitação para adotar (*home study*), procedimento acompanhado por equipe multidisciplinar, com psicólogos, assistentes sociais e outros profissionais e agentes públicos.

Entretanto, nas adoções privadas, a gestante ou mãe biológica escolhe a família substituta que adotará a criança (adoção pronta) e, em alguns casos, pode com ela manter contato (adoção aberta). Noutros casos, as identidades permanecem em sigilo.

A nosso entender essa possibilidade de escolha da família substituta também ocorre no Brasil e seu fundamento está em disposição

¹⁵ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/regras-de-adoacao-ao-redor-do-mundo/adocao-nos-eua.aspx>>.

¹⁶ Para que possa se tornar um foster parente, o interessado deve comprovar ser cidadão americano ou residente permanente, idade mínima de 21, compartilhar informações sobre estilo de vida, fornecer cartas de referência, provar casamento ou divórcio, habilitar-se de forma semelhante à habilitação para adoção, não ter antecedentes criminais (*criminal background check*) e participar de palestras sobre questões comuns em crianças que foram VÍTIMAS de abuso. (Disponível em: <<http://hopecotage.org/PregnantandAdoptionCenter>>. Acesso em: 22 out. 2015).

expressa, é a chamada adoção *intuitu personae*, sobre a qual assim nos manifestamos:

A exigência do art. 45 é de extrema importância e sua redação dá fundamento legal para a adoção chamada *intuitu personae*. Exige o dispositivo que a adoção depende do consentimento dos pais ou representante legal do adotando, que pode ser o guardião judicial com poderes para o consentimento ou o tutor.¹⁷

A Adoção Internacional (*Intercountry Adoption*), tema que interessa ao presente estudo é bastante comum nos Estados Unidos.

O Departamento de Estado norte-americano¹⁸ divulgou levantamento cujos números mostram que em 2013 foram realizadas mais de 7.000 adoções internacionais.

Nesse país, houve também uma queda nas adoções internacionais em virtude do enrijecimento de regras sobre adoção internacional noutros países, como o Brasil, o que remete aos comentários tecidos acima a respeito da alteração na legislação brasileira ocorrida em 2009.

O processo de adoção entre adotantes norte-americanos de crianças estrangeiras pode ser relativamente longo e o procedimento é feito simultaneamente nos dois países, com obediência às disposições da Convenção de Haia, com intermediação de uma agência de adoção internacional.

Mas há um *requisito essencial* exigido por aquele país: pelo menos um dos futuros pais deve ser cidadão¹⁹, ter cidadania norte-americana. Isso porque os Estados Unidos procederão necessariamente à concessão de cidadania à criança ou adolescente que lá irá residir. E, em paralelo, corre o processo de imigração da criança que será adotada. Uma vez

¹⁷ CARVALHO, Jeferson Moreira de. *Estatuto da Criança e do Adolescente – manual funcional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

¹⁸ INTERCOUNTRY adoption. Disponível em: <<http://travel.state.gov/content/adoptionsabroad/en/about-us/statistics.html>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

¹⁹ “A assistência à adoção, também conhecida como subsídios de adoção, fornece ajuda financeira e serviços para crianças com deficiências físicas, mentais e de desenvolvimento e aos seus pais adotivos. Cada órgão estadual tem a sua própria definição de ‘necessidades especiais’ utilizados para identificar crianças elegíveis para assistência à adoção” (tradução livre). Children’s Hope International. Disponível em: <<http://www.childrenshopeint.org/>>. Acesso em: 28 out. 2015.

encerrado o processo, a criança se tornará cidadã americana no momento em que ingressar no país com os pais adotivos.

Assim, embora ratificantes da Convenção Internacional de Haia, segundo a qual uma criança adotada adquire a cidadania do país para o qual foi levada, essa criança, mesmo já tendo um nome americano, torna-se apenas um residente permanente, um “imigrante legal”. Só se tornará efetivamente norte-americano se a família encaminhar pedido especial nesse sentido e for atendida. Ocorre que nem sempre a solicitação é feita, o que pode gerar uma série de problemas ao adotado no que diz respeito ao seu *status* e a alguns direitos garantidos apenas aos cidadãos daquele país.

Apesar dessas e de outras peculiaridades relativas às regras de imigração, o Governo Norte-Americano conta com medidas bastante interessantes no que diz respeito ao incentivo à adoção. Devido aos altos custos que envolvem qualquer adoção, principalmente as internacionais, oferece alguns benefícios aos adotantes, entre eles o *Adoption Tax Credit* e o *Adoption Assistance*.

Seja adoção particular ou por *foster care* do governo, os interessados têm direito a um crédito fiscal (*Adoption Tax Credit*) por criança. Com esse tipo de benefício, o adotante poderá declarar os custos envolvidos na adoção e descontá-los do imposto de renda por ele devido.

Já no *Adoption Assistance*, os pais adotivos recebem, de acordo com critérios definidos por cada estado da federação, ajuda financeira e serviços para crianças com deficiências físicas, mentais e de desenvolvimento.

Adoption Assistance, also known as adoption subsidies, provides financial help and services for children with physical, mental and developmental disabilities and their adoptive parents. Each state agency has its own definition of “special needs” used to identify children eligible for adoption assistance.²⁰

Ademais, há incentivos de origem privada como se verifica no caso da fundação em prol da adoção Thomas Dave Foundation²¹, que tem em seu cadastro uma lista de grandes empresas que contam com políticas

²⁰ Disponível em: <<http://www.benefits.gov/benefits/benefit-details/822>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

²¹ Dave Thomas Foundation for Adoption. Disponível em: <<https://davethomasfoundation.org/resource-lists/adoption-friendly-workplace/>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

em prol da doação, como a *Adoption Assistance*, na qual o funcionário adotante tem direito, mediante comprovação, a um tipo de reembolso dos gastos realizados com a adoção, auxílio que gira em torno de US\$ 1.000 a US\$ 15.000, contém uma lista de empresas que têm políticas de adoção para os seus funcionários.

Cada estado da Federação Norte-Americana conta com legislação específica como as condições para adotar e a definição de quem pode se candidatar a adotar. Mas, em geral, o pedido de adoção é apresentado pelo interessado e nele, além de qualificação e informações essenciais, é apresentado um rol de pessoas interessadas que devem ser ouvidas.

Feito isso, é agendada audiência, apresentação de provas, comprovação de preenchimento de requisitos e documentação pertinente perante um tribunal que julgará e deferirá, ou não, o pedido após intimar os pais biológicos (se houver) para participarem do processo ou dará publicidade para que tomem conhecimento sobre a perda do poder parental e familiar.

O Estado participa do processo também através da agência de adoção do estado, a quem cabe averiguar e investigar os adotantes e produzir relatório a ser apresentado e analisado pelo Tribunal e, como mencionado anteriormente, o menor adotando pode vir através de uma agência privada ou de famílias temporárias.

Como regra geral imposta pela Lei de Adoção, que deve ser seguida por todos os estados norte-americanos, a mãe biológica, se conhecida e encontrada, deverá consentir duas vezes, sendo que pode revogar o primeiro em até 48 horas ou 72 horas (esse prazo varia conforme a lei estadual) e em até oito dias após o nascimento da criança, se for o caso. Diferentemente, o segundo consentimento é irrevogável, salvo se houver comprovação de coação ou fraude apta a prejudicar a sua declaração de vontade.²²

Por fim, assim como no Brasil, uma vez realizada a adoção, esta é irreversível e o filho adotivo passa a ter os mesmos direitos que os biológicos, não havendo nenhuma forma de distinção.

²² “O consentimento do pai biológico também é requisito para a efetivação da adoção. Contudo, esse consentimento somente será necessário se o pai for conhecido. Se o pai biológico é conhecido e não é notificado para manifestar sua vontade, ele terá o prazo de seis meses após o nascimento da criança para solicitar a revogação da adoção”. BENÍCIO, M. Adoção: um comparativo entre o instituto jurídico brasileiro e o norte-americano sob a luz do filme Juno. Disponível em: <<https://juridicocorrespondentes.com.br/adv/claudianabenicio/artigos/adocao-um-comparativo-entre-o-instituto-juridico-brasileiro-e-o-norte-americano-sob-a-luz-do-filme-juno-73>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

6. Conclusão

A Segunda Guerra Mundial produziu o extermínio de famílias inteiras e milhares de órfãos sem nenhum parente que os acolhessem em seu país de origem. Diante das condições excepcionais da época, milhares de crianças e adolescentes órfãos da guerra foram adotados por estrangeiros mesmo sem documentos necessários à obtenção da cidadania nos países nos quais passaram a viver. A partir daí, ganhou força o instituto da adoção internacional.

A adoção internacional é um meio jurídico de procurar dar dignidade à criança ou ao adolescente, com o encontro de uma família, por isso, não pode ser vista como uma saída negativa; ao contrário, porque um país bom para uma criança ou adolescente viver é aquele onde ele tenha uma família estruturada que lhe dê dignidade.

É sabido que muitos são contrários a essa excepcionalidade; entretanto, o que se deve ter em mente é o alcance do melhor interesse da criança ou adolescente.

Com as alterações sofridas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o número de adoções internacionais reduziu, o que, com certeza, impediu muitos menores de alcançarem uma vida familiar adequada; no entanto, a legislação aí está, e devemos nos adaptar a ela e aplicá-la, sempre voltada a proteção integral da criança e do adolescente, como determina o artigo inaugural do Estatuto.

A comparação mostra-nos que tanto no Brasil como nos Estados Unidos houve redução, mas deve ser considerado que o Brasil é um país de origem, e os Estados Unidos, um país de acolhida.

Em suma, a Convenção tem por objetivo proteger e tanto o Brasil como os Estados Unidos são partes, mas o que se percebe é que o procedimento nos Estados Unidos é especialmente para acolhida, enquanto no Brasil é procedimento de país de origem.

Referências

BENÍCIO, Claudiana M. *Adoção: um comparativo entre o instituto jurídico brasileiro e o norte-americano sob a luz do filme Juno*. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/claudianabenicio/artigos/adocao-um-comparativo-entre-o-instituto-juridico-brasileiro-e-o-norte-americano-sob-a-luz-do-filme-juno-73>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

BRASIL. Senado Federal Brasileiro. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/regras-de-adocao-aoredor-do-mundo/adocao-nos-eua.aspx>>.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. *Adoção internacional – Estatuto da Criança e do Adolescente e Convenção de Haia*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. *Estatuto da Criança e do Adolescente – manual funcional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CHILDREEN'S HOPE INTERNATIONAL. Disponível em: <<http://www.childrenshopeint.org/>>.

DAVE Thomas Foundation for Adoption. Disponível em: <<https://dave-thomasfoundation.org/resource-lists/adoption-friendly-workplace/>>.

INTERCOUNTRY Adoption. Disponível em: <<http://travel.state.gov/content/adoptionsabroad/en/about-us/statistics.html>>.

MELO, Oswaldo Ferreira. *Dicionário de direito político*. Rio de Janeiro: Forense. p. 126.

NASCIMENTO, Gilberto. *Os sem-pátria – crianças brasileiras adotadas por famílias americanas são tratadas como mercadoria e devolvidas por apresentarem “defeito de fabricação”*. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/31058_OS+SEM+PATRIA>.

TIMELINE: a history of adoption in the United States. Tradução livre. Disponível em: <<http://www.pbs.org/wgbh/amex/daughter/timeline>>.

Casamento homoafetivo no Brasil e nos EUA: a legitimidade das supremas cortes nas democracias contemporâneas

*Jorge Octávio Lavocat Galvão*¹

Procurador do Distrito Federal e advogado

No recente caso *Obergefell v. Hodges*², em que a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, o *Chief Justice Roberts*, em seu voto divergente, questionou a posição da maioria do tribunal, argumentando que a decisão não teria fundamento jurídico. De acordo com Roberts, o julgamento teria se baseado em preferências políticas pessoais de alguns magistrados, e não na interpretação do texto constitucional estadunidense. O *Justice Scalia* fez coro às críticas de seu colega, salientando ser fato histórico que, em 1868, quando a 14^a emenda foi editada, todos os Estados norte-americanos proibiam o casamento homoafetivo, razão pela qual a referida cláusula constitucional jamais poderia ser utilizada para subsidiar interpretação contrária à vontade do legislador constitucional da época.

O caso em questão apresenta uma ótima oportunidade para discutir alguns aspectos centrais acerca do papel do Poder Judiciário na contemporaneidade. Com efeito, parcela considerável dos teóricos defende que a jurisdição constitucional tem uma função contramajoritária, consubstanciando-se em verdadeiro instrumento político apto a romper com preconceitos e a vencer o determinismo social.³ Nesse sentido, não há dúvidas de que o reconhecimento do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo representa exemplo digno de nota desse tipo de atuação judicial.

¹ Professor Substituto da Universidade de Brasília. *Visiting Researcher* pela *Yale Law School*, Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo e Mestre em Direito pela *New York University – School of Law*.

² *Obergefell v. Hodges*, 574 U.S. ____ (2015).

³ Por todos, cf. BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

Por outro lado, acredita-se que as decisões tomadas por cortes constitucionais devam ser jurídicas, fundamentadas na interpretação técnica de textos normativos, o que nem sempre é perceptível nesses casos, como se percebe das críticas acima relatadas. Essas críticas precisam ser encaradas de maneira franca pelos estudiosos.

Por fim, outro aspecto que chama atenção no caso é que determinados temas, como o casamento homoafetivo, têm entrado na agenda das cortes de diversos países, o que sugere haver um elo jurídico entre essas decisões que precisa ser mais bem elucidado.

O presente artigo procurará explorar esses temas a partir da análise comparada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pela Suprema Corte norte-americana sobre o casamento homoafetivo.

Em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou, conjuntamente, a ADI nº 4.277/DF e a ADPF nº 132/RJ⁴, que tratavam do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar para fins jurídicos. A questão colocada dizia respeito à interpretação do § 3º do art. 226 da Constituição Federal, o qual preceitua que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”. Os autores das ações, portanto, buscavam superar a interpretação restritiva-literal da norma que, expressamente, considerou como entidade familiar, para fins de proteção do Estado, apenas a união formada por casais de sexos opostos.

Os óbices jurídicos para o acatamento dos pedidos das referidas ações foram levantados pelos próprios julgadores. O Ministro Ricardo Lewandowski, por exemplo, trouxe à tona o debate travado na Assembleia Constituinte, em que o deputado Gastone Righi reforçou o motivo pelo qual o texto constitucional explicitou que a união estável válida seria aquela formada entre homem e mulher:

O Sr. Constituinte Gastone Righi: – Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’.

⁴ Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, relator Min. Carlos Brito, publicado no DJ-e nº 198/2011, de 14/10/2011.

Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gays do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no showástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no § °: 'Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembleia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolá interpretação deste austero texto constitucional, recomendo V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

Em razão dessa manifestação expressa do Poder Constituinte, o Ministro Lewandowski concluiu não haver como

[...] cogitar-se de uma mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece (...) a atuação exegética dos magistrados cessa diante dos limites objetivos do direito posto.

Em sentido semelhante, o Ministro Gilmar Mendes salientou, em seu voto, que a questão não poderia ser resolvida por meio de uma interpretação do art. 1.723 do Código Civil conforme à Constituição, visto que o próprio texto constitucional é que traz a limitação quanto ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Concluiu, assim, ser necessário esclarecer que o fundamento constitucional para o reconhecimento dos direitos dos homoafetivos não poderia ser o § 3º do art. 226 da Constituição de 1988,

[...] sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa, em que, quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de uma ou outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos.

No contexto, tendo em vista a dificuldade jurídica em dar interpretação extensiva à cláusula constitucional restritiva tão explícita, os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes justificaram seus votos com base em outros princípios constitucionais aplicáveis por analogia ao caso, aduzindo haver uma lacuna na Carta Magna quanto à proteção jurídica das uniões homoafetivas.

O voto que prevaleceu, entretanto, foi o do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, que entendeu que a literalidade da cláusula constitucional não impediria uma interpretação inclusiva do dispositivo para abrigar a proteção jurídica das uniões homoafetivas. Britto inicia seu voto salientando que a Constituição Federal de 1988 estabelece a promoção do bem de todos como objetivo a ser alcançado, o que exige do Estado a adoção de políticas públicas afirmativas que promovam a inclusão social de estratos socialmente desfavorecidos, como o dos negros, o das mulheres, o dos portadores de deficiência e o dos homossexuais. Assim, a própria Constituição Federal já proibiria, *a priori*, qualquer distinção no tratamento das minorias.

Apontou, ademais, que a Constituição Federal adota como princípio a vedação de qualquer tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo, pois o gênero consubstancia-se em uma dimensão existencial que compõe a própria personalidade do indivíduo. Nas palavras do Ministro, a orientação sexual é

[...] algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia da vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica do ser humano em busca de sua plenitude existencial.

A partir do reconhecimento de que a sexualidade é parte integrante da personalidade, Britto conclui que o Estado não pode criar embaraços à manifestação de afeto relacionado à diretriz sexual de cada um, sob pena de ferir a própria dignidade humana e de incentivar preconceitos odiosos. Por esse motivo, o magistrado entende não ser possível a descaracterização da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, já que nesse agrupamento, assim como nas demais formas familiares, há convivência amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se em espaço de relações duradouras, afetivas, solidárias e espiritualizadas, que merece a

proteção do Estado. A relação de afeto, portanto, é o que enseja a proteção jurídica dada ao casamento, o que, obviamente, também existe entre os casais homoafetivos.

Ao analisar especificamente o § 3º do art. 226 da Constituição de 1988, o relator sustentou que a intenção do constituinte ao prever a proteção das uniões estáveis foi a de afirmar não haver hierarquia ou diferença na qualidade jurídica entre as formas de constituição de um novo núcleo doméstico, se por meio do casamento ou pela união estável. Assim, a norma teria claro intuito inclusivo: o de afastar qualquer estigma relacionado às uniões não precedidas de matrimônio. Afirmou, ainda, que a referência à dualidade básica entre homem/mulher dada pela Constituição Federal nesse dispositivo tem como escopo exclusivo estabelecer relações jurídicas horizontais entre os gêneros, reafirmando a exigência de tratamento igualitário para as mulheres. Ou seja, também nesse ponto a norma teria caráter inclusivo.

Posto isto, o Ministro Carlos Britto concluiu ser equivocada a criação de qualquer tipo de limitação ou embaraço ao reconhecimento dos direitos dos casais homoafetivos tendo por base o § 3º do art. 226 da Constituição, já que ele, na verdade, possui um nítido caráter libertário, razão pela qual julgou procedente o pedido dos autores.

A partir dos princípios extraídos da ADI 4.277/DF, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, estabelecendo que os cartórios de todo o Brasil não podem recusar a celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo.⁵ Estendeu-se, portanto, os efeitos da decisão para além das uniões estáveis. Mais recentemente, em março de 2015, também com base no mesmo precedente, a Ministra Cármen Lúcia reconheceu o direito de adoção de filhos por parte de casais homoafetivos, consolidando a isonomia de tratamento entre os diversos tipos de entidades familiares.⁶

Diferentemente do caso brasileiro, em que todos os Ministros reconheceram a constitucionalidade da união homoafetiva, ainda que por fundamentos diversos, nos Estados Unidos, a decisão foi tomada por uma apertada maioria de 5 (cinco) votos a 4 (quatro). A opinião da Corte foi redigida pelo Justice Kennedy, magistrado conhecido por tradicionalmente proferir votos de desempate nas principais questões

⁵ Cf. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>, acesso em: 28 ago. 2015.

⁶ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 846.102/RS, relatora Min. Cármen Lúcia, publicado no DJe nº 52/2015 de 18 de março de 2015.

constitucionais que dividem o tribunal entre liberais e conservadores. A forma como a decisão está estruturada revela-se importante para o presente estudo.

Kennedy inicia o seu voto afirmando que na história da humanidade o casamento sempre foi considerado sagrado por alimentar o sentimento de dignidade entre os parceiros, que passam a dividir suas esperanças e aspirações em uma vida em comunhão. Salienta, ademais, que o instituto do casamento não é algo estático, mas que evoluiu ao longo da história de acordo com as percepções sociais de cada geração, concluindo que a reivindicação dos casais homoafetivos apresenta-se legítima dentro desse processo de mudança cultural da sociedade contemporânea. A questão constitucional a ser respondida, contudo, é saber se a Carta Magna impõe a todos os Estados norte-americanos o reconhecimento do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, já que não há qualquer cláusula constitucional específica que trate sobre o tema.

O magistrado, então, justifica que a identificação e a proteção dos direitos fundamentais são partes iminentes do dever judicial de interpretar a Constituição. Ao realizar essa tarefa, os juízes não estariam presos a nenhuma concepção pré-definida de direitos, devendo exercitar um juízo criterioso na identificação dos interesses dos cidadãos que, de tão essenciais, devam ser respeitados e protegidos pelo Estado como direitos individuais. Ou seja, de acordo com Kennedy, as cláusulas constitucionais devem ser interpretadas de maneira dinâmica, de modo a assegurar o reconhecimento de novos direitos essenciais em razão de novos contextos sociais e políticos.

A partir dessa perspectiva, Kennedy passa a demonstrar as razões pelas quais entende que o direito ao casamento representa interesse fundamental dos cidadãos, merecendo proteção especial por parte do Estado. São elencados, então, quatro pontos: i) a escolha individual do parceiro com quem se pretende casar e dividir uma vida é parte integrante do conceito de autonomia individual, independentemente da orientação sexual; ii) o direito ao casamento é fundamental por estabelecer uma união duradoura muito mais profunda do que qualquer outro tipo de compromisso entre indivíduos, o que também ocorre com os casais homoafetivos; iii) o casamento é importante para a proteção e a educação das crianças e dos demais membros da família, havendo inúmeros exemplos de famílias formadas por casais do mesmo sexo que assumem o mesmo tipo de compromisso social, e iv) a família é base da ordem social nos Estados Unidos, o que sugere que todas as formas de entidade familiar devem ser protegidas.

Estabelecidas essas premissas, a decisão afirma que o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo encontra guarida em duas cláusulas constitucionais. Em primeiro lugar, Kennedy explica que, de acordo com a cláusula do devido processo legal substantivo, o Estado não tem o direito de intervir nas escolhas pessoais íntimas. Nesse sentido, a proibição de que pessoas do mesmo sexo tenham acesso aos benefícios jurídicos e sociais decorrentes do casamento configuraria intervenção estatal ilegítima na autonomia de vontade dos indivíduos, pois cria barreiras à plena realização das escolhas individuais.

Em segundo lugar, o magistrado invoca a cláusula da igual proteção perante a lei, afirmando que a proibição do casamento homoafetivo acarretaria tratamento preconceituoso de entidades familiares baseadas em condições humanas similares de afeto. Ou seja, a proibição questionada teria o efeito pernicioso de rebaixar o *status* das famílias homoafetivas, considerando-as inferiores aos olhos da lei. Com essas considerações, a Suprema Corte decidiu que qualquer limitação imposta ao reconhecimento jurídico do casamento homoafetivo fere a Constituição dos Estados Unidos.

Os quatro juízes vencidos levantaram uma série de questionamentos acerca do entendimento da maioria. Além das críticas já mencionadas na abertura do texto, o *Chief Justice* Roberts contestou a base lógica da decisão: se o afeto é o elemento essencial para a definição jurídica do casamento, o que impediria o reconhecimento de uma união formada por mais de duas pessoas? Argumentou, ademais, que o direito à intimidade impediria a intervenção do Estado na relação entre duas pessoas, mas não exigiria um agir positivo para conceder benefícios jurídicos (previdenciários, p.e.) a um tipo de relação não endossada pelos órgãos democráticos. Ou seja, não se estaria apenas retirando uma proibição do ordenamento jurídico, mas exigindo um *facere* por parte do Estado. Como, então, não caracterizar a decisão da Suprema Corte como uma opção política?

Percebe-se, pois, que tanto a decisão do Supremo Tribunal Federal como a da Suprema Corte norte-americana encontraram fortes óbices jurídicos. Enquanto a Constituição Federal de 1988 possui dispositivo constitucional expresso limitando a união estável às relações estabelecidas por pessoas de sexos opostos, a Constituição dos Estados Unidos não possui qualquer cláusula que trate do assunto. Do ponto de vista técnico, parece ser tão difícil explicar a um leigo que no Brasil o reconhecimento do direito deu-se contra a literalidade do dispositivo da

Constituição, como justificar que o direito ao casamento homoafetivo nos Estados Unidos deriva da cláusula do devido processo legal.

O que se verifica, na prática, é que os principais casos constitucionais de viés contramajoritário são normalmente contestados do ponto de vista jurídico, exatamente por romperem com práticas e precedentes estabelecidos. Não por outro motivo o famoso *Brown v. Board of Education* foi duramente criticado pelos principais constitucionalistas norte-americanos da época, que não conseguiam encontrar uma base jurídica sólida que justificasse a decisão⁷. No Brasil, a consistência jurídica da decisão na ADI nº 4.277/DF foi duramente criticada por um dos nossos mais festejados constitucionalistas⁸.

Na verdade, as decisões do Brasil e dos Estados Unidos sobre o casamento homoafetivo compartilham de um elemento comum: em ambos os casos os juízes utilizaram-se de argumentos de moralidade política para alcançar os seus resultados jurídicos. Com efeito, ambas as Cortes partiram do pressuposto de que o casamento não tem como propósito a procriação, mas o estabelecimento de uma relação de afeto, assistência e suporte recíproco entre os membros, que iniciam um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum.

Ou seja, não obstante as inegáveis diferenças dos textos constitucionais em questão, as decisões chegaram a resultados similares a partir de uma crítica moral sobre a forma preconceituosa como os cidadãos homoafetivos, que merecem igual respeito e consideração, são tratados pelo Estado. Os juízes, neste sentido, ao ingressar em uma análise substantiva sobre as injustiças existentes na sociedade, parecem agir não como intérpretes da lei, mas como verdadeiros *teóricos políticos*, como bem observado por David Robertson ao analisar o papel das Cortes Constitucionais contemporâneas.⁹

Essa tensão entre a técnica jurídica e as decisões simbólicas foi bem captada por Robert Post e Neil Siegel. Os autores explicam que, nos casos ordinários, a legitimidade da Corte advém do uso adequado das técnicas jurídicas desenvolvidas pela dogmática, pois nesses casos

⁷ Cf. WECHSLER, Hebert. Toward neutral principle of constitutional law. *Harvard Law Review*, v. 73, n. 1, p. 1-25. Cf. HAND, Learned. *The Bill of Rights (Oliver Wendell Holmes lecture)*. Cambridge: Harvard University Press, 1958.

⁸ Cf. Disponível em: <<http://leniostreck.blogspot.com.br/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html>>, acesso em: 28 ago. 2015.

⁹ ROBERTSON, David. *The judge as political theorist: contemporary constitutional review*. Princeton: Princeton University Press, 2010. Em sentido similar, cf. RICHARDS, David. *The moral criticism of law*. California: Dickinson Publishing Company, 1977.

é a comunidade jurídica que avalia o comportamento da Corte. Nos casos de maior repercussão social, contudo, a legitimidade da Corte parece advir da aceitação da decisão por parte do público em geral, ainda que tecnicamente a decisão não seja perfeita. É a substância da decisão que importa ao público em geral e que gera debates na sociedade, e não a sua forma. Como bem resumido pelos autores,

[...] a legitimidade da Corte é um fato empírico contingente, de maneira que ela não decorre simplesmente pela força ilocutória da técnica jurídica; ela é necessariamente causada pelo impacto produzido pelas palavras da Corte na sociedade.¹⁰

Dito de outra forma, os referidos autores apontam que, em determinados casos, a percepção da sociedade sobre a justiça da decisão constitucional revela-se tão importante quanto a correção jurídica dos argumentos utilizados. As decisões sobre casamento homoafetivo parecem se enquadrar nessa hipótese. Não obstante as dificuldades jurídicas envolvidas no reconhecimento de tal direito, ambas as Cortes acertaram em suas decisões. Como bem salientado pelo *Justice Kennedy* ao final de seu voto, qualquer resultado diferente daquele alcançado pela maioria do tribunal seria lembrado como exemplo de caso em que a Suprema Corte não teve alcance para compreender, na totalidade, a sua função institucional.

¹⁰ POST, Robert; SIEGEL, Neil. Theorizing the law/politics distinction: neutral principles, affirmative action, and the enduring legacy of Paul Mishkin. *California Law Review*, n. 95, p. 1506, 2007. (tradução livre)

Da proteção dos dados pessoais: uma análise comparada dos modelos de regulação da Europa, dos Estados Unidos da América e do Brasil

*Leticia Antunes Tavares*¹

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Bruna Acosta Alvarez

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

1. Dados pessoais – conceito, importância e proteção

O episódio envolvendo o website “tudosobretodos.se” intensificou o debate acerca da proteção aos dados pessoais. De acordo com as reportagens sobre o assunto², o referido site divulgou e disponibilizou à venda, sem prévia autorização, dados sobre pessoas físicas, incluindo endereço, dados sobre vizinhos etc. Ainda, no mês de novembro de 2015, foi divulgada matéria pelo programa Fantástico³ a respeito de uma investigação encabeçada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, envolvendo o *website* “cartório virtual”, que, supostamente, estaria divulgando dados pessoais, inclusive de autoridades públicas, tais como endereço, números de identificação, dados telefônicos etc., sem prévio consentimento da pessoa envolvida⁴.

Estes são, apenas, dois exemplos recentes do uso indevido de dados pessoais e servem para ilustrar a vulnerabilidade da privacidade dos cidadãos, na sociedade atual. E são acontecimentos como tais que despertam os indivíduos para a necessidade de um marco legal, já que

¹ Especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Magistratura. Mestranda em Direito Comparado pela *Samford University*.

² Disponível em: <<http://info.abril.com.br/noticias/internet/2015/07/seu-nome-cpf-e-endereco-completos-podem-estar-disponiveis-neste-site-sem-que-voce-saiba-disso.shtml>>. Acesso em: 8 nov. 2015.

³ Programa jornalístico veiculado pela Rede Globo de televisão.

⁴ Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/11/mp-sp-acusa-grupo-que-age-na-internet-de-vender-dados-sigilosos.html>>. Acesso em: 8 nov. 2015.

o Brasil, diferentemente da Europa e de alguns países da América Latina (Chile, Colômbia, Peru e Argentina)⁵, possui tímidas menções à proteção de dados pessoais em legislações esparsas, não possuindo lei específica sobre o assunto, até o presente momento. Não à toa que, em 2010, o Ministério da Justiça iniciou um debate público a respeito da proteção de dados pessoais⁶, visando à regulamentação do tema, sendo que a versão final do anteprojeto de lei foi, finalmente, apresentada em outubro de 2015⁷.

Paralelamente, em 13 de junho de 2012, foi apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Federal n. 4060/12⁸, projeto este que foi recentemente desarquivado e que, hoje, está em trâmite na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática. Do mesmo modo, no Senado Federal tramita projeto de lei tratando do tema (Projeto de Lei n. 330 de 2013), sendo que o substitutivo fora recentemente aprovado pela Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática⁹.

Mas, o que seriam dados pessoais e qual seria o motivo de tamanha preocupação?

1.1. Conceituação

Dados poderiam ser definidos como “um conjunto de registros sobre fatos, passíveis de serem ordenados, analisados e estudados para se alcançar conclusões”. Estes dados, quando “organizados e ordenados de forma coerente e significativa para fins de compreensão e análise”, são chamados de informação.¹⁰ E, quando se adiciona a palavra “pessoais” ao termo “dados”, há uma personalização do conceito, de modo que os “dados pessoais” seriam um conjunto de registros referentes a um indivíduo.

⁵ Data Protection Laws of the World. Disponível em: <<http://dlapiperdataprotection.com/#handbook/world-map-section>>. Acesso em: 27 set. 2015.

⁶ Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/>>. Acesso em: 8 nov. 2015.

⁷ Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/mj-apresenta-nova-versao-do-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-pessoais>>. Acesso em: 9 jan. 2016.

⁸ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

⁹ Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113947>>. Acesso em: 9 jan. 2016.

¹⁰ LACOMBE, Francisco José Masset et al. *Administração – princípios e tendências*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 490.

Nos termos da Diretiva n. 95/46/CE da União Europeia, ainda em vigor, que trata da proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, a expressão “dados pessoais” pode ser definida como “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”, sendo “considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos de sua identidade física, fisiológica, psíquica, econômica, cultural ou social” (artigo 2º, “a”).

Também, a citada Diretiva, em seu artigo 8º, 1, cria uma subespécie de dados pessoais, os chamados dados sensíveis, que são os “dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual”.

Vale destacar que, no Brasil, não existe uma definição legal da expressão “dados pessoais”.¹¹ Até mesmo o Marco Civil, quando trata do assunto (artigo 3º, inciso III, da Lei n. 12.965 de 2014), relega sua regulamentação à lei específica, ainda em fase de elaboração, cumprindo mencionar que os referidos projetos de lei que tratam do tema ofertaram definição para expressão “dados pessoais”, inclusive “dados sensíveis” (artigo 7º, incisos I e IV, do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 4060 de 2012 e artigo 3º, incisos I e II, do Projeto de Lei do Senado Federal de 2013), com nítida inspiração na diretiva europeia, sanando omissões e alinhando-se, assim, a uma tendência internacional.

Pela própria denominação da Diretiva (relativa à proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados) ou mesmo de acordo com os objetivos dos citados projetos de lei, é possível concluir que o objeto da proteção da legislação é o indivíduo e não os seus dados em si. Isso porque tais informações dizem respeito à intimidade e privacidade do ser humano, direitos estes de caráter fundamental no Brasil, inclusive amparados pela Constituição Federal. Daí a necessidade de regulamentação do tema, especialmente, quando considerada a importância dos dados pessoais na sociedade de informação.

¹¹ Vale destacar que a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527 de 2011), conquanto não ofereça definição à expressão “dados pessoais”, define a expressão “informações pessoais”, como aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável.

1.2. Relevância do tema

Com efeito, a coleta e a análise de dados pessoais sempre permeou as relações intersociais, com o objetivo de melhorar a vida em sociedade, aprimorar o desenvolvimento econômico, resolver problemas etc.,¹² sendo certo que, na atualidade, na sociedade informacional, os dados pessoais galgaram posição central, em especial, no universo digital.¹³

De acordo com Manuel Castells, o informacionismo seria um novo modelo de desenvolvimento, historicamente moldado pela reestruturação do capitalismo, no final do século XX. Para o autor, nesse novo modelo de desenvolvimento,

[a] fonte de produtividade acha-se na tecnologia de geração de conhecimentos, de processamento da informação e de comunicação de símbolos. Na verdade, o conhecimento e informação são elementos cruciais em todos os modos de desenvolvimento, visto que o processo produtivo sempre se baseia em algum grau de conhecimento e no processo de informação. Contudo, o que é específico ao modo informacional de desenvolvimento é a ação de conhecimento sobre os próprios conhecimentos como principal fonte de produtividade.¹⁴

Ainda, para Castells, a base tecnológica que dá forma organizacional à Era da Informação é a internet. Para o sociólogo,

[a] influência das redes baseadas na Internet vai além do número de seus usuários: diz respeito também à qualidade do uso. Atividades econômicas, sociais, políticas, e culturais essenciais por

¹² Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf>. Acesso em: 29 set. 2015.

¹³ “No fim do segundo milênio da Era Cristã, vários acontecimentos de importância histórica transformaram o cenário social da vida humana. Uma revolução tecnológica concentrada nas tecnologias de informação começou a remodelar a base material da sociedade em ritmo acelerado” (CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. 8. ed. Paz e Terra. v. I, p. 39.).

¹⁴ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer .8. ed. Paz e Terra. v. I, p. 51-54.

todo o planeta estão sendo estruturadas pela Internet e em torno dela, como por outras redes de computadores.¹⁵

Conhecimento e informação, portanto, são vitais para a sociedade informacional e sua utilização mostra-se potencializada pelo uso da internet, que, hoje em dia, permeia todo o tipo de atividade, em especial a econômica e social.

Pode-se dizer, assim, que a informação seria a principal *commodity* e instrumento de poder na sociedade informacional e, por outra via, como a informação nada mais é do que o processamento de dados, é possível concluir que a utilização de tais dados, também, é essencial à Era da Informação.

Vale ressaltar, como apontado no estudo realizado pela Presidência dos Estados Unidos da América de maio de 2014¹⁶, a coleta, o armazenamento e a análise de dados estão em uma trajetória ascendente e, aparentemente, sem limites, alimentados por um aumento no poder de transformação, pela redução dos custos de computação e de armazenamento, e pelo número crescente de tecnologias de sensor incorporadas em todos os tipos de aparelhos. E a esse universo, que reflete a capacidade tecnológica de capturar, agregar e processar um número e variedade cada vez maior de dados, é conferido o nome de “big data”¹⁷.

Sobre o prisma governamental, de acordo com o citado estudo, enquanto o “big data” aumenta o potencial de poder do governo, por outro lado, também, aumenta a responsabilidade deste, diante da necessidade de proteção da privacidade e demais direitos do cidadão.¹⁸

¹⁵ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003. p. 7-8.

¹⁶ BIG data: seizing opportunities, preserving values. p. 1-2. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf>. Acesso em: 29 set. 2015.

¹⁷ Disponível em: <<https://www.privacyinternational.org/node/8>>. Acesso em: 29 set. 2015.

¹⁸ Vale lembrar que, em 2013, conforme denúncia de Edward Snowden, descobriu-se que o governo norte-americano, por meio da agência de segurança nacional (em inglês, NSA), estava espionando os cidadãos americanos e vários países da Europa e América Latina, entre eles Brasil e Alemanha. Assim, tais países, vislumbrando a necessidade de um marco civil multilateral, apresentaram à Organização das Nações Unidas (ONU) uma proposta de resolução para tratar da proteção da privacidade, incluindo dados pessoais na era digital, que foi aprovada em 2013 (Resolução 68/167) e atualizada em novembro de 2014 (Resolução 69/166) (disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/11/1553381-onu-aprova-resolucao-proposta-por-brasil-e-alemanha-contra-espionagem.shtml>>, acesso em: 9 nov. 2015).

O mesmo raciocínio se aplica às organizações empresariais. Nos dias de hoje, em que as mudanças ocorrem numa velocidade cada vez maior¹⁹, a sobrevivência da atividade empresarial está ligada à criação de vantagens competitivas, sendo certo que o conhecimento e as informações são os principais exemplos destas vantagens, formando o chamado capital intelectual.

É sensível a dependência da atividade empresarial em relação a informações, pois quanto maior o volume de dados pessoais coletados, maiores serão as condições de competitividade, ou seja, quanto mais se conhece o consumidor, maiores são as possibilidades de venda de um produto ou serviço.

Como exemplo de prática que incrementa as condições de competitividade, pode-se citar o *profiling*, que se consubstancia na metodologia que cria um perfil do usuário da rede mundial de computadores, com base nos registros eletrônicos de hábitos de navegação associados a outras fontes de informação.²⁰

Ainda, o modelo de negócio de alguns provedores de serviços depende quase que exclusivamente da monetização de dados de seus usuários. Dados estes que na sua maioria são pessoais. Uma vez que a receita das empresas se origina principalmente da publicidade oferecida através de suas plataformas, e a eficiência dessas propagandas está diretamente ligada à análise do comportamento do usuário, caso estas empresas não coletassem dados, elas simplesmente não existiriam.²¹

Além dessas organizações que auferem lucros principalmente em decorrência da publicidade on-line, existem os chamados “serviços de dados” ou, ainda, “data brokers”, que englobam uma classe de empresas que coletam dados através de muitas fontes, agregando-os, analisando-os, e, então, compartilhando essas informações. Muitas dessas empresas não têm relação direta com os consumidores cujos dados são coletados, fornecendo serviços a outras organizações, incluindo comercialização.

¹⁹ “A velocidade é parte da cultura que criou a internet. O típico usuário da rede mundial de computadores exige rapidez e agilidade na obtenção de qualquer informação, e a presença do fornecedor, produzindo os bens que deseja produzir, na quantidade que entende necessária, distribuindo da forma como lhe convém, por si só, já representa a pressão realizada pelo meio” (KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 64.).

²⁰ MONTEIRO, Renato Leite. Da Proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas. In: MASSO, Fabiano del et al. (Coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 141.

²¹ Idem, p. 141.

Existem, também, alguns bancos de dados que fornecem informações sobre consumidores, para fins de realização de operações financeiras, de crédito etc. No Brasil, tais agências possuem caráter público, por imposição do parágrafo 4º do artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor.²²

Insta salientar que a proteção aos dados pessoais não se restringe ao âmbito digital; porém, como visto, foi a internet²³ a responsável pelo aumento do uso de dados pessoais, pois ínsito às atividades, sejam empresariais ou governamentais, na atualidade.

Na era informacional, o valor agregado da informação, ainda que personalíssima, maximizou-se. De acordo com Monteiro, “com regulação estatal ou não, dados continuarão a ser coletados e armazenados, pois o atual modelo de negócio das empresas de Internet depende dessa prática”²⁴.

Assim, na medida em que a internet²⁵ potencializou a coleta, análise, utilização e transferência de dados pessoais de forma simples e pouco custosa, também, cresceu a preocupação a respeito do nível de proteção conferido a tais dados por aquele que os possui, seja pessoa física ou mesmo pessoa jurídica de direito privado ou público.

Portanto, surge a necessidade de proteção do titular dos dados, principalmente porque o tratamento inadequado aos dados pessoais, no que se incluem os dados sensíveis (aqueles que traduzem informações relativas à origem social e étnica, à genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas do titular), pode violar a privacidade, intimidade e outros direitos fundamentais do indivíduo.

²² Vale ressaltar que, recentemente, o C. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial n. 1457199, confirmou a legalidade da prática conhecida como *credit scoring*, que atribui pontuação a consumidores, pontuação esta que é produto da análise dos dados pessoais destes, incluindo eventual inadimplência, e que influencia a decisão das empresas sobre a concessão de crédito a clientes. Todavia, a despeito da licitude do método, o respeito à privacidade do consumidor e a transparência são condicionantes. Assim, de acordo com a decisão do Egrégio Tribunal, as empresas que prestam o serviço de *scoring* devem informar ao titular da pontuação quais os dados utilizados para o cálculo do risco de crédito, a fim de evitar excessos ou até permitir eventual retificação.

²³ “A internet que viabiliza a globalização da informação, é a maior rede internacional de computadores utilizada como meio de comunicação pelos países” (KLEE, Antonia Espindola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 61.).

²⁴ MONTEIRO, Renato Leite. Da Proteção aos Registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas. In: MASSO, Fabiano del et al. (Coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 141.

²⁵ Com um número estimado que supera os 3 bilhões de usuários de internet em 2015, a proteção de dados pessoais mostra-se um dos mais importantes assuntos da atualidade (disponível em: <http://www.itu.int/net/pressoffice/press_releases/2015/17.aspx#.Vj_FqLerSUM>, acesso em: 8 nov. 2015).

Desta feita, impõe-se perquirir sobre a melhor forma de controlar e restringir os potenciais efeitos nocivos do uso indevido de dados pessoais. Isso porque, quem mais se beneficia com a regulamentação e o estabelecimento de regras claras a respeito da questão, é o cidadão.

Assim sendo, considerando a importância do tema, este trabalho terá por objetivo a análise da perspectiva brasileira a respeito da proteção de dados pessoais, bem como abordará a necessidade de estabelecimento de um marco legal sobre assunto, com estudo comparado de duas realidades regulatórias opostas: a estadunidense e a europeia. Como será estudado, a União Europeia, diferentemente dos Estados Unidos, que possui regulação híbrida, optou pela regulamentação abrangente do uso de dados pessoais²⁶.

1.3. Níveis de proteção dos dados pessoais: uma abordagem comparada

Existem quatro modelos para a regulamentação em termos de proteção de dados pessoais. De acordo com Moshell, tais modelos não são exclusivos, mas às vezes são complementares ou até contraditórios a depender da aplicação que lhes é dada.

Assim, para o autor, a) o modelo compreensivo estabelece leis gerais de proteção aos dados pessoais, aplicáveis tanto aos setores privado e público; b) o modelo setorial tem por alvo setores específicos que demonstraram ser lesivos à privacidade do cidadão; c) o modelo de autorregulação prevê o estabelecimento de condutas e fiscalização mútuas pelas empresas e indústrias, e d) o modelo de uso de tecnologias para proteção da privacidade pelo próprio indivíduo, permite ao cidadão gerenciar a cessão e distribuição de seus próprios dados pessoais.²⁷

Neste aspecto, pode-se afirmar que a União Europeia optou pela regulamentação compreensiva, sendo que a Diretiva n. 95/46/EC, ainda em vigor, seria um exemplo de adesão estrita a este modelo. Por outro lado, os Estados Unidos da América optaram por um modelo híbrido, em geral considerado insuficiente, possuindo um aspecto setorial e outro autorregulatório.²⁸

²⁶ LYNSKEY, Orla. *The foundations of EU Data Protection Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 15

²⁷ MOSHELL, Ryan. And there was one: the outlook for a self-regulatory United States amidst a global trend toward comprehensive data protection. *Texas Tech Law Review*, v. 37, p. 366-367, 2005.

²⁸ Idem. p. 366-367.

Para Fromholz, na União Europeia, estados-membros foram impulsionados a regular o uso de dados pessoais de forma exaustiva. Nos Estados Unidos, por outro lado, o governo absteve-se desta forma de regulação, permitindo que empresas e associações utilizassem a autorregulação, com exceção de um pequeno número de normas estritamente concebidas para determinados setores da indústria.²⁹

A divergência nas abordagens americana e europeia está intimamente ligada às diferenças culturais, já que os americanos, ao contrário dos europeus, possuem maior desconfiança do governo, e maior estima ao mercado e tecnologia.³⁰ Além disso, Europa e Estados Unidos conferem enfoques distintos à privacidade em geral, direito do qual deriva a proteção aos dados pessoais.³¹

No direito europeu, o direito à vida privada possui caráter de direito fundamental e, além de estar disposto na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (artigo 12) e na Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950 (artigo 8º), também está expresso na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 7º), que, ainda, prevê, especificamente, o direito à proteção de dados pessoais (artigo 8º), o qual passou, então, ante o caráter de fundamentalidade, a gozar de hierarquia normativa privilegiada no ordenamento jurídico da União Europeia.

Nos Estados Unidos da América, por seu turno, o direito à privacidade (*right to privacy*), não está explicitamente previsto na Constituição e decorre de interpretação jurisprudencial, possuindo, basicamente, três aspectos:

a) o direito de não interferência, ou seja, de ser deixado em paz (*right to be left alone*), desenvolvido por Warren e Brandeis³², não possuindo status constitucional, que protege o cidadão da “obtenção e disseminação não autorizadas de informações pessoais [...]. Também se inclui nessa modalidade a vedação ao uso comercial não autorizado de aspectos da personalidade, como a imagem e o nome pessoal”³³;

²⁹ FROMHOLZ, Julia M. The European Union data privacy directive. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 15, p. 461, 2000.

³⁰ O'QUINN, John C. None of your business. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 12, n. 3, p. 683-687, 1999.

³¹ FROMHOLZ, Julia M. Op. cit., p. 462.

³² WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 193, 1890.

³³ SAMPAIO, José Adércio Leite. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 276.

b) o direito fundamental previsto na quarta emenda Constitucional, que garante ao cidadão a inviolabilidade de sua residência, de seus bens e objetos pessoais em face do Estado; e

c) “o direito de tomar decisões de caráter pessoal ou íntimo (*intimate ou fundamental decisions privacy*) – a defender o indivíduo e a família contra a intromissão estatal nas opções e decisões de natureza reservada ou personalíssima [...]”³⁴ (e.g. aborto³⁵).

Esta abordagem fragmentada do direito à privacidade nos Estados Unidos é atribuída à falta de previsão expressa do direito à privacidade na Constituição norte-americana. Tal abordagem, de acordo com Moshell, culmina na inexistência de uma legislação compreensiva a respeito da proteção de dados pessoais, demonstrando a falta de apreço dos Estados Unidos pela regulação abrangente do tema.³⁶

Assim, muito embora a afeição pela proteção da privacidade esteja ligada aos regimes liberais, que regra geral optam pela regulação exaustiva da proteção aos dados pessoais derivada do direito à privacidade, nos Estados Unidos – forte pelos ideais liberais – a proteção legal aos dados pessoais mostra-se insuficiente, quando comparada à proteção conferida pela União Europeia, por exemplo, o que parece ser contraditório.³⁷

Para Bygrave, essa variação reflete as diferenças em relação ao quanto cada pessoa, nos respectivos países, leva a privacidade em consideração, independentemente de leis sobre o assunto, bem como as percepções das pessoas a respeito do grau de ameaça à privacidade. Segundo o autor, a natureza exaustiva da proteção aos dados pessoais na Europa estaria ligada aos traumas causados pelos relativamente recentes regimes totalitaristas que dominaram alguns de seus países, o que não ocorreu nos Estados Unidos.³⁸

³⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 277.

³⁵ Em 1973, a Suprema Corte Norte-Americana, invocando o direito à privacidade da mulher, decidiu, no caso emblemático *Roe versus Wade*, que a lei texana que criminalizava o aborto era inconstitucional.

³⁶ MOSHELL, Ryan. And there was one: the outlook for a self-regulatory United States amidst a global trend toward comprehensive data protection. *Texas Tech Law Review*, v. 37, p. 373, 2005.

³⁷ BYGRAVE, Lee A. *Privacy and data protection in an international perspective*. 2010, p. 176. Disponível em HeinOnline.

³⁸ Idem. p. 176.

Por outro lado, continua o autor, afirmando que outra diferenciação interessante a respeito dos dois regimes diz respeito à percepção do nível dos interesses que competem com a privacidade, tais como segurança pública e nacional, o que pode ser notado pela política regulatória norte-americana após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001.³⁹

Ainda, o direito à privacidade na Europa mostra-se mais amplo em escopo do que nos Estados Unidos, pois reflete a necessidade de se assegurar condições necessárias para participação do cidadão na vida pública e na ordem democrática.⁴⁰

Além disso, diferentemente dos Estados Unidos, em que o direito à privacidade é estritamente negativo, reconhece-se na Europa, também, um aspecto positivo a tal direito, de modo que o Estado tem não só o dever de se abster de intervir na privacidade do indivíduo, mas também a obrigação de assegurar tal direito na sociedade.⁴¹

A despeito de tais diferenciações, inegável que privacidade e proteção de dados são essenciais não apenas para os indivíduos, mas para a manutenção da sociedade civilizada, do pluralismo e da própria democracia.

Contudo, tais diferenças culturais ganham relevo quando se constata que para a União Europeia o direito fundamental à privacidade e à proteção de dados pessoais estaria mais bem protegido por meio de legislação e fiscalização abrangentes, e para os Estados Unidos, em que tais direitos não gozam de caráter fundamental expreso, a regulação setorial e a autorregulação, precipuamente, seriam utilizadas para proteção da privacidade e dos dados pessoais de seus cidadãos.⁴²

Portanto, de rigor a análise comparativa de tais regimes regulatórios opostos, com o objetivo de se extrair qual espécie de regulação se amoldaria mais adequadamente à realidade brasileira, considerando as especificidades culturais do País.

³⁹ BYGRAVE, Lee A. *Privacy and data protection in an international perspective*. 2010, p. 177. Disponível em HeinOnline..

⁴⁰ Idem. p. 172.

⁴¹ KROTOSZYNSKI, Ronald J. Reconciling privacy and speech in the era of big data: a comparative legal analysis. *William & Mary Law Review*, v. 56, n. 1279, 2015.

⁴² TAN, Domingo R. Personal privacy in the information age: comparison of internet data protection regulations in the United States and the European Union. *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. J.*, v. 21, p. 681, 1999.

2. Da proteção de dados pessoais na União Europeia

A preocupação com a proteção e confidencialidade das informações pessoais constantes de bancos de dados remonta à metade do século XX, sendo que alguns países, desde a década de 1970, já haviam aprovado leis para tratar do assunto, como, por exemplo, o “Data Protection Act” (que, em suma, proibia a abertura de registros de dados sem permissão oficial e estabelecia um conselho para proteção de dados pessoais, para supervisão de tais atividades), aprovado pelo governo sueco, em 1973, e o “Privacy Act” (que, em síntese, proibia a divulgação de informações pessoais por agências governamentais sem o prévio consentimento da pessoa envolvida) aprovado pelo governo norte-americano, em 1974. Em 1978, normas semelhantes foram adotadas por outros países europeus, como Alemanha e França.⁴³

Por sua vez, os primeiros debates a respeito das implicações do desenvolvimento das novas tecnologias para a privacidade dos indivíduos ocorreram entre 1967 e 1968 durante a Assembleia do Conselho da Europa, em que houve menção à insatisfação com a proteção conferida pela legislação nacional dos estados-membros da Comunidade Europeia e destaque à insuficiência da proteção conferida pelo artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos – que trata do direito ao respeito à vida privada – pois tal instrumento foi elaborado em 1950, quando ainda as ameaças a direitos humanos pelas novas tecnologias sequer haviam sido reconhecidas.⁴⁴

Como conclusão destes debates, a Assembleia aprovou uma recomendação e, em 1970, foi produzido um relatório preliminar para examinar o problema, em que se concluiu pela insuficiência de proteção à privacidade em nível nacional e mesmo regional (Europa), motivo pelo qual foram elaboradas recomendações para estados-membros do Conselho da Europa relativas à regulação de bancos de dados operados por empresas privadas.

Contudo, até aquele momento, não existia nenhum instrumento que impusesse aos estados-membros uma obrigação legal de adequada proteção à privacidade dos cidadãos.

⁴³ EVANS, A. C. European Data Protection Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 29, p. 571, 1981.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 572.

De qualquer modo, as recomendações e estudos elaborados pelo Conselho da Europa tiveram grande impacto na Comunidade Europeia, que começou a ser pressionada a tomar alguma atitude a respeito da proteção de dados pessoais, reconhecendo a importância do tema, não somente no aspecto econômico, mas também para a proteção de direitos humanos. Então, estudos sobre a possibilidade de aprovação de uma diretiva a respeito do tema começaram a ser realizados.

Sem que houvesse progresso na aprovação da diretiva, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), aprovou, em 1980, uma recomendação contendo orientações sobre proteção da privacidade dos indivíduos e sobre o fluxo transnacional de dados pessoais. Todavia, tais diretrizes não eram vinculantes e não estabeleciam um padrão de proteção mínimo.

Após, numa nova tentativa de estabelecer orientações a respeito da proteção de dados pessoais, o Conselho da Europa, em 1981, adotou a Convenção n. 108 para a proteção dos indivíduos com respeito ao processamento automático de dados pessoais, contendo princípios básicos muito similares às diretrizes da OCDE. Tal convenção foi ratificada por todos os estados-membros da Comunidade Europeia⁴⁵, contudo, o Conselho não possuía o poder de forçar os países a implementarem a convenção por meio de legislação nacional.

Apesar da não vinculação e da dificuldade de implementação, a importância desses instrumentos para a ordem jurídica foi inegável. De acordo com Doneda, tais documentos apresentaram um rol de medidas que passou a ser encontrado no núcleo de diversas normativas que vieram a tratar da proteção dos dados pessoais, medidas estas conhecidas como “Fair Information Principles”. Para o autor, tais princípios formam um núcleo de questões que, necessariamente, devem ser objeto de análise por um ordenamento jurídico quando do tratamento da matéria. Vale elencar os princípios, tais como citados pelo autor⁴⁶:

- a) Princípio da publicidade (ou da transparência), pelo qual a existência de um banco de dados com dados pessoais deve ser de conhecimento público,

⁴⁵ HANDBOOK on European Data Protection Law. p. 16. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/TPD_documents/Handbook.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2015.

⁴⁶ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico Joazeiro*, v. 12, n. 2, p. 100-101, 2011.

seja por meio da exigência de autorização prévia para funcionar, da notificação a uma autoridade sobre sua existência, ou do envio de relatórios periódicos”; b) Princípio da exatidão: os dados armazenados devem ser fiéis à realidade, o que compreende a necessidade de que sua coleta e seu tratamento sejam feitos com cuidado e correção, e de que sejam realizadas atualizações periódicas conforme a necessidade; c) Princípio da finalidade, pelo qual qualquer utilização dos dados pessoais deve obedecer à finalidade comunicada ao interessado antes da coleta de seus dados. Este princípio possui grande relevância prática: com base nele fundamenta-se a restrição da transferência de dados pessoais a terceiros, além do que se pode, a partir dele, estruturar-se um critério para valorar a razoabilidade da utilização de determinados dados para certa finalidade (fora da qual haveria abusividade); d) Princípio do livre acesso, pelo qual o indivíduo tem acesso ao banco de dados no qual suas informações estão armazenadas, podendo obter cópias desses registros, com a consequente possibilidade de controle desses dados; após este acesso e de acordo com o princípio da exatidão, as informações incorretas poderão ser corrigidas e aquelas obsoletas ou impertinentes poderão ser suprimidas, ou mesmo pode-se proceder a eventuais acréscimos; e) Princípio da segurança física e lógica, pelo qual os dados devem ser protegidos contra os riscos de seu extravio, destruição, modificação, transmissão ou acesso não autorizado.

Portanto, foi relevante a contribuição da Convenção e das Diretrizes da OCDE, em termos de proteção de dados pessoais, sendo que suas disposições e princípios influenciaram e impulsionaram a elaboração de leis nacionais pelos estados-membros. Porém, tais normas, que continham expressões vagas, não apresentavam uniformidade, pois alguns países da União Europeia já possuíam leis que tratavam do assunto antes mesmo da aprovação da convenção e das diretrizes, inclusive, com níveis mais elevados e diferenciados de proteção.⁴⁷

⁴⁷ EVANS, A.C. European Data Protection Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 29, p. 580-581, 1981.

Desta feita, considerando essa diversidade de tratamento à proteção dos dados pessoais pelos estados-membros, a harmonização tornou-se imperiosa, motivo pelo qual, em 24 de outubro de 1995, foi editada a Diretiva para Proteção de Dados Pessoais (DPD).

A diretiva, portanto, constitui o texto de referência em termos de proteção de dados pessoais, instituindo um quadro regulamentar com vistas a equilibrar os níveis de proteção da vida privada dos indivíduos e a livre circulação dos dados pessoais no âmbito da União Europeia. Ainda, a diretiva fixou limites estritos para a coleta e utilização de dados pessoais, demandando, também, a criação de uma autoridade nacional independente incumbida do controle de todas as atividades que dependam do tratamento de dados pessoais.⁴⁸

Como todas as diretivas europeias, a DPD é vinculativa quanto aos seus objetivos, porém, como norma de caráter secundário, dependia da aprovação de leis nacionais, pelos estados-membros. No caso da citada diretiva, contudo, até 25 de outubro de 1998, todos os estados-membros haviam aprovado legislação nacional implementando as provisões constantes da norma para fins de proteção do direito à privacidade dos indivíduos e para prevenção da disseminação não autorizada de informações pessoais dos cidadãos, na União Europeia e fora dela.

Vale destacar que a aplicação da DPD se estende para além dos 28 estados-membros, abrangendo, inclusive, países que são partes da área econômica europeia, tais como, Islândia, Liechtenstein e Noruega.⁴⁹

A DPD propõe uma normatização abrangente englobando todos os setores, sejam públicos ou privados, e todos os níveis de coleta e uso de dados pessoais. Porém, de fato, o foco da diretiva está no setor privado, pois prevê exceções generosas em relação ao setor público. Nesta esteira, a diretiva não se aplica a atividades relativas à segurança pública, defesa e segurança do Estado, bem como à esfera criminal (art. 3º, 2, da Diretiva 95/46/CE). Ainda, de acordo com o artigo 13 da citada norma, os estados-membros podem restringir sua aplicação, adotando medidas legislativas, quando tais limitações forem necessárias à proteção da segurança nacional etc.⁵⁰

⁴⁸ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:l14012>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

⁴⁹ HANDBOOK on European Data Protection Law. p. 17. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/TPD_documents/Handbook.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2015.

⁵⁰ LYNKEY, Orla. *The foundations of EU Data Protection Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. pp. 20/21.

A DPD protege os direitos fundamentais e liberdades das pessoas naturais, e em particular, o direito à privacidade destas no que concerne aos dados pessoais (art. 1º, 1, da Diretiva 95/46/CE).

Nos termos da norma, a expressão dados pessoais abrange informação relacionada a uma pessoa identificada ou identificável que pode ser reconhecida, direta ou indiretamente, por referencia a um número de identificação ou um ou mais fatores específicos ligados à sua identidade social, física, mental, econômica, fisiológica, cultural ou social (art. 2º, a, da Diretiva 95/46/CE).

O processamento ou tratamento de dados pode ser definido como qualquer operação relativa a dados pessoais, ainda que não seja feita por meios automatizados, tais como coleta, gravação, organização, armazenamento, adaptação ou alteração, etc. (art. 2º, b, da Diretiva 95/46/CE).

Uma exceção importante da aplicabilidade da DPD ocorre no âmbito doméstico, pois o uso meramente particular dos dados pessoais está inserido na esfera de proteção da privacidade do indivíduo (art. 3º, 2, da Diretiva 95/46/CE).

Em suma, toda informação pessoal utilizada deve obedecer aos seguintes princípios relativos à qualidade dos dados (art. 6º, a-e, da Diretiva 95/46/CE):

- a) Dados pessoais devem ser processados de forma leal e de acordo com a lei, com a divulgação do responsável (“controller”) pelo tratamento de tais dados, bem como do propósito da coleta;
- b) Dados pessoais devem ser coletados para fins específicos, explícitos e legítimos, vedado o processamento posterior incompatível com tais propósitos;
- c) Dados pessoais devem ser adequados, pertinentes e não excessivos em relação ao propósito para o qual foram coletados;
- d) Dados pessoais devem ser exatos e, se necessário, atualizados, apagados ou retificados;
- e) Dados pessoais devem ser conservados de forma a permitir a identificação dos indivíduos, apenas, pelo período necessário ao atingimento das finalidades para as quais foram recolhidos.

De acordo com a DPD, em síntese, o tratamento de dados será lícito: a) se contar de forma inequívoca com o consentimento do indivíduo; b) se o tratamento for necessário para a execução de um contrato do qual o indivíduo seja parte; c) se o tratamento for necessário para cumprir uma obrigação legal à qual o responsável pelo tratamento esteja sujeito; d) se o tratamento for necessário para a proteção de interesses vitais da pessoa em causa; e) se o tratamento for necessário para a execução de uma missão de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que é investido o responsável pelo tratamento ou um terceiro; f) se o tratamento for necessário para perseguir interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou do terceiro a quem os dados sejam comunicados, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa (art. 7º da Diretiva 95/46/CE).

De rigor ressaltar que a DPD proíbe o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual do indivíduo. Essa disposição comporta exceções, por exemplo, a casos em que haja o consentimento da pessoa ou, ainda, em que o tratamento seja necessário para proteger interesses vitais da pessoa em causa (art. 8º da Diretiva 95/46/CE).

Conforme ditam os artigos 12 e 14 da DPD, a pessoa cujos dados são tratados possui os seguintes direitos:

- a) o direito de acesso aos dados: o responsável pelo tratamento deve fornecer ao indivíduo, sem custos e em prazo razoável, informações que lhe digam respeito, como, por exemplo, a forma de tratamento, o destino e a origem dos dados pessoais;
- b) o direito de retificação ou eliminação de dados pessoais: todas as pessoas em causa têm o direito de obter do responsável pelo tratamento a retificação ou mesmo eliminação dos dados utilizados, quando incompletos, inexatos ou contrários às disposições da diretiva;
- c) o direito de oposição ao tratamento de dados: a pessoa em causa tem direito de se opor, por motivos legítimos, a que os dados que lhe digam respeito sejam objeto de tratamento. Também, possui

direito de se opor, a seu pedido e gratuitamente, ao tratamento de dados para fins de mala-direta. Ainda, deve ser informada antes de os dados serem comunicados a terceiros e ter o direito de se opor a essa comunicação.

No que concerne à segurança, o artigo 17 da DPD determina que os estados-membros implementem medidas para proteger os dados pessoais contra “a destruição acidental ou ilícita, a perda acidental, a alteração, a difusão ou acesso não autorizados, nomeadamente quando o tratamento implicar a sua transmissão por rede, e contra qualquer outra forma de tratamento ilícito”. Ainda, tais medidas, devem levar em conta a natureza dos dados objeto de proteção e os riscos que o tratamento apresenta.

Com vistas à efetivação da proteção dos dados pessoais, a DPD exige que os estados-membros criem remédios judiciais para defesa do indivíduo que tenha seus direitos à privacidade violados (art. 22 da Diretiva 95/46/CE). Ainda, competirá aos estados-membros a adoção de medidas adequadas para a aplicação de sanções em caso de violação das disposições da DPD (art. 24 da Diretiva 95/46/CE).

De se ressaltar que um aspecto interessante e, potencialmente crítico da DPD, reside na questão envolvendo a transferência de dados para países que estão fora da União Europeia. De acordo com a DPD, tal transferência somente poderá ocorrer se o país recebedor da informação dispuser de um “nível adequado de proteção” (art. 25, 1, da Diretiva 95/46/CE), demandando análise casuística da questão.

Assim, o nível adequado de proteção é determinado pela Comissão Europeia, de acordo com os critérios estabelecidos na DPD, que levam em consideração fatores relativos à natureza, propósito e destinação dos dados, à duração do processamento, bem como quais os países de origem e de destino e as leis em vigor no terceiro país, a respeito do tratamento de dados pessoais (art. 25, 2, da Diretiva 95/46/CE).

Tal exigência foi objeto de crítica, por suas implicações internacionais⁵¹ e tem grande impacto na economia global, pois não são

⁵¹ A diretiva também traz implicações internacionais – além de meras complicações decorrentes de imposição de seus princípios – na medida em que sugere uma tentativa da União Europeia em exercer jurisdição sobre atividades estrangeiras (MOSHALL, Ryan. And there was one: the outlook for a self-regulatory United States amidst a global trend toward comprehensive data protection. *Texas Tech Law Review*, v. 37, p. 462, 2005. (tradução livre)).

todos os países que dispõem de níveis adequados de proteção aos dados pessoais.

De acordo com a Comissão Europeia⁵², somente Andorra, Argentina, Canadá (organizações comerciais), Ilhas Faroé, Guernsey, Israel, Ilha de Man, Jersey, Nova Zelândia, Suíça, Uruguai e os Estados Unidos (de acordo com os princípios do “Safe Harbour”, como será visto no capítulo próprio⁵³) dispõem de nível adequado de proteção, na atualidade.

O receio da proibição de transferência de dados a terceiros países que não possuem nível adequado de proteção aos dados pessoais, com grandes repercussões econômicas, encorajou países, com a Letônia e a Noruega, a adotar medidas de proteção similares às da União Europeia.⁵⁴

Vale destacar que o artigo 26, 2, da DPD, estabelece uma exceção à exigência de adequação, possibilitando soluções *ad hoc*, por meio, por exemplo, da criação de acordos entre as partes, para fins de preencher as lacunas e assegurar a proteção integral da privacidade dos indivíduos. Nesse aspecto, a Comissão Europeia aprovou modelos de contratos para auxiliar os responsáveis pelo processamento de dados.⁵⁵

Ainda, a DPD prevê a criação de uma autoridade supervisora pelos estados-membros, para fins de proteção dos dados pessoais, com vistas à fiscalização da aplicação de suas regras, investida, também, em poderes de intervenção nas organizações violadoras das normas de proteção, bem como de investigação, entre outros (art. 28 da Diretiva 95/46/CE).

Além dessa autoridade supervisora de abrangência interna de cada estado-membro, a União Europeia aprovou o Regulamento n. 45/2001, que criou uma autoridade supervisora independente para monitorar a

⁵² Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/adequacy/index_en.htm>. Acesso em: 13 nov. 2015.

⁵³ “No dia 06 de outubro de 2015, o Tribunal de Justiça da União Europeia invalidou a decisão da Comissão Europeia sobre as relações UE – US Safe Harbour. Em 06 de novembro de 2015, então, a Comissão Europeia adotou a Comunicação sobre a transferência de dados pessoais da União Europeia para os Estados Unidos da América ao abrigo da Directiva 95/46/CE, na esteira da decisão proferida pela Corte de Justiça no caso C- 362/14 (Schrems). O objetivo é fornecer uma visão geral das ferramentas alternativas para transferências de dados transnacionais na ausência de uma decisão a respeito da adequação”. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/adequacy/index_en.htm>. Acesso em: 13 nov. 2015.

⁵⁴ MOSHELL, Ryan. And there was one: the outlook for a self-regulatory United States amidst a global trend toward comprehensive data protection. *Texas Tech Law Review*, v. 37, p. 388-390, 2005.

⁵⁵ Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/transfer/index_en.htm>. Acesso em: 13 nov. 2015.

aplicação da DPD em todas as instituições da Comunidade Europeia, em nível regional.⁵⁶

Cumpra-se citar que em 7 de dezembro de 2000 foi aprovada a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que passou a ter caráter vinculante, após a assinatura do Tratado de Lisboa, em 1º de dezembro de 2009. A Carta, além da garantia de respeito à vida privada, estabeleceu o direito à proteção de dados pessoais (artigo 8º), conferindo a este a qualidade de direito fundamental, aplicável retroativamente, inclusive.⁵⁷

De todo o exposto, é possível concluir que a DPD é o instrumento central de proteção de dados na União Europeia, com reflexos, inclusive, transnacionais. Sensível, ainda, o caráter compreensivo da legislação europeia, que estabelece regras gerais e muito estritas para o tratamento de dados pessoais, exigindo que a finalidade deste tratamento seja legítima. Além disso, as pessoas ou os órgãos responsáveis pela recolha e processamento de dados pessoais têm a obrigação de evitar que tais informações sejam utilizadas de forma incorreta, devendo respeitar os direitos relativos aos proprietários dos dados, consagrados na legislação europeia.

Ademais, a harmonização do assunto, por meio de uma regulamentação comum, evita a existência de regulamentação contraditória nos diferentes países da União Europeia, assegurando que os dados pessoais são salvaguardados por níveis de proteção elevados.

Em suma, pode-se dizer que a proteção mais abrangente dos dados pessoais visa, além de remediar injustiças dos regimes totalitaristas do passado como apontado no capítulo anterior, promover o comércio eletrônico, por meio de criação de regras uniformes e, principalmente, proteger a expectativa dos cidadãos em relação à privacidade de seus dados pessoais.

Além disso, a DPD tornou-se referência internacional. Desse modo, para garantir que as leis sejam consistentes com os padrões europeus, muitos países, como a Argentina, por exemplo, estão adotando leis baseadas nos princípios e normas da Convenção do Conselho da Europa e da Diretiva de Proteção de Dados da União Europeia, para assegurar que o comércio transnacional não seja afetado pelos requisitos da DPD.

⁵⁶ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:008:0001:0022:en:PDF>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

⁵⁷ HANDBOOK on European Data Protection Law. p. 21. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/TPD_documents/Handbook.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2015.

De rigor ressaltar que, em 2015, a DPD completou vinte anos e, três anos antes, em 2012, a Comissão Europeia propôs uma reforma geral das regras de proteção dos dados pessoais atualmente em vigor. Ora, a rápida evolução tecnológica das últimas décadas impôs novos desafios à proteção dos dados pessoais dos cidadãos, em especial quando se tem em conta o aumento do compartilhamento e utilização de informações, numa escala global, inclusive. Vale destacar que a integração econômica e social na era informacional, incrementada pelo uso da internet, implicou, também, no aumento da circulação transnacional de dados pessoais, devendo ser adotado um nível de proteção compatível para resguardo da privacidade dos indivíduos.

Além disso, considerando o caráter vinculante atribuído à Carta dos Direitos Fundamentais, após a assinatura do Tratado de Lisboa, em 2009, a União Europeia passou a ter base jurídica específica para adotar legislação destinada à proteção de dados pessoais, direito este de caráter fundamental.

Assim, em meados do mês de dezembro de 2015, a Comissão Europeia, atendendo a um apelo de cerca de 90% da população da Europa, chegou a um acordo sobre o tema, dando início ao chamado Mercado Único Digital, com a harmonização oficial do nível de proteção conferido aos dados pessoais, por meio da criação de uma normatização pan-europeia. O texto final do regulamento deverá ser formalmente adotado pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho no início de 2016, e as novas regras se tornarão aplicáveis após dois anos da aguardada adoção formal.⁵⁸

As novas normas têm por escopo reforçar a confiança dos consumidores nos serviços on-line, com o objetivo de impulsionar o crescimento, o emprego e a inovação na Europa, colocando fim à atual fragmentação e, assim, gerando redução de custos para as empresas, com a simplificação e racionalização das regras de proteção em toda a Europa.

A atualização proposta pela Comissão visa modernizar os princípios consagrados na diretiva de 1995. As principais mudanças incluem: a) um conjunto único de regras de proteção de dados, válido em toda a União Europeia, com a redução de custos administrativos; b) o aumento da responsabilidade e prestação de contas para o tratamento de dados pes-

⁵⁸ Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/index_en.htm>. Acesso em: 13 fev. 2016.

soais por parte das empresas; c) a sujeição das organizações a uma única autoridade nacional de proteção de dados, no país da União Europeia onde tem o seu estabelecimento principal; d) a possibilidade de o indivíduo procurar a autoridade de proteção de dados de seu país, mesmo quando os seus dados são processados por uma empresa sediada fora da União Europeia; e) o reforço da necessidade de consentimento explícito para o processamento de dados; f) fácil acesso dos indivíduos aos seus próprios dados e a possibilidade de transferência de seus dados pessoais de um prestador de serviço para outro com mais facilidade (direito à portabilidade dos dados), alavancando a concorrência entre os serviços; g) expressa previsão ao direito ao esquecimento, com o objetivo de ajudar as pessoas a gerenciar melhor os riscos de proteção de dados on-line; h) a necessidade de aplicação das regras da União Europeia aos dados pessoais tratados no exterior por empresas que atuem no mercado e ofereçam os seus serviços aos cidadãos europeus; i) o reforço dos poderes conferidos às autoridades independentes de proteção de dados nacionais, com a possibilidade de aplicação de multas elevadas àquele que violar as regras, e j) a necessidade de aplicação dos princípios e das regras de proteção de dados em geral para a cooperação judiciária em matéria penal e policial, inclusive em nível transnacional.

Como se nota a novel legislação, além de simplificar os procedimentos para as empresas, tem por objetivo primordial reforçar a proteção da privacidade do cidadão europeu, por meio de uma regulamentação ainda mais estrita do tema, de forma que não houve mudança no modelo de regulação adotado, ou seja, a União Europeia confirmou sua preferência por uma regulamentação compreensiva do tema, como forma de ampliar a proteção conferida ao cidadão.

Todavia, considerando a *vacatio* de dois anos, ou seja, considerando que a atual diretiva ainda está em vigor e foi mantida em parte substancial, bem como o fato de que os Projetos de Lei brasileiros para fins de proteção de dados pessoais, no geral, basearam-se na diretiva de 1995, ora estudada, este artigo manterá o foco nesta última legislação.

Superada esta questão referente à atualização legislativa, vale anotar que a adoção de um regime compreensivo de regulação da proteção de dados pessoais mostra-se recomendável e, da análise dos projetos de lei em trâmite, é possível dizer que o Brasil caminha nesse sentido.

Antes, porém, analisemos o regime regulatório norte-americano.

3. Da proteção de dados pessoais nos Estados Unidos da América

De início, é impositivo lembrar que, conforme já observado acima, entende-se, atualmente, que nos Estados Unidos da América, o direito à privacidade (*right to privacy*), não está explicitamente previsto na Constituição, mas decorre de interpretação jurisprudencial, revelando-se como: a) o direito de não interferência, ou seja, de ser deixado em paz (*right to be left alone*); b) o direito fundamental previsto na quarta emenda Constitucional, que garante ao cidadão a inviolabilidade de sua residência, de seus bens e objetos pessoais em face do Estado, e c) “o direito de tomar decisões de caráter pessoal ou íntimo” (*intimate ou fundamental decisions privacy*).

Para melhor compreensão do tratamento dado ao tema pelo direito norte-americano, necessário se faz delinear pequena introdução histórica acerca do direito à privacidade.

Até o ano de 1890, nenhuma corte inglesa ou americana havia reconhecido o direito de privacidade. No final desse ano, Warren e Brandeis publicaram um artigo intitulado “O direito a privacidade” (“*The Right to Privacy*”), que se tornaria clássico no tratamento jurídico do direito à privacidade nesses países. Nesse texto inaugural, o direito à privacidade seria espécie do gênero do “direito a ser deixado sozinho” (“*right to be left alone*”). Os autores indicaram que, no passado, para proteger esse gênero de direito, os tribunais valeram-se de uma combinação de diferentes doutrinas da *common law*, tais como a de difamação (*defamation*), de quebra de confiança (*breach of confidence*) e de contrato implícito (*implied contract*). Entretanto, os autores entenderam que essa combinação de doutrinas destinadas à proteção de outros direitos não era suficiente para as demandas criadas por inovações tecnológicas e novos modelos de negócio, que passavam a indicar a necessidade de um novo direito, a que eles deram o nome de direito à privacidade. A principal preocupação dos autores, à época, era o risco de que informações a respeito da vida privada de alguém fossem levadas ao conhecimento geral do público (*general public*) por meio da imprensa. Os autores propugnaram pela limitação do direito a privacidade a matérias que tivessem interesse público ou geral.⁵⁹

Aqui vem à tona um tema importante na discussão do direito à privacidade no direito norte-americano. Trata-se de um potencial conflito

⁵⁹ ROSS, Anneliese. Data privacy: the American experience. *J.S.Afr. L.*, v. 264, p. 266, 1990.

de direitos, presente em qualquer sistema jurídico, mas de especial sensibilidade no direito norte-americano: de um lado, existe o direito à liberdade de discurso (*freedom of speech*), previsto pelas Emendas Primeira e Décima Quarta, e tão relevantes aos valores norte-americanos; de outro, a preservação de uma esfera privada, que não deve ser exposta, a contragosto, ao público em geral. Com efeito, todo o desenvolvimento do direito à privacidade na história norte-americana será permeado de maneira peculiar pela tensão entre estes dois valores.

A partir da obra de Warren e Brandeis, as legislações estaduais dos EUA passaram a prever o direito à privacidade e os tribunais estaduais passaram a aplicá-lo de forma autônoma, sem precisar se valer de outras doutrinas para, de maneira reflexa, proteger a privacidade por meios não pensados inicialmente para tanto.

Em 1960, a partir de um balanço da aplicação do direito à privacidade na primeira metade do século XX, realizado por Prosser, afirmou-se que a maioria das cortes norte-americanas de alguma forma admitia a existência de um direito à privacidade. Entretanto, para Prosser, emergia dessas decisões o diagnóstico de que não haveria um único ilícito civil (*tort*) de “violação ao direito de privacidade”, mas, sim, um feixe de possíveis violações ao “direito de ser deixado sozinho”, que quase nada mais teriam em comum do que serem tratadas pelo mesmo nome. Prosser identifica quatro diferentes ilícitos civis (*torts*) tratados sob o nome de “violação ao direito a privacidade”, sendo eles: (i) invasão do isolamento voluntário de alguém; (ii) divulgação de fatos embaraçosos a respeito da vida privada de alguém; (iii) publicidade que sujeita alguém a um viés falso e negativo da opinião pública, e (iv) apropriação, com vantagem ilícita, do nome ou aparência de alguém.⁶⁰

O refinamento do direito à privacidade, trazido por essa divisão doutrinária da violação do direito à privacidade entre quatro possíveis ilícitos civis (*torts*), foi muito festejado na academia e igualmente encontrou aplicação nos tribunais. Entretanto, o crescente desenvolvimento de novas tecnologias nas décadas seguintes, em especial a criação dos computadores pessoais e sua interligação por meio da rede mundial de computadores, passou a demonstrar que o direito à privacidade, mesmo com a sofisticação de sua divisão em diferentes ilícitos civis, não era, por si só, suficiente para responder às novas demandas. Exemplificativamente, com relação ao primeiro ilícito civil,

⁶⁰ ROSS, Anneliese. Data privacy: the American experience. *J.S.Afr. L.*, v. 264, p. 2676, 1990.

de invasão do isolamento de alguém, ele poderia ser considerado bastante próximo do ilícito praticado quando os dados pessoais de alguém são violados, como no caso da invasão de um banco de dados por um *hacker*, mas não era juridicamente admitido quando se tratava de uso pelo governo de um banco de dados adquiridos de um indivíduo. Com relação ao segundo ilícito civil, de viés negativo e falso a que um indivíduo é exposto perante a opinião pública, a preocupação com relação à proteção dos dados não diz respeito apenas à maneira como é publicada uma informação pessoal, mas vai muito além, preocupando-se com diversas outras questões, tais como, qual informação é coletada, por quem é coletada, de quem e para quê; como ela é armazenada; quem tem acesso a tal informação e sob quais condições tal acesso é garantido. Não se trata apenas da publicação da informação a um público geral, como era a preocupação de Warren e Brandeis no final do século XIX com a imprensa, mas, sim, uma preocupação mais ampla, de maneira que uma informação privada revelada, mesmo a uma única pessoa não autorizada a ter acesso àquela informação, pode ser uma violação de direito. Indo ainda mais além, pode haver violação apenas pela maneira como se armazena informações pessoais de forma não autorizada, por permitir um potencial uso de informação pessoal, ainda que nunca efetivado. Enfim, como se vê dos exemplos, uma proteção à privacidade pensada em um momento histórico pré-internet dificilmente poderia fazer frente a todos os desafios crescentemente trazidos por desenvolvimentos tecnológicos jamais cogitados nas décadas que os antecederam.⁶¹

Justamente reconhecendo essa necessidade de um estatuto jurídico que tratasse especificamente dos desafios trazidos pela tecnologia ao direito à privacidade, que os EUA, no ano de 1974, promulgam a Lei de Privacidade (*Privacy Act of 1974*).⁶² Não se trata da primeira lei federal de proteção à privacidade individual, mas sem dúvida houve um salto de abrangência em seu escopo, especialmente com relação à proteção de dados privados, o que faz com que tal lei mereça menção especial.

Após inúmeras violações ao direito de privacidade cometidos durante a Guerra Fria, tanto pelo governo como por entidades privadas, aumentou a preocupação com a proteção dos dados privados. O estopim de toda essa preocupação foi o escândalo de Watergate, em que

⁶¹ ROSS, Anneliese. Data privacy: the American experience. *J.S.Afr. L.*, v. 264, p. 267-268, 1990.

⁶² Disponível o texto integral no site do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, acessível pelo link: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2012-title5/pdf/USCODE-2012-title5-partI-chap-5-subchapII-sec552a.pdf>.

cinco pessoas foram presas durante a campanha eleitoral presidencial quando tentavam fotografar documentos e instalar escutas clandestinas no escritório do Partido Democrata. O surgimento de provas de que o Presidente Nixon sabia das operações ilegais na sede do partido adversário o levou a renunciar à Presidência da República em agosto de 1974. Como efeito colateral, o Congresso norte-americano entendeu a necessidade e urgência de adotar uma legislação específica que protegesse a privacidade de dados. Ambas as casas se mobilizaram para que, antes do término da sessão legislativa de 1974, fosse aprovada essa lei.

Como a própria lei anuncia, ela visa estabelecer algumas garantias contra a invasão da privacidade pessoal (*personal privacy*). Para tanto, a lei estabelece que agências federais (*Federal agencies*) devem, a menos quando haja previsão legal específica em sentido contrário, (i) permitir a um indivíduo determinar quais dados pertencentes a ele são coletados, mantidos, usados ou divulgados por estas agências; (ii) permitir a um indivíduo evitar que dados a ele pertencentes, colhidos para determinada finalidade, sejam usados ou disponibilizados para quaisquer outras finalidade, sem seu consentimento; (iii) permitir a um indivíduo ter acesso a informação pertencente a ele nos registros das agências federais, ter cópias integrais ou parciais de tais informações, e corrigi-las ou complementá-las, se necessário. Além disso, as agências federais, pela lei de 1974, devem coletar, manter, usar ou divulgar qualquer informação pessoal identificável, de maneira que assegurem que tal ação era estritamente necessária e com propósito legal; que a informação é atual e acurada, de acordo com a finalidade buscada; e que as devidas garantias são respeitadas, a fim de evitar mau uso da informação. A própria lei admite apenas como exceções aos requisitos por ela elencados, casos em que haja uma importante política pública a fundamentar tal exceção, devidamente previstas as exceções em leis específicas. Além disso, a lei prevê a responsabilidade civil das agências federais que violarem suas disposições e causarem danos aos indivíduos que tiveram seus dados violados.

Como se nota, o âmbito de atuação da Lei de Privacidade de 1974 é bastante restrito. Ela busca proteger uma gravação (*record*) de dados de um indivíduo mantidos em um sistema de gravações (*system of records*) por uma agência federal. Se pegarmos as definições legais dos principais termos, o campo de atuação mostra-se ainda menor, devido às definições restritivas aplicadas. Por exemplo, por gravação (*record*) entende-se “uma informação sobre um indivíduo que é mantida por uma agência [...] que contenha seu nome [...] ou outra identificação

particular”. Por sua vez, sistema de gravações (*system of records*) é definido como “um grupo de gravações [...] do qual informação é recuperada, pelo nome do indivíduo ou por algum outro número identificador”. Desta maneira, a fim de que um indivíduo possa se valer da proteção legal da lei de 1974, para evitar uma violação de privacidade ou ressarcir-se de um dano causado por uma violação já perpetrada, é necessário que a situação se encaixe nos termos acima. Isto fez com que diversas situações permanecessem desprotegidas com relação a eventuais violações de privacidade. Para citar alguns exemplos, não é protegida pela lei de 1974 a habilidade computacional de pesquisar por atributos e fazer buscas textuais sem usar um identificador pessoal. Além disso, se a informação for acessada de forma aleatória, sem estar mantida em um sistema de gravações previamente ordenado, também sua violação não estaria protegida pela lei de 1974.

Percebe-se, dessa maneira, como, embora a Lei da Privacidade de 1974 tenha representado um inegável avanço na proteção dos dados individuais nos EUA, seu campo de atuação restrito faz com que as situações reguladas por esta lei estejam longe de responder a todos os desafios reguladores trazidos pela criação da rede mundial de computadores e o desenvolvimento exponencial da tecnologia, especialmente naqueles casos em que a ameaça de violação não vem necessariamente de órgãos estatais.

Cerca de dez anos depois do *Privacy Act*, em 1986, advém o *Electronic Communications Privacy Act (ECPA)*, que é considerada a legislação de proteção de dados mais abrangente dos Estados Unidos, que salvaguarda as informações pessoais que sejam disponibilizadas na internet. O ECPA abrange todas as formas de comunicação digital, incluindo transmissões de texto e de imagens, bem como transmissão de voz. A referida lei proíbe espionagem não autorizada, tanto pelo governo como por todas as pessoas e empresas. Além disso, proíbe acesso não autorizado de mensagens armazenadas nos sistemas de computador e interceptação não autorizada de mensagens em processo de transmissão.⁶³

O ECPA contém inúmeras exceções, como, por exemplo, não assegura os direitos de privacidade de mensagens armazenadas de usuários de sistemas on-line, com relação aos operadores destes sistemas, que têm capacidade para rever todas as mensagens que são transmitidas

⁶³ TAN, Domingo R. Personal privacy in the information age: comparison of internet data protection regulations in the United States and the European Union. *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. J.*, v. 21, p. 671, 1999.

por meio do sistema. Contudo, é ilegal que esse operador de sistema revele as mensagens privadas ou os dados de seus usuários para outras pessoas. Por outro lado, há situações excepcionais em que as mensagens podem ser divulgadas, como, por exemplo, a mensagem enviada para o próprio operador como destinatário. Ou, ainda, as mensagens armazenadas podem ser acessadas por autoridades governamentais, quando o operador acredita que uma atividade ilegal está ocorrendo com o sistema. Mas para a interceptação ou recuperação de mensagens, as autoridades precisam de mandado judicial específico.

Para ter acesso a uma mensagem que está armazenada há menos de 180 dias, em um sistema on-line, o agente governamental precisa obter um mandado judicial. Em contraposição, para ter acesso a uma mensagem armazenada há mais de 180 dias, a autoridade governamental precisa obter apenas uma autorização administrativa. Os operadores de sistema que cooperam com agentes governamentais, que tenham mandados judiciais adequados, estão salvaguardados com relação aos usuários que tenham suas mensagens reveladas ao governo.

Sob a égide do ECPA, os operadores de sistema que violarem a privacidade de seus usuários, como, por exemplo, divulgar publicamente um e-mail privado, podem ser processados diretamente pelos seus usuários. O operador deverá remover a publicação e poderá ser responsabilizado civilmente por qualquer prejuízo material que tenha resultado dessa divulgação indevida. O ECPA ainda autoriza o reembolso de custos com advogado e com o ajuizamento do processo. Isso é principalmente importante porque os custos de se processar uma causa perante o Judiciário estadunidense são muito altos. Há ainda previsão de sanções criminais por violação à referida lei.

Além do *Privacy Act* e do *Electronic Communications Privacy Act*, que indubitavelmente são os mais relevantes na proteção de dados, há outras leis esparsas e específicas de determinados segmentos, que podem ser citadas. Tais como: a) *The Tax Reform Act*, que protege a confidencialidade de informações acerca de restituições de impostos e outros dados relacionados, limitando a disseminação de dados fiscais individuais entre agências federais; b) *Freedom of Information Act*, que regula o acesso de terceiras pessoas a registros mantidos pelo governo; c) *Right to Financial Privacy Act*, que limita o acesso governamental a registros bancários; d) *Fair Credit Reporting Act*, que regula o uso de informações creditícias por agências de crédito; e) *Cable Communications Policy Act*, que exige uma autorização judicial para que o governo possa acessar registros de comunicações via cabo;

f) *Telecommunications Act*, que salvaguarda informações mantidas pelas transmissoras de telecomunicação; g) *Telephone Consumer Protection Act*, que regula práticas de telemarketing; h) *Federal Records Act*, que regulamenta a disposição de registros federais.

Esse é o panorama legislativo da proteção de dados privados no direito norte-americano.

Assim, observa-se que, nos Estados Unidos, diferentemente do modelo europeu, o Estado absteve-se da regulação abrangente da proteção dos dados pessoais, adotando, primordialmente, o sistema da autorregulação por empresas e associações, ressalvadas algumas poucas normas estritamente concebidas para determinados setores da indústria, como aquelas acima mencionadas, optando, assim, por um modelo híbrido de regulação.

Relevante dizer, nesse tocante, que, segundo Caio César Carvalho Lima⁶⁴, as discussões mais efetivas acerca da regulamentação do uso da internet tiveram início no começo da década de 1990, exatamente nos Estados Unidos, a partir da Escola Libertária, que expôs suas ideias em Manifesto Libertário de 1994, liderado por John Perry Barlow. Esse movimento defendia que os próprios usuários traçariam as regras aplicáveis (autorregulamentação). Com o passar do tempo, o cenário foi se modificando com o crescente aumento de usuários da internet, passando a se entender que a autorregulação não seria suficiente.

Surgiu, então, a Escola do Direito do Ciberespaço, que teve seu apogeu em 1996, com a edição do livro *Law and borders*, de David Johnson e David Post, em que se defendia que a aplicação do Direito não poderia ir além das fronteiras territoriais, o que também não se mostra suficiente para a regulamentação da internet, que tem como característica a liberdade de tráfego de dados sem limites de fronteira.

Posteriormente, advieram outros movimentos, como a Escola da Arquitetura da Rede, encabeçada por Lawrence Lessing, que sustentava, em síntese, modalidades de regulamentação, entre as quais, a principal delas consistia na ideia de “que os códigos-fonte dos programas de computador (*code* em inglês) seriam aptos a estruturar a arquitetura de rede, por meio da utilização de filtros, bem como de linhas de comando que limitassem a autuação dos usuários, de acordo com as leis

⁶⁴ LIMA, Caio César Carvalho. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 149.

vigentes e os interesse dos dirigentes de dada nação”.⁶⁵ Surgiram, ainda, a Escola do Direito Internacional, que considerava a internet como sendo território internacional, sem fronteiras delimitadas, bem como a Teoria da Aplicabilidade do Direito Vigente, que defende a aplicação do Direito em vigor, não se podendo distinguir o espaço virtual do físico.

Certo é que, a despeito da constante discussão pelos estudiosos do Direito, acerca da regulamentação da internet, nos Estados Unidos, a regulação e intervenção estatal sobre as questões nascidas das relações mantidas no ambiente da internet ainda é ínfima se comparada com outros países, em especial à União Europeia, prevalecendo a autorregulamentação pelos próprios operadores e usuários da internet.

Essa característica de diminuta interferência estatal nas relações nascidas na internet, como dito anteriormente, decorre da própria cultura dos norte-americanos que, em contraposição aos europeus, se qualifica por adotar maior estima ao mercado e à tecnologia.

No que tange à autorregulação, ela pode ser conceituada como o deslocamento da produção regulamentar e normativa para os próprios participantes e interessados diretos na proteção de seus direitos. Parte-se do pressuposto de que “ninguém melhor do que o próprio interessado para saber quais são as lacunas que o Direito deve proteger, quais são as situações práticas do dia a dia que estão sem proteção jurídica e que caminhos de solução viável podem ser tomados”.⁶⁶

A vantagem da autorregulação é que possibilita melhor adequação à realidade social, uma vez que as relações no Direito Digital são dinâmicas e se modificam com muita rapidez, permitindo-se, assim, em tese, maior eficácia à regulação criada.

Contudo, apesar de inúmeras empresas que atuam na internet criarem os seus próprios guias de proteção à privacidade (como os denominados “Termos de Uso”), os usuários de internet, o Estado e muitas empresas concordam que os esforços da indústria ainda não são suficientes para saber o que é necessário à efetiva proteção dos dados pessoais de seus usuários.

Essa constatação de que o tratamento jurídico adotado pelos Estados Unidos é insuficiente à proteção dos dados pessoais dos usuários

⁶⁵ LIMA, Caio César Carvalho. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 149-150.

⁶⁶ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 5. ed. rev. atual. e ampl., de acordo com as leis 12.735 e 12.737 de 2012. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 103.

da internet gera desconfiança na segurança da proteção de dados, principalmente, quando há colheita de dados de usuários residentes em outros países, em especial de países pertencentes à União Europeia.

Isso porque, como já ressaltado, enquanto os Estados Unidos relega a proteção de dados pessoais, primordialmente, à autorregulação, a União Europeia concebe a privacidade de dados como um direito fundamental, com abrangente proteção legislativa.

Outra característica apontada pelos europeus acerca da insuficiência quanto à proteção de dados na internet é a inexistência, nos Estados Unidos, de uma agência independente (“data protection authority” ou “privacy commissioner”), em nível federal, para supervisionar a autorregulação pelas empresas, como existe na União Europeia e em outros países.⁶⁷

Tal diferença ideológica e de mecanismos efetivos governamentais causa, portanto, preocupação aos estados-membros quanto à proteção de dados pessoais, em especial quando há transferência destes dados entre a União Europeia e os Estados Unidos, o que é parcialmente solucionado no artigo 25 da Diretiva 95/46/CE da União Europeia, que entrou em vigor em outubro de 1998.

O referido dispositivo regula a proteção de dados transferidos para países que não façam parte da União Europeia, determinando que esta transferência somente possa ser realizada se referidos países assegurarem nível de proteção adequado, de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Comissão Europeia e pelos estados-membros.

Para a manutenção das relações comerciais entre as empresas dos dois territórios, é inevitável que possa ocorrer a colheita e transferência de dados entre eles, já que neles se encontra grande parte da população mundial do mercado de consumo.

O Departamento de Comércio dos Estados Unidos e a Comissão da União Europeia, desde a entrada em vigor da Diretiva, em 1998, passaram a negociar um compromisso de manter a fluência de dados entre os dois territórios, havendo proposta dos Estados Unidos para que companhias americanas voluntariamente se adequem às disposições da Diretiva Europeia, acordando-se o que se denomina de “safe harbour”⁶⁸, que

⁶⁷ BYGRAVE, Lee A. *Privacy and data protection in an international perspective*. 2010. p. 176. Disponível em HeinOnline.

⁶⁸ Disponível em: <<http://www.export.gov/safeharbor/>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

estabelece princípios para proteção de dados pessoais, possibilitando a autocertificação das companhias americanas para acessarem os dados de pessoas que estejam no território europeu, transferindo-os ao território americano. São os seguintes princípios:

- a) Notificação (*Notice*): os indivíduos devem ser informados de que seus dados estão sendo coletados e como serão usados;
- b) Escolha (*Choice*): os indivíduos devem ter a oportunidade de escolher como seus dados pessoais fornecidos podem ser utilizados e se podem ser transferidos para terceiros;
- c) Transferência Progressiva (*Onward Transfer*): quando houver transferência de dados a terceiros, assegura-se que estes terceiros garantem um nível adequado de segurança de proteção de dados;
- d) Segurança (*Security*): devem ser adotados esforços adequados para a prevenção de perda e colheita indevida de dados pessoais;
- e) Integridade de Dados (*Data Integrity*): os dados devem ser relevantes e confiáveis para o propósito pelo qual foram coletados;
- f) Acesso (*Access*): os indivíduos devem ter acesso às informações armazenadas sobre eles, podendo corrigi-las ou deletá-las se forem imprecisas;
- g) Execução (*Enforcement*): a proteção dos dados privados deve incluir mecanismos efetivos e adequados para o cumprimento desses princípios.

Os acordos entre Estados Unidos e União Europeia intensificaram-se nos últimos anos, havendo intenção do Estado norte-americano de maior adequação à legislação europeia. Esse interesse americano decorre, principalmente, da necessidade de se combater o terrorismo, uma das maiores preocupações dos Estados Unidos no que tange às relações internacionais, após os atentados de 11 de setembro de 2001, quando houve o ataque às torres gêmeas do *World Trade Center*, em Nova Iorque. A partir desse marco histórico, nota-se que a apreensão com a segurança nacional passou a superar a falta de interesse governamental na regulação do direito à privacidade, exigindo maior intervenção estatal na proteção dos dados pessoais.⁶⁹

⁶⁹ BYGRAVE, Lee A. *Privacy and data protection in an international perspective*. 2010. p. 177. Disponível em HeinOnline.

Contudo, mesmo com a apreensão do governo americano em salvaguardar a segurança nacional a ensejar maior regulação, ainda persistem conflitos ideológicos dos dois territórios, por se considerar que a proteção americana aos dados pessoais permanece insuficiente à legislação abrangente e rigorosa da União Europeia.

Em setembro de 2015, foram publicadas notícias jornalísticas⁷⁰ relatando que, após anos de negociações, a União Europeia e os Estados Unidos chegaram a um novo acordo sobre os regulamentos de proteção de dados pessoais, que ainda depende de aprovação do Congresso americano. Segundo foi noticiado, caso seja aprovado, será permitido aos europeus ingressarem diretamente com processos judiciais em tribunais americanos, se houver o uso indevido de dados pessoais, equiparando-os aos cidadãos americanos, neste tocante.

Com o referido acordo, haverá regras mais rigorosas sobre a distribuição de dados a países que não façam parte da União Europeia e sobre o armazenamento excessivo de informações por muito tempo.

Entretanto, após o anúncio do acordo entre os dois territórios, mais recentemente, especificamente em 6 de outubro de 2015, foi prolatada decisão do Tribunal de Justiça Europeu, no processo C-362/14⁷¹, que, ao julgar o caso Maximillian Schrems contra *Data Protection Commissioner* (órgão independente de proteção de dados da Irlanda), em síntese, considerou frágil a autocertificação das companhias americanas pela mera adequação aos princípios do “safe harbour”, considerando inválido o referido acordo, firmado há cerca de quinze anos entre os dois territórios, exigindo um processo mais complexo de proteção de dados pessoais, para permitir a transferência dos dados para o território norte-americano.

A referida decisão, indubitavelmente, gerará impactos econômicos e políticos negativos nas empresas norte-americanas que mantêm

⁷⁰ G1. *UE e EUA chegam a acordo sobre proteção de dados*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/09/ue-e-eua-chegam-acordo-sobre-protacao-de-dados.html>>.

TERRA. *União Europeia e Estados Unidos alcançam acordo sobre proteção de dados*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/uniao-europeia-e-estados-unidos-alcancam-acordo-sobre-protacao-de-dados,f3314dfd3fd515dc2afb1ed1399bd4azgupRCRD.html>>.

⁷¹ Em suma, o caso teve origem com demanda proposta por Maximillian Schrems, que colocou em cheque a proteção de dados assegurada pelo Facebook, após os escândalos de Edward Snowden, ex-funcionário da Agência Nacional de Segurança (NSA) dos EUA que tornou público o fato de que a referida agência tinha acesso irrestrito a dados pessoais de diversas empresas que se autocertificavam como cumpridoras dos princípios do “safe harbour”. (Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62014CJ0362&lang1=pt&type=TXT&ancre>>).

clientes e usuários que residem na União Europeia, diante da impossibilidade de transferência dos dados pessoais ao território norte-americano, obrigando que as companhias mantenham servidor de dados em território europeu, o que dificultará, provavelmente, as relações comerciais entre eles.

4. Da proteção de dados pessoais no Brasil

Como apontado, o Brasil não possui uma lei específica regulamentando a proteção de dados pessoais, porém, na legislação há menções esparsas sobre o assunto, sendo certo que, de forma genérica, tal proteção pode ser extraída da nossa Lei Maior. Isso porque é inegável que a proteção aos dados pessoais está intimamente ligada ao direito à privacidade, que encontra guarida no rol dos direitos fundamentais da Constituição da República.

A Constituição Federal prevê o direito à privacidade (art. 5º, inciso X), incluindo a inviolabilidade do sigilo de comunicações, de dados e comunicações telefônicas (art. 5º, inciso XII), bem como a garantia de acesso a informações pessoais, e de retificação de dados, constantes de bancos de dados públicos por meio do *Habeas Data* (art. 5º, inciso LXXII), este regulado pela Lei n. 9.507 de 1997.

Insta salientar, contudo, que a interpretação conferida ao inciso XII da Constituição Federal, extraída da Lei n. 9.296 de 1996 não abranjeria os dados estáticos,⁷² ou seja, apenas o fluxo de informações estaria protegido pelo mencionado dispositivo constitucional, de modo que a proteção aos dados pessoais estaria abarcada pela previsão genérica constante do inciso X da Constituição Federal.

De rigor mencionar, também, que o citado remédio constitucional (*Habeas Data*), pode ser impetrado somente em face de órgãos públicos e instituições privadas que prestem serviço para o público ou de interesse público.⁷³ Ainda, na atualidade, tal garantia tem por escopo

⁷² Nesse sentido: “não se pode, todavia, confundir dados estáticos - que, aliás, sequer estão protegidos pelo dispositivo constitucional sob comento (veja-se que a Constituição alude à ‘comunicação de dados’) - com dados em tráfego (excepcionalmente violáveis): há que se distinguir ‘banco de dados’ do seu ‘conteúdo’, qual seja, os dados em si - cujo conteúdo se relaciona a crimes [...]” (CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 293.).

⁷³ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 454.

a preservação da “privacidade e dos dados sensíveis da coletividade, pois com o desenvolvimento de modernos aparelhos tecnológicos e a disseminação da internet abrem-se múltiplas possibilidades de ocorrência de abusos”⁷⁴.

Assim, embora de caráter restrito, o referido remédio não deixa de ter relação com a proteção da privacidade e dos dados pessoais, desde que, constantes de bancos de dados governamentais ou de caráter público. É de se dizer que tal garantia seria um desdobramento do princípio insculpido no mencionado inciso X da Constituição Federal, que ora se analisa.

No Brasil, o direito à privacidade, engloba a proteção à vida privada, intimidade, honra e imagem das pessoas (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal), sendo considerado direito conexo ao direito à vida.⁷⁵ Assim, como na Europa, o direito à privacidade no Brasil comporta interpretação ampla.

Ainda, de rigor mencionar que a Constituição faz distinção entre intimidade e vida privada, sendo a primeira de conteúdo menos abrangente, pois ligada às relações subjetivas da pessoa, no âmbito familiar e de amizades; a segunda abarcaria o conceito da primeira, incluindo, ainda, todos os relacionamentos objetivos (e.g. relações comerciais etc.).⁷⁶

De acordo com José Adércio Leite Sampaio,

[o] direito geral à vida privada desafia uma compreensão muito mais ampla, assentada na própria ideia de autonomia privada e da noção de livre desenvolvimento da personalidade, sem embargo, contida em certos desdobramentos materializantes, como a seguir veremos. Há de se ter presente que tais desdobramentos são produto de uma dada realidade social, econômica e política, perceptível pelo pensamento jurídico contemporâneo e, por ele, revelado.⁷⁷

⁷⁴ AGRA, Walber de Moura. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 486.

⁷⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 205.

⁷⁶ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais – teoria geral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.138.

⁷⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 277.

Como visto na primeira parte deste estudo, não restam dúvidas de que a privacidade de um indivíduo pode ser afetada diretamente pelo tipo de tratamento conferido aos seus dados pessoais, o que corrobora a necessidade de regulação da matéria, pois o cidadão tem o direito de ter acesso aos seus dados pessoais, o direito de retificá-los ou excluí-los, de decidir a respeito de seu destino e finalidade etc.

Assim, é possível afirmar que a sociedade da informação impôs uma nova realidade percebível pelo pensamento jurídico contemporâneo, seja do aspecto social, econômico e, inclusive, cultural, de forma que a interpretação alargada do direito à vida privada se mostra necessária, a fim de abarcar a proteção aos dados pessoais, não apenas na esfera governamental, mas também na esfera privada.

A despeito da ausência de previsão específica, é certo que a preocupação com a proteção de dados pessoais, no Brasil, remonta à década de 1980, quando aprovada a Lei n. 7.232/84, que estabeleceu a política nacional de informática.

Referida lei, conquanto limitada ao ambiente informático, em seu artigo 2º, incisos VIII e IX, estabelece como princípios da citada política: a) o “estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas”; b) o “estabelecimento de mecanismos e instrumentos para assegurar a todo cidadão o direito ao acesso e à retificação de informações sobre ele existentes em bases de dados públicas ou privadas”.

Contudo, após o estabelecimento de tais princípios, não há notícias de progresso legislativo no que toca ao assunto, até mais recentemente, como será visto. Cumpre mencionar que, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor trouxe previsão específica sobre o direito de acesso e de retificação de dados pessoais, em seu artigo 43 e seus parágrafos. Ainda, o Decreto n. 7.962 de 2013 que regulamenta o citado diploma legal, para dispor sobre o comércio eletrônico, prevê em seu artigo 4º, inciso VI, que o fornecedor deverá utilizar mecanismos de segurança eficazes para tratamento de dados do consumidor. O avanço mais significativo, todavia, se deu com entrada em vigor do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965), em 23 de abril de 2014, vinte anos após a previsão principiológica contida na Lei n. 7.232/84.

Antes de adentrar no estudo dos dispositivos legais do Marco Civil que se referem à proteção da privacidade e dos dados pessoais dos

usuários da internet, é impositivo tecer alguns comentários introdutórios acerca de seu processo de elaboração e aprovação pelo Poder Legislativo.

A finalidade do Marco Civil da Internet foi estabelecer princípios, garantias, deveres e direitos dos usuários de Internet, dos prestadores de serviços e do poder público, o que configurava antiga preocupação legislativa, como se extrai dos inúmeros projetos de lei que tramitavam nas duas casas do Congresso Nacional desde meados da década de 1990. E, exatamente pelo seu conteúdo principiológico, delimitador de diretrizes gerais para a regulação das questões decorrentes da relação entre o direito e a internet, que, atualmente, é conhecido como a “Constituição da internet”.

O processo de aprovação do Marco Civil demorou mais de sete anos, desde a concepção até a sua entrada em vigor, caracterizando-se por ter sido concebido em conjunto com a sociedade, com ampla participação popular por meio de debates públicos sobre o tema.⁷⁸

De acordo com a exposição de motivos do Projeto de Lei que deu origem ao Marco Civil, ele teve inspirações no texto constitucional e no conjunto de recomendações apresentadas pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br – no documento “Princípios para a governança e uso da Internet” (Resolução CGI.br/RES/2009/003/P).

Mostra-se relevante mencionar o contexto histórico que propulsionou a apreciação pelo Congresso Nacional do Projeto de Lei n. 2.126/2011, de iniciativa da Presidente da República. Extrai-se das informações relativas à tramitação legislativa obtidas junto ao site da Câmara dos Deputados⁷⁹ que a referida proposta de lei estava sem movimentação relevante naquela Casa do Congresso, quando ocorreu o escândalo envolvendo Edward Snowden e a *National Security Agency* (NSA), a partir do qual se teve conhecimento de que o Brasil foi alvo de espionagem pelo governo americano, o que ensejou à Presidência de se valer da prerrogativa do artigo 64, § 1º, da Constituição Federal, para, em setembro de 2013, apresentar requerimento de urgência no regime

⁷⁸ Os debates com a sociedade civil ocorreram, principalmente, em um blog mantido por plataforma denominada Cultura Digital, uma rede social mantida pelo Ministério da Cultura e pela Rede Nacional de Ensino e Pesquisa – RNP, antes mesmo de se tornar projeto de lei. Após a apresentação da proposta feita pela Presidente da República, o Marco Civil foi colocado novamente em discussão pública, por meio do portal e-Democracia, da Câmara dos Deputados, recebendo inúmeras contribuições.

⁷⁹ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

de tramitação do projeto de lei⁸⁰, que se tornou, posteriormente, na Lei Ordinária n. 12.965 de 23 de abril de 2014.

O requerimento de urgência na apreciação do projeto de lei foi considerado uma resposta política adequada ao referido escândalo de obtenção não autorizada de dados envolvendo a Agência de Segurança Nacional norte-americana, diante da contradição que se verificou entre o discurso dos Estados Unidos na defesa de princípios democráticos e o comportamento de violação da privacidade de dados sigilosos de países estrangeiros, entre os quais o Brasil.

Além disso, o governo brasileiro passou a defender um Marco Civil internacional, com a adoção de princípios globais para proteção de dados em nível mundial, sendo que diversos países, inspirados no Marco Civil brasileiro, adotaram em leis internas dispositivos do projeto aqui idealizado.

Quase que simultaneamente, o Brasil obteve êxito na aprovação de uma resolução proposta em conjunto com a Alemanha, no âmbito das Nações Unidas, ganhando relevante repercussão internacional, conclamando os Estados a criarem e incrementarem legislação com vistas à proteção da privacidade na era digital.⁸¹

Diz-se que o Marco Civil é uma lei “pró-inovação” e “pró-direitos”, porque, em sua redação original, traz um rol de princípios destinados à proteção de usuários, empreendedores e a própria característica de abertura da internet. Exemplo disso são os seus dispositivos sobre a privacidade, estabelecendo regra universal no sentido de que nenhum dado do usuário pode ser acessado sem ordem judicial prévia, bem como delimitando critérios para que juízes possam autorizar ou não o acesso aos dados pessoais.⁸²

De acordo com o Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo⁸³, que participou da elaboração do projeto de lei, o Marco Civil é formado por três pilares: neutralidade de rede, liberdade de expressão e privacidade, sendo certo que, no presente estudo, o que nos interessa, em especial, é o último pilar. Nesse tocante, acrescenta o Ministro, que o

⁸⁰ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1132586&filename=MSC+391/2013+%3D%3E+PL+2126/2011>. Acesso em: 13 nov. 2015.

⁸¹ Trata-se da Resolução 68/167, aprovada em 2013, posteriormente atualizada, em novembro de 2014, por meio da Resolução 69/166.

⁸² LEMOS, Ronaldo. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 8.

⁸³ CARDOZO, José Eduardo Martins. Prefácio. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. (Coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

tema da proteção de dados pessoais na internet foi abordado pelo Marco Civil, que, partindo da premissa de que as pessoas são titulares de seus próprios dados pessoais, estabelece regras para o consentimento na coleta de dados, exigindo que sejam coletados apenas para a finalidade das atividades prestadas, bem como ressalta a importância da transparência nas políticas de privacidade, entre outras medidas.

Feitas essas considerações, verifica-se que a proteção à privacidade é tratada nos seguintes dispositivos legais da Lei n. 12.965/14: artigo 3º, incisos II e III; artigo 7º, incisos I, II, III, VI, VII, VIII, IX, X; artigo 8º; artigos 10 ao 12; artigo 16, inciso II; e, artigo 23.

O Marco Civil, em seu artigo 3º, incisos II e III prevê expressamente e de forma separada que a disciplina do uso da internet, no Brasil, tem por princípios a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais, que se dará na forma da lei específica.

Conforme leciona Doneda⁸⁴, apesar das similaridades, a menção em separado a tais princípios sugere que a proteção de dados pessoais seria diversa, em termos de objetivos, daquela conferida à privacidade, seguindo a abordagem apresentada pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, já estudada.

Ainda, o inciso III do artigo 3º, já sinalizando o âmbito limitado de aplicação do Marco Civil da Internet em termos de proteção de dados pessoais, além de não ofertar definição terminológica a respeito do assunto, relegou à lei específica a regulação exaustiva do tema.

Por outro lado, o artigo 7º do citado diploma legal elenca os direitos dos usuários de internet. Alguns desses direitos, por estarem diretamente ligados ao tema deste estudo, merecem menção específica.

O inciso I assegura aos usuários de internet a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevendo expressamente direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O inciso II prevê a inviolabilidade e sigilo do fluxo das comunicações realizadas pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei.

O inciso III, reforçando a previsão constitucional, estabelece a “inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial”. Considerada a extensão conferida pelo artigo 10, parágrafo 2º, da lei, tal disposição elucida a divergência

⁸⁴ DONEDA, Danilo. *Privacy and data protection in the Marco Civil da Internet*. Disponível em: <<http://www.privacylatam.com/?p=239>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

relativa à possibilidade de interceptação do conteúdo da comunicação e não dos dados estáticos, como estudado anteriormente. Isso porque o inciso confere à proteção aos dados armazenados o mesmo grau de proteção outrora conferido à comunicação.

O inciso VI dita que é assegurado o direito a “informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade”. De acordo com Doneda,⁸⁵ tal inciso, que tem aplicação aos regulamentos de privacidade que regem os serviços ofertados pela internet, deve ser interpretado conjuntamente com o inciso VIII, de forma que as políticas de privacidade ou qualquer termo de uso aplicável a dados pessoais devem ser claros e compreensíveis. Ainda, para Monteiro⁸⁶ citado inciso deve ser interpretado em consonância com o inciso XIII, que confirma o entendimento já em vigor de que as normas para a defesa do consumidor aplicam-se às relações de consumo estabelecidas por meio da rede mundial de computadores.

O inciso VII estabelece uma garantia de “não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei”. Interessante notar que o inciso separa registros de conexão dos dados pessoais, conferindo-lhes âmbitos de proteção distintos, portanto. Ainda, o consentimento é apresentado como um instrumento que o indivíduo pode utilizar para decidir sobre a divulgação ou transmissão de seus dados pessoais a terceiros. Para Monteiro,

[...] o consentimento livre, expresso e informado, será aquele em que o usuário não é forçado a concordar com os termos do contrato, e as cláusulas que discorrem sobre qualquer tipo de tratamento de dados - inclusive fornecimento a terceiros - deverão ser redigidas de forma destacada, e se possível, separadas das demais.⁸⁷

⁸⁵ DONEDA, Danilo. *Privacy and data protection in the Marco Civil da Internet*. Disponível em: <<http://www.privacylatam.com/?p=239>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

⁸⁶ MONTEIRO, Renato Leite. Da Proteção aos Registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas. In: MASSO, Fabiano del et al. (Coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 146.

⁸⁷ Idem, p. 149.

O inciso VIII assegura ao indivíduo o direito a “informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet”. Segundo Doneda, essa disposição indica a adoção de dois princípios, o da transparência e o da finalidade. Assim, há necessidade de que as informações sejam claras e compreensíveis e, ainda, fica vedado o uso dos dados pessoais para outros fins que não aquele previamente autorizado e especificado.⁸⁸

Por sua vez, o inciso IX dispõe a respeito da “necessidade de consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais”. Assim, como já apontado o consentimento é imprescindível para o tratamento de dados pessoais e deve ser obtido de forma separada, a fim de facilitar o entendimento do indivíduo.

O inciso X prevê o direito do indivíduo de “exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei”.

Para Vancim e Neves, o artigo ora estudado deve ser objeto de interpretação ampliativa favorável aos usuários, constituindo “números abertos” de hipóteses inseridas aos direitos dos usuários, o que permite afirmar que outros direitos, não expressamente previstos, mas admitidos pela sistemática da norma, devem ser protegidos e preservados”.⁸⁹

De acordo com Ulisses Schwarz Viana⁹⁰, os direitos estabelecidos no artigo 7º, em seu aspecto deontológico, podem ser traduzidos como deveres recíprocos entre usuários e provedores do sistema, representando a consagração, no plano infraconstitucional, dos princípios-garantias dos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal, que se revelam como potencial fonte de conflito com o direito à liberdade de expressão, mormente diante das características da internet, em que

⁸⁸ DONEDA, Danilo. *Privacy and data protection in the Marco Civil da Internet*. Disponível em: <<http://www.privacylatam.com/?p=239>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

⁸⁹ VANCIM, Adriano Roberto et al. *Marco Civil da Internet*. 2. ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2015. p. 69-70.

⁹⁰ VIANA, Ulisses Schwarz. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 135.

a disseminação de informações e de opiniões ocorre de maneira veloz e abrangente, não se limitando nem mesmo ao território nacional. Acrescenta que, diante do conflito entre o direito à privacidade e à liberdade de expressão na internet, para solucioná-lo, deve-se valer da teoria constitucional da ponderação. Por fim, sustenta que se tem percebido tendência no Supremo Tribunal Federal, à adoção da doutrina *preferred position* que reconhece à liberdade de expressão posição de vantagem quando em conflito com outros direitos fundamentais.⁹¹

O artigo 8º estabelece em seu *caput* que “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet”. Em seu parágrafo único, estabelece-se, de maneira ampla, que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem os direitos garantidos no *caput*, tais como aquelas estabelecidas nos incisos (“que: I – impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou II – em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil”).

Obtempere-se, portanto, que o parágrafo único traz cláusula aberta quanto às hipóteses de nulidade de cláusulas inseridas em contratos relacionados ao acesso à internet, que sejam violadoras do direito à privacidade dos seus usuários, trazendo rol meramente exemplificativo em seus incisos, oportunizando, assim, a declaração de nulidade de outras cláusulas contratuais ofensivas à privacidade.

Os artigos 10 a 12 do Marco Civil da Internet estabelecem meios para proteção dos dados pessoais, dispondo que a guarda e disponibilização destes deve atender à preservação da vida privada, intimidade, honra e imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas, bem como que a lei brasileira será aplicável às hipóteses em que o tratamento de dados ocorra em território nacional ou, mesmo em casos de pessoa jurídica sediada no exterior, quando o serviço é prestado ao público brasileiro. Ainda, foram previstas sanções em caso de violação

⁹¹ De acordo com a doutrina da posição preferencial ou “preferred position”, em caso de conflito de direitos fundamentais, a liberdade de expressão goza de posição de precedência. Tal teoria foi citada no voto dissidente proferido pelo Ministro Harlan F. Stone da Suprema Corte Norte-Americana, em 1942, no caso *Jones versus Opelika*, defendendo a posição preferencial das liberdades de expressão e religião contra quaisquer tentativas discriminatórias. No Brasil, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, no voto proferido na ADPF 187, fez expressa menção a essa teoria, dizendo que o pensamento jurídico brasileiro acolheu tal entendimento, hoje dominante na Suprema Corte Estadunidense.

às suas disposições, sem menção, todavia, a respeito da autoridade competente para aplicá-las.

O artigo 16, por sua vez, nas relações de usuários com provedores de aplicações de internet, seja ela onerosa ou gratuita, veda expressamente a guarda: (i) dos registros de acesso a outras aplicações de internet sem que o titular dos dados tenha consentido previamente, respeitado o disposto no art. 7º, e; (ii) de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular.

Assim, sem prejuízo do consentimento do usuário para manutenção de seus dados pelo provedor de internet, não pode haver a guarda de dados além daqueles necessários à finalidade para o qual foram coletados.

Por fim, o artigo 23 estabelece que nos processos de requisição judicial de registros, compete ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar, se for o caso, segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.

Tais disposições inovaram no ordenamento jurídico nacional, mas ainda não esgotam o tema, principalmente porque se mostraram lacunosas, demandando regulamentação específica, que até o momento não foi objeto de elaboração pelo Poder Legislativo.

Especialmente, quando comparado com a Diretiva Europeia de 1995, que o antecedeu em quase vinte anos, o Marco Civil da Internet revela-se tímido, deixando, por exemplo, de definir o que seriam dados pessoais e sequer distinguindo tal expressão de dados sensíveis. Nem mesmo faz menção aos princípios relativos à qualidade dos dados, previstos na diretiva europeia. Além disso, o citado diploma legal não prevê direito de acesso ou de retificação de dados pessoais, não tratando das transferências internacionais de tais dados, nem dispendo a respeito da criação de uma autoridade supervisora, esta, essencial para a efetivação fiscalização e aplicação do direito fundamental à privacidade.

Também, o Marco Civil da Internet deixa de elencar a totalidade dos já citados “Fair Information Principles”, que formam um rol de questões que devem ser objeto de análise por um ordenamento jurídico no que tange à proteção dos dados pessoais. O citado diploma legal foi omissivo em relação ao princípio da publicidade, pois não regulou a criação de bancos que tratem de dados pessoais na internet. Da mesma

forma, embora contenha previsão a respeito da exclusão dos dados pessoais de bancos de dados, com o término da relação negocial (artigo 7º, inciso X), o Marco Civil da Internet foi lacunoso no que toca ao princípio da exatidão e do livre acesso dos usuários aos ditos bancos de dados. Ainda, conquanto o artigo 10, parágrafo 4º, do Marco Civil faça menção a procedimentos de segurança na guarda e disponibilização de dados pessoais, o fato de o artigo condicionar tal proteção à observância de um regulamento, implica em não atendimento do princípio da segurança. Enfim, pode-se afirmar que o único “Fair Information Principle” suficientemente observado pela Lei n. 12.965/14 foi o princípio da finalidade, disposto no seu artigo 7º, inciso VIII, da mencionada lei.

Como se nota, a despeito do avanço decorrente da elaboração do Marco Civil da Internet, é possível afirmar que a lei é falha e obscura em diversos aspectos relativos à proteção de dados pessoais, não sendo suficiente à ampla proteção do direito fundamental à vida privada, no que se inclui o direito à proteção dos dados pessoais.

Em verdade, contraditoriamente, o quadro legislativo atual não permite ao Brasil sequer dar cumprimento ao estabelecido no artigo 4º da Resolução n. 68/167, proposta pelo próprio País à ONU.

Assim sendo, o simples conceito alargado de privacidade somado a uma legislação esparsa e lacunosa sobre o assunto não se mostra suficiente para evitar abusos e nem supre a expectativa dos brasileiros em relação à proteção de seus dados pessoais.

Com efeito, as recentes violações de dados pessoais noticiadas pela imprensa brasileira despertaram na sociedade a consciência a respeito da importância da proteção de dados pessoais e o cidadão brasileiro tem-se mostrado preocupado com a insegurança gerada pela ausência de regulação do assunto, demonstrando possuir alto grau de consideração por sua privacidade diante de eventual ameaça.

Nesse aspecto, em 2015, foi divulgada pesquisa envolvendo doze países, apontando que o brasileiro, ao lado dos alemães e holandeses, possui grande preocupação com a segurança conferida a seus dados pessoais.⁹²

De acordo com o estudo, 53% dos consumidores brasileiros afirmaram ter receio de eventual violação de seus dados pessoais,

⁹² Disponível em: <http://assets.unisys.com/Documents/Microsites/UnisysSecurityInsights/USI_150227i_Globalreport.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2016.

demonstrando a sensação de vulnerabilidade do cidadão e, bem assim, a necessidade de regulamentação do assunto.

A ausência de regulamentação específica e compreensiva sobre o tema gera insegurança jurídica – tanto para os usuários quanto para as pessoas jurídicas que, de algum modo, utilizam dados pessoais em suas atividades – inconsistente com o atual estágio da tecnologia e com o volume de coleta e tratamento de dados dos indivíduos.

Vale ressaltar que, ainda, houve tentativa de autorregulamentação do uso de dados pessoais no Brasil. Como exemplo, a Associação Brasileira de Marketing Direito e associações signatárias desenvolveram o texto do Código Brasileiro de Autorregulamentação para Proteção de Dados Pessoais; mas, não há notícias a respeito da efetiva aplicação das normas criadas.⁹³

De qualquer modo, como visto, nos Estados Unidos, a experiência da autorregulamentação não se mostrou exitosa, já que naquele país, os cidadãos, o Estado e muitas empresas concordaram que tal modelo não seria suficiente para a efetiva proteção dos dados pessoais de seus usuários, o que gera desconfiança na segurança conferida aos dados pessoais, principalmente, quando há coleta de dados de usuários residentes em outros países, em especial daqueles pertencentes à União Europeia.

Como já aventado, enquanto os Estados Unidos (modelo híbrido) relega a proteção de dados pessoais, primordialmente, à autorregulamentação, a União Europeia (modelo compreensivo) confere à proteção de dados pessoais o caráter de direito fundamental, com alargada proteção legislativa.

Destarte, a despeito da já abordada vantagem da autorregulação, pois possibilita melhor adequação à realidade social, a reconhecida insuficiência do sistema norte-americano de regulação do uso de dados pessoais, que prioritariamente faz uso de tal modelo, somada às similitudes no tratamento do direito à privacidade no Brasil e na União Europeia, implica na necessidade de se legislar de forma específica e abrangente a respeito do tema, garantindo aos cidadãos brasileiros o mesmo nível de proteção de que gozam os cidadãos europeus, principalmente, quando se têm em conta os avanços tecnológicos das últimas décadas, que maximizam as possibilidades de violação de direitos individuais garantidos pela Constituição.

⁹³ Disponível em: <<http://www.abemd.org.br/pagina.php?id=54>>. Acesso em: 9 jan. 2016.

Cumpra destacar que, como na Europa, o Brasil atribui expressamente o caráter de “fundamental” ao direito à vida privada (que, numa interpretação ampla, abarca também a proteção dos dados pessoais), conferindo-lhe, ainda, hierarquia constitucional, diferentemente dos Estados Unidos, que abordam tal direito de forma fragmentada.

De outro lado, o brasileiro tem demonstrado mais apreço à privacidade e mais preocupação com o grau de ameaça a este direito, na era informacional, em especial após o incidente de vigilância em massa envolvendo o governo norte-americano.

Além disso, no Brasil, assim como na Europa, o direito à privacidade possui um caráter positivo, ou seja, além do dever de se abster de intervir na privacidade (aspecto negativo), o Estado também tem o dever de assegurar tal direito.

Em verdade, a semelhança de tratamento conferido à privacidade, no Brasil e na Europa, permite a constatação de que tal direito fundamental, no que se inclui a proteção de dados pessoais, estaria mais bem protegido por meio de legislação e fiscalização abrangentes.

Em síntese, pode-se dizer que a proteção alargada dos dados pessoais, no Brasil, permitirá o resgate da segurança do cidadão quanto ao uso de seus dados pessoais, promovendo, ainda, o comércio eletrônico, por meio de criação de regras uniformes. Ademais, considerando a possibilidade de afetação do comércio transnacional gerada pela adoção da Diretiva Europeia de 1995, atualizada recentemente, necessário, também, que esta lei seja consistente com os padrões europeus, que se mostraram de vanguarda.

Nesse sentido, observa-se que, no geral, os projetos de lei em trâmite se basearam nos nortes ditados pela atual diretiva europeia.

O projeto em trâmite pela Câmara dos Deputados parece ser uma versão resumida da diretiva, sendo omissa em relação à transferência internacional de dados, à autoridade competente e a diversos direitos que estão dispostos nos outros dois projetos.

Já os projetos de lei apresentados pelo Senado Federal e pelo Ministério da Justiça mostram-se mais completos e mais fiéis ao conceito de legislação compreensiva. Em verdade, ao que parece, tais projetos de lei são os mais aptos a sanar as lacunas legislativas existentes no Brasil, trazendo previsões muito semelhantes àquelas contidas na atual diretiva europeia.

Contudo, nenhum dos projetos mencionados cria efetivamente uma autoridade competente para fiscalização do uso de dados

pessoais, o que seria essencial para efetiva fiscalização e aplicação do direito fundamental à privacidade, nos termos do compromisso assumido pelo Brasil junto à ONU (artigo 4º, “d”, da Resolução n. 68/167). Segundo o parecer da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática do Senado Federal, a criação da autoridade nacional supervisora seria de competência da Presidência da República, nos termos do art. 61, parágrafo 1º inciso II, “e”, da Constituição Federal.⁹⁴

Enfim, cumpre citar que o projeto do Ministério da Justiça, em seu artigo 50, deixa margem para a autorregulação, quando prevê a possibilidade de criação de regras de boas práticas pelos responsáveis pelo tratamento de dados, demonstrando a possibilidade de convivência do modelo compreensivo e do modelo de autorregulação, com vistas ao aprimoramento da proteção da privacidade do cidadão.

5. Conclusão

O surgimento de novas tecnologias para coleta e tratamento de dados pessoais provocou, paralela e paulatinamente, uma tentativa de resgate à privacidade, o que gerou a necessidade de estabelecimento de um marco regulatório sobre o assunto.

Em muitos países, como no Brasil, por exemplo, as leis não acompanharam a tecnologia, deixando lacunas significativas em termos de proteção de dados pessoais. Assim, com atraso vintenário em relação aos países europeus, o País ainda não possui lei específica que trate do assunto, não atingindo o grau de adequação necessário, como aquele garantido, por exemplo, pela União Europeia e pela Argentina.

Ainda, embora se reconheça a importância do Marco Civil da Internet, por certo, tal lei não confere nível de proteção suficientemente abrangente aos dados pessoais, máxime quando considerada a importância do tema para a sociedade atual.

Vale destacar que o Brasil não dispõe de uma autoridade específica para a proteção de dados pessoais, o que dificulta a fiscalização e aplicação das provisões legais, em especial em caráter preventivo, relegando tal tarefa ao Poder Judiciário, que atua de forma repressiva.

⁹⁴ Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113947>>. Acesso em: 9 jan. 2016.

Por essa razão, somada ao fato de a legislação sobre o assunto ser esparsa e não específica, o Brasil ganhou nota mínima em termos de proteção aos dados pessoais e fez jus à classificação “limitada”, numa escala que parte da proteção “pesada”, para a “robusta”, seguindo para a “moderada” e, enfim, para a “limitada”, de acordo com o grupo DLA Piper’s Global Data Protection and Privacy⁹⁵, o que demonstra que o tema merece ser tratado com seriedade.

Assim, com foco no desenvolvimento tecnológico e regulatório da proteção de dados, este trabalho tentou demonstrar que os quadros legislativos de proteção de dados no Brasil, nos Estados Unidos e na União Europeia são deveras distintos e representam, respectivamente, uma esfera de proteção fraca, média e abrangente.

Ainda, este estudo, distinguindo os sistemas regulatórios opostos utilizados pela União Europeia e pelos Estados Unidos, tentou apontar as vantagens de uma regulamentação compreensiva, que confere, por meio da harmonização, proteção para o cidadão e estímulo às atividades empresariais ou governamentais que fazem uso de dados pessoais.

Vale mencionar que o sistema estadunidense de proteção de dados pessoais é apontado pelos próprios estudiosos norte-americanos como insuficiente para os fins propostos, em especial, quando comparado com o sistema europeu, que proporciona níveis de proteção mais fortes.⁹⁶

Portanto, uma lei específica e abrangente sobre proteção de dados afigura-se necessária para a proteção da privacidade do cidadão brasileiro e para o estabelecimento de segurança jurídica não apenas para os indivíduos, mas também para aquelas pessoas jurídicas que utilizam o tratamento de dados em suas atividades.

Em suma, a elaboração de uma legislação específica para a proteção dos dados pessoais, bem como a criação de uma autoridade autônoma para tratar do assunto, é essencial e inevitável na era informacional, pois, sem a regulamentação e respectiva fiscalização, o titular dos dados estaria vulnerável e não disporia de remédios legais para sanar eventuais danos.

⁹⁵ DATA Protection Laws of the World. Disponível em: <<http://dlapiperdataprotection.com/#handbook/world-map-section>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

⁹⁶ BYGRAVE, Lee A. *Privacy and data protection in an international perspective*. 2010. p. 196-199. Disponível em HeinOnline.

Enfim, analisando-se os projetos de lei em trâmite no País sobre o tema, em geral, foi possível notar que as normas e princípios adotados pela União Europeia são o norte da legislação que está por vir, confirmando o papel vanguardista do velho mundo, e demonstrando a opção do legislador nacional pela regulamentação abrangente e uma tendência à harmonização global do assunto, com base na diretiva europeia, suprimindo as lacunas atualmente existentes, conferindo um nível de proteção mais elevado aos dados pessoais e resguardando o comércio transnacional.

Como reconhecido pelo próprio Senado Federal no parecer recentemente aprovado pela Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática, relativo ao projeto de lei sobre o assunto,

[n]ote-se, nesse ponto, o quão defasado está o Estado brasileiro na temática de proteção de dados pessoais. A Europa discute, de forma propositiva, a questão há mais de duas décadas, pelo menos. O Brasil, portanto, não pode mais tardar em editar uma lei que disponha sobre o tratamento dos dados pessoais, assegurando proteção aos cidadãos e oferecendo segurança jurídica às corporações públicas e privadas.⁹⁷

Nesse sentido, espera-se que o legislativo brasileiro compreendendo a importância e relevância do tema para o cidadão, priorize e acelere a tramitação dos projetos de lei que tratam sobre o assunto, em especial, atualizando-os e incorporando, inclusive, os avanços recentes da legislação europeia, na qual se espelham.

Somente uma legislação abrangente protegeria suficientemente o direito fundamental à privacidade, no que se inclui a proteção aos dados pessoais.

Quem ganha é o cidadão, mas não só, pois o estabelecimento de um marco legal compreensivo gera segurança jurídica, alinhando o ordenamento jurídico brasileiro a uma tendência internacional, e os reflexos financeiros são inegáveis.

⁹⁷ Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113947>>. Acesso em: 9 jan. 2016.

Uma análise comparativa das Leis de Restauração da Liberdade Religiosa – LRLR Federal (1993) e do Estado de Indiana no sistema legal dos Estados Unidos e do Brasil

Liliane Keyko Hioki

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

1. O Direito de liberdade nos sistemas jurídicos norte-americano e brasileiro

A democracia¹ é um dogma na sociedade norte-americana, tanto que à época da formação dos Estados Unidos os *Fundadores*² buscaram resguardar os princípios e os fundamentos daquele regime, entre os quais se destaca, para o tema que se enfrentará, o direito de liberdade, que foi posto de forma destacada no preâmbulo da Constituição daquele país:

¹ O constitucionalista, mestre e professor brasileiro José Afonso da Silva, em sua obra *Curso de Direito Constitucional Positivo* (24. ed., Malheiros, 2005, p. 129 e ss.), diz que “a doutrina afirma que a democracia repousa sobre três princípios fundamentais: o princípio da maioria, o princípio da igualdade e o princípio da liberdade. Aristóteles já dizia que a democracia é o governo onde domina o número, isto é, a maioria, mas também disse que a alma da democracia consiste na liberdade, sendo todos iguais. [...] Aristóteles, como se nota, não chega a declarar que a igualdade e a liberdade sejam princípios da democracia. Coloca-as, acertadamente, como fundamentos (valores) dela; ressalve-se, contudo, que essa democracia do Estagirista só se destinava aos homens livres, a uma minoria, porque o povo, então, era tão-só essa minoria. [...] A democracia, em verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da soberania popular, [...]; (b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular; [...] Igualdade e liberdade, também, não são princípios, mas valores democráticos, no sentido de que a democracia constitui instrumento de sua realização no plano prático. A igualdade é o valor fundante da democracia, não a igualdade formal, mas a substancial. [...] É o valor fundante porque, sem sua efetiva realização, os demais não se verificarão. [...]”.

² Os “*Founding Fathers*” são aqui identificados como aqueles que se reuniram, no Estado da Filadélfia, para elaborar e estabelecer a Constituição dos Estados Unidos da América na denominada *Constitutional Convention*. Há conceitos mais amplos que incluem outras personalidades da história norte-americana que tenham contribuído para a formação daquele país e de seus dogmas e outros (conceitos) que os identificam a outras personalidades relacionadas à declaração de independência do país ou aqueles que subscreveram os *Articles of Confederation* ou ainda os *Federalist Papers*.

We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.³

(“Nós o Povo dos Estados Unidos, com o Objetivo de formar a mais perfeita União, estabelecer a Justiça, garantir a Tranquilidade doméstica, prover a defesa comum, promover o Bem-Estar geral, e assegurar as Bênçãos da Liberdade para nós e nossa Posteridade, ordenamos e estabelecemos essa Constituição para os Estados Unidos da América”). (tradução livre)

É certo que àquela época⁴, a maioria dos direitos garantidos tinha por destinatária uma restrita parcela da população: aqueles com direito a voto, quais sejam, os homens, brancos e que possuíssem patrimônio, excluindo-se os nativos – índios –, os negros, os estrangeiros, as mulheres, os jovens e os pobres. Somente com as emendas constitucionais XIV, XV, XIX, XXIV e XXVI, os direitos foram estendidos aos excluídos.

Sobre esse tema, invoco as lições do professor da Universidade de Yale, Akhil Reed Amar, expostas na obra *America's Constitution: a biography*⁵ (Constituição Americana: uma Biografia):

³ Preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos da América na versão original subscrita pelos representantes dos 13 Estados (ex-colônias) que inicialmente formaram os EUA. Texto extraído do livro “America's Constitution: a biography”, Akhil Reed Amar. Appendix, versão digital, loc. 9557 de 13701.

⁴ A proposta elaborada pelos fundadores do Estado Americano e que se tornaria a Constituição do país foi publicada pela primeira vez em 17/09/1787 no “*The Pennsylvania Packet, and Daily*”. Em 1788, o projeto foi ratificado por onze Estados (*Delaware, Pennsylvania, New Jersey, Georgia, Connecticut, Massachusetts, Maryland, South Carolina, New Hampshire e New York*. *North Carolina e Rhode Island* ratificaram o documento em 1789 e 1790, respectivamente). Fonte: AMAR, Akhil Reed, op. cit., loc. 107 e 133 de 13701.

⁵ Versão digital no original assim redigida: “[...] *From a twenty-first-century perspective, the idea that the Constitution was truly established by “the People” might seem a bad joke. What about slaves and freeborn women?*

The question is particularly pointed in modern America because it reflects more than some purely subjective or theoretical definition of democracy. Rather, the sensibility underlying the question is itself a constitutional sensibility, informed by the very vision of democracy embodied in the United States Constitution. The Constitution as amended, that is. Later generations of the American people have surged through the Preamble's portal and widened its gate. Like constitutions, amendments are not just words but deeds [...].

[...] Em uma perspectiva do século vinte e um, a ideia que a Constituição foi realmente estabelecida pelo Povo pode parecer uma piada de mau gosto. E os escravos e as mulheres livres?

A questão é particularmente relevante na América moderna porque ela reflete mais que uma definição puramente subjetiva ou teórica de democracia. Em verdade, a reação causada por essa questão deve envolver a sua análise constitucional, dada pela própria visão de democracia incrustada na Constituição dos Estados Unidos. A Constituição emendada, na verdade. As novas gerações do povo americano têm ampliado os limites do que foi estabelecido no Preâmbulo. Como as constituições, as emendas não são apenas palavras, mas compromissos assumidos [...].

[...] as emendas americanas incluíram muitos dos grupos excluídos inicialmente pelos Fundadores. No período da Guerra Civil, Nós o Povo abolimos a escravidão na Décima-Terceira Emenda, prometemos iguais direitos de cidadania a todos os americanos na Décima-Quarta Emenda, e estendemos o direito de voto aos homens negros na Décima-Quinta Emenda. Meio século depois, Nós garantimos o direito de sufrágio feminino na Décima-Nona Emenda, e durante os últimos movimentos dos direitos civis, Nós liberamos o processo de eleições federais do prévio pagamento de taxas e asseguramos o voto aos jovens adultos na Vigésima-Quarta e Vigésima-Sexta Emendas, respectivamente. [...].

De todo modo, considerando a época, as garantias erigidas na Constituição Americana foram um grande avanço para a sociedade mundial, tomada por normas pouco democráticas, características dos estados totalitários então dominantes, e influenciaram outros povos a adotarem semelhantes provisões.

[...] America's amendments have included many of the groups initially excluded at the Founding. In the wake of the Civil War, We the People abolished slavery in the Thirteenth Amendment, promised equal citizenship to all Americans in the Fourteenth Amendment, and extended the vote to black men in the Fifteenth Amendment. A half-century later, We guaranteed the right of woman suffrage in the Nineteenth Amendment, and during a still later civil-rights movement, We freed the federal election process from poll taxes and secured votes for young adults in the Twenty-fourth and Twenty-sixth Amendments, respectively. [...] - loc. 370/389 de 13701.

Verdade que o texto original da Constituição Americana é formado, além do preâmbulo, por singelos sete artigos e traça basicamente as regras da estruturação do Estado Americano; pouco diz sobre os direitos individuais das pessoas, que vieram efetivados com as emendas constitucionais⁶ promulgadas posteriormente, em especial as dez primeiras, conhecidas como “*Bill of Rights*”. São nelas, portanto, que se estabeleceram os direitos fundamentais, com especial destaque para o direito de liberdade.

Todavia, os direitos e garantias fundamentais, como postos na Bill of Rights, tinham campo de atuação restrito, porquanto protegiam as pessoas apenas contra atos do governo federal (“*Congress shall make no law*”); com a Décima-Quarta Emenda é que os Estados foram incluídos como sujeitos passivos das normas, com a adoção da denominada “doutrina da incorporação”.⁷

Pois bem.

A Primeira e a Décima-Quarta Emendas estabelecem, respectivamente:

O Congresso não promulgará leis que estabeleçam uma determinada religião, ou que proíbam o livre exercício religioso; ou que restrinjam a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito das pessoas de reunirem-se pacificamente e de exigir do Governo reparação por abusos cometidos.⁸

e

⁶ No total de vinte e sete até 2016.

⁷ Akhil Reed Amar, vez outra, diz: “*Let’s begin with what lawyers call the “incorporation” doctrine: the firmly settled judicial principle that the Fourteenth Amendment should be construed to “incorporate” – to apply – almost all of the provisions of the Bill of Rights against states. As we have seen, the First Congress designed the Bill safeguarded freedom of religion and expression, the right to keep and bear arms, entitlements to grand and petit juries, and so on, against violation by federal officials, but did not expressly guarantee any of these rights and freedoms against state officials. The First Amendment explicitly spoke of limiting “Congress”, while the rest of the Bill was understood in the 1790s as a constraint on federal officials. For instance, when the Fifth Amendment said that “no person shall be ... deprived of life, liberty, or property, without due process of law”, the clear meaning to contemporaries was that no person could be so deprived by federal government.*”. Op. cit., loc. 7699 de 13701.

⁸ Amendment I (1791): Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos da América e submetidas à sua jurisdição (americana) são cidadãos dos Estados Unidos da América e do Estado em que residam. **Nenhum Estado promulgará ou exigirá a obediência de leis que possam limitar as prerrogativas e as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; tampouco os Estados poderão privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, propriedade, sem o devido processo legal; também não poderão negar a qualquer pessoa que esteja em sua jurisdição a igual proteção da lei.**⁹

A leitura desses textos legais demonstra que o direito de liberdade, em suas mais variadas vertentes, é a regra e sua restrição, quando e se aceita, ocorre em situações excepcionais e devidamente justificadas, não se permitindo que a limitação seja feita *a priori* por lei. Corrobora essa afirmativa diversas decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, como exemplo, *Texas v. Johnson* (491 US 397 – 1989); *Reno, Attorney General of The United States et al. v. American Civil Liberties Union et al.* (521 US 844 – 1997); *Sherbert v. Verner et al., Members of South Carolina Employment Security Commission et al.* (374 US 398 – 1963); *Harris, Secretary of Health and Human Services v. McRae et al.* (448 US 297 – 1980); *Amalgamated Food Employees Union Local 590 et al. v. Logan Valley Plaza, Inc. et al.* (391 US 308 – 1968); *Stromberg v. California* (283 US 359 – 1931); *Lovell v. City of Griffin* (303 US 444 – 1938).

Em um precedente específico (*United States v. Carolene Products Co.* – 304 US 144, 1938, 153, nota 4), a Corte reconheceu que determinados direitos têm um *status* constitucional diferenciado e que a presunção de constitucionalidade que é dada às leis pode ser restringida quando elas – leis – estão diretamente no campo proibitivo imposto na Constituição, como das dez primeiras emendas. Os direitos constitucionais incluídos na *Bill of Rights* têm prevalência sobre qualquer outro

⁹ Amendment XIV (1868): Section 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. (grifei).

direito e esta preferência deve ser efetivada por meio de uma análise judicial bastante criteriosa nas tentativas do governo de os controlar.¹⁰

Vê-se que o ordenamento jurídico norte-americano dá primazia às liberdades dos indivíduos em relação a leis que buscam restringi-las, sem qualquer justificativa aceitável, afinal, apenas em situações excepcionálistimas permite-se a restrição delas (liberdades).

No sistema jurídico brasileiro vigente, o direito de liberdade é garantido a nível constitucional e está previsto tanto como objetivo fundamental do país (artigo 3º, I, da CF¹¹) assim como no título que trata dos direitos e garantias fundamentais¹², mais especificamente no artigo 5º, *caput* e inciso II, da Constituição Federal de 1988¹³.

Analisando esse tema, José Afonso da Silva¹⁴ diz que

[...] O texto constitucional supra, ao contrário, prevê a **liberdade de fazer, a liberdade de atuar ou liberdade de agir**, como princípio. Vale dizer, o princípio é o de que **todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entender**, salvo quando a lei determine em contrário. A extensão dessa liberdade fica, ainda, na dependência do que se entende por lei. Como vimos, a liberdade não é incompatível com um sistema coativo, e até

¹⁰ FEINMAN, Jay M. Law 101: everything you need to know about american law. Versão digital. p. 64. *“One of the most important principles of constitutional law was established, bizarrely enough, in a footnote of a Supreme Court opinion. Chief Justice Harlan Stone’s opinion in United States v. Carolene Products Co. (1938) included the now legendary footnote 4, asserting a special constitutional status for certain rights. Footnote 4 stated that the presumption of constitutionality that the Court ordinarily gives to legislation may have a narrower scope “when legislation appears on its face to be within specific prohibition of the Constitution such as those of the first ten amendments”. Constitutional rights within the Bill of Rights, including freedom of speech, therefore, were given a “preferred position” over other rights. This preferred position is to be effectuated through “more exacting judicial scrutiny” of government attempts to control speech, and that is exactly what has occurred in the area of protected speech.”*

¹¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

¹² Não se entrará aqui no debate conceitual dos direitos fundamentais, se direitos naturais, direitos humanos, direitos dos homens, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas ou direitos fundamentais do homem. Sobre o tema remeto a José Afonso da Silva, op. cit., p. 175-179.

¹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹⁴ Op. cit., p. 235-236.

se pode acrescentar que ela pressupõe um sistema dessa ordem, traduzido no ordenamento jurídico. A questão está na legitimidade do sistema coativo, do ordenamento jurídico. Desde que a lei, que obrigue a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, seja legítima, isto é, provenha de um legislativo formado mediante consentimento popular e seja formada segundo processo estabelecido em constituição emanada também da soberania do povo, a liberdade não será prejudicada. Nesse caso, os limites a ela opostos pela lei são legítimos. A Constituição, em vigor, preenche as condições de legitimidade para embasar uma lei legítima, desde que se harmonize com ela. O art. 5º, II, em análise, revela duas dimensões. Uma muito clara e explícita, que consubstancia o **princípio da legalidade** [...]. Outra, nem sempre considerada pela doutrina, que é essa regra de direito fundamental, de liberdade de ação, que estamos estudando. Por isso, esse dispositivo é um dos mais importantes do direito constitucional brasileiro, porque, além de conter a previsão da **liberdade de ação** (liberdade-base das demais), confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona liberdade e legalidade. Dele se extrai a ideia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por **normas jurídicas preceptivas** (que impõem uma conduta positiva) ou **proibitiva** (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: a **liberdade só pode ser condicionada por um sistema da legalidade legítima**. O grande Pimenta Bueno já dizia no século passado que “a liberdade não é pois exceção, é sim a regra geral, o princípio absoluto, o Direito positivo; a proibição, a restrição, isso sim é que são as exceções, e que por isso mesmo precisam ser provadas, achar-se expressamente pronunciadas pela lei, e não por modo duvidoso, sim formal, positivo; tudo o mais é sofisma. “Em dúvida [conclui] prevalece a liberdade, porque é o direito, que não se restringe por suposições ou arbítrio, que vigora, porque é **facultas ejus, quod facere licet, nisi quid jure prohibet**”.

Sem entrar em minúcias, porque esse não é o escopo deste estudo, todas as Constituições Republicanas Brasileiras previram, em maior ou menor amplitude, a garantia dos direitos individuais da pessoa, em que se inclui a liberdade, o que, à evidência, não implicou na efetivação dessas previsões, como exemplo, a Constituição de 1937 outorgada pelo então Presidente da República Getúlio Vargas e a Constituição de 1967 e sua Emenda Constitucional 1, agravada após o Ato Institucional 5.¹⁵

Na atual norma, como visto, o direito de liberdade conta com proteção ampla e irrestrita, porém, restringível, eis que aqui se permite a limitação por meio de lei, o que é repellido pelo sistema americano.

2. A liberdade de expressão e a liberdade de expressar a fé: extensão e limitações. Sistemas norte-americano e brasileiro

A Primeira e a Décima-Quarta Emendas da Constituição dos Estados Unidos protegem a liberdade de expressão, restringindo o poder federal e estadual de proibir ou de limitar sua abrangência por meio de leis. Assim, o Poder Público, em regra, não a pode restringir previamente ou limitar seu conteúdo, exceto se (i) comprovar um interesse público imperativo; (ii) se se utilizar do modo menos restritivo para limitar aquela liberdade e (iii) não regulamentar a restrição de forma muito vaga ou excessivamente ampla, agindo sempre de modo neutro, ou seja, sem favorecer ou prejudicar um ponto de vista ou outro.¹⁶

A liberdade de expressar a fé, por seu turno, e ainda no sistema americano, é uma das mais importantes liberdades, sendo protegida, além da Primeira Emenda, no artigo VI da Constituição. Abrange o livre exercício da fé (“*free exercise clause*”) e a proibição de se impor uma religião oficial (“*establishment clause*”), bem como de se condicionar o ingresso ao serviço público à determinada religião.

¹⁵ Aqui também para melhor análise do tema José Afonso da Silva, op. cit., p. 77-90 e 170-172.

¹⁶ FEINMAN, Jay M., op. cit., p. 61 e ss., versão digital: “*The preferred position of free speech restricts the power of state and federal governments to prohibit or limit constitutionally protected speech in a number of ways. First, the government generally may not impose prior restraints on speech; that is, it may not prohibit speech in advance, even where it constitutionally could punish the speaker after the fact. Second, it may not limit speech based on its content. Third, the government may limit speech based on its content. Third, the government may limit the time, place and manner of speech, but only in case in which it has a compelling interest in doing so, adopts the least restrictive means of limiting the speech, and does so by a regulation that is neither too vague nor overly broad. [...] government regulation of speech must be content-neutral. That is, the government may not favor or disfavor the expression of one point of view over another [...].*”

No Brasil, a liberdade de expressão também é constitucionalmente protegida e é considerada uma espécie de liberdade de pensamento.

Mais uma vez, sobre o tema, José Afonso da Silva¹⁷, “A liberdade de pensamento – segundo Sampaio Dória – ‘é o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for’”. Trata-se de liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contacto do indivíduo com seus semelhantes, pela qual “o homem tenda, por exemplo, a participar a outros suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos”.

Nesses termos, ela se caracteriza como exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente. É que, no seu sentido interno, como pura consciência, como pura crença, mera opinião, a liberdade de pensamento é plenamente reconhecida, mas não cria problema maior. Pimenta Bueno já dizia que a “liberdade de pensamento em si mesmo, enquanto o homem não manifesta exteriormente, enquanto o não comunica, está fora de todo poder social, até então é de domínio somente do próprio homem, de sua inteligência e de Deus”.

(...) De certo modo esta – liberdade de opinião – resume a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão. Por isso é que a doutrina a chama de liberdade **primária** e ponto de partida das outras. Trata-se da liberdade do indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro.

A Constituição a reconhece nessas duas dimensões. Como pensamento íntimo, prevê a **liberdade de consciência e de crença**, que declara inviolável (art. 5º, VI), como a de **crença religiosa e de convicção filosófica ou política** (art. 5º, VIII). Isso significa que todos têm o direito de aderir a qualquer crença religiosa como o de recusar qualquer delas, adotando o ateísmo, e inclusive o direito de criar a sua própria religião, bem assim o de seguir qualquer corrente filosófica, científica ou política ou de não seguir nenhuma, encampando o ceticismo.

Da liberdade de consciência, de crença religiosa e de convicção filosófica deriva o direito individual de **escusa de consciência**, ou seja, o direito de recusar prestar determinadas imposições que contrariem as convicções religiosas ou filosóficas do interessado. (...) Reconhece-se o

¹⁷ Op. cit., p. 241-243.

direito da **escusa ou imperativo de consciência**, mas a lei pode impor ao recusante prestação alternativa, que, por certo, há de ser compatível com suas convicções. Há, assim, a liberdade de escusa, como um direito individual reconhecido mediante norma de eficácia contida, contenção esta que só se concretiza por meio da referida lei restritiva, que fixe prestação alternativa. A prestação alternativa é que constitui a sanção, constitucionalmente prevista, para a escusa de consciência considerada nesse dispositivo. Mas se o titular do direito de escusa recusar também a prestação alternativa, é que ficará sujeito a qualquer penalidade estatuída na lei referida no artigo ora em comento.

(...) Como **aspecto externo** (a outra dimensão mencionada), a liberdade de opinião se exterioriza pelo exercício das liberdades de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção do conhecimento (...)."

Desse modo, a liberdade de religião, como exteriorização da liberdade de opinião, é protegida no sistema jurídico pátrio e, a exemplo do sistema norte americano, proíbe-se aos entes federados "estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público" (artigo 19, I).¹⁸ Assim, tanto lá como cá há expressa e impositiva separação entre Estado e Igreja.

Protege-se, ainda, a liberdade de crença, possibilitando a livre escolha ou modificação de religião, a liberdade de não aderir a quaisquer delas, escolhendo o ateísmo ou exprimindo o agnosticismo, a liberdade de culto e de estabelecimento e organização de entidades religiosas. Há, finalmente, a proteção à assistência religiosa, o ensino religioso em escolas públicas, de matrícula facultativa (artigo 210, § 1º) e a validação do casamento religioso, nos termos da lei.

Nessa seara, portanto, pode-se verificar que ambos os sistemas jurídicos dão corpo à plena liberdade de expressão e de crença, permitindo seu exercício, em regra, de modo irrestrito, impossibilitando-se a intromissão estatal na livre escolha do indivíduo e impedindo o estabelecimento de uma religião oficial. Há, porém, algumas diferenças entre os sistemas, tais quais, a força que se dá, no sistema brasileiro, ao casamento religioso; a imposição de ensino religioso em escolas

¹⁸ Essa separação foi adotada pelo Constituinte de 1988, em continuidade àquilo que vinha sendo adotado no país desde a primeira constituição republicana, todavia, épocas pretéritas, na Constituição do Império, era estabelecida a religião Católica Apostólica Romana como a religião do Império.

públicas, embora de matrícula facultativa, que não se prevê no sistema alienígena e, o que mais interessa ao escopo deste trabalho, a escusa de consciência do sistema pátrio em contraposição aos atos de restauração da liberdade de religião.

3. Escusa de consciência e efetividade da liberdade de religião e de crença

Como visto alhures, no sistema brasileiro é prevista a escusa de consciência como modo de se garantir plenamente a liberdade de religião e/ou de crença (ou seu exercício). Por esse instituto, a pessoa que invoca uma crença religiosa ou uma convicção filosófica ou política, para eximir-se de obrigação legal, somente será privada de seu direito se se recusar cumprir prestação alternativa fixada em lei.

Tratando-se de norma de eficácia contida¹⁹ que regula uma liberdade individual, o exercício dessa liberdade não demanda lei; ao reverso, a restrição é que será normatizada.

Mas será que essa imposição não limita, na essência, o direito de crença?

No sistema brasileiro, em regra, não; afinal, enquanto não promulgada a lei que imponha a obrigação alternativa, o indivíduo não sofrerá qualquer sanção ou restrição de seu direito, ainda que não cumpra a obrigação legal premido por crença religiosa/convicção política ou filosófica. Todavia, deve-se ter cautela com esse instituto porque o excesso pode inviabilizar o exercício que se pretende garantir, porque

[...] tudo isso constitui modos de restrições das liberdades, que, no entanto, esbarram no princípio de que é a liberdade, o direito, que deve prevalecer, não podendo ser extirpado por via da atuação do Poder Legislativo nem do poder de polícia. Este

¹⁹ José Afonso da Silva, op. cit., p. 268, diz “Algumas normas podem caracterizar-se como de eficácia contida, mas sempre de aplicabilidade direta e imediata, caso em que a previsão de lei não significa que desta dependem sua eficácia e aplicabilidade, visto que tal lei não se destina a integrar-lhe a eficácia (que já tem amplamente), mas visa restringir-lhes a plenitude desta, regulando os direitos subjetivos que delas decorrem para os indivíduos ou grupos. Enquanto o legislador, neste caso, não produzir a normatividade restritiva, sua eficácia será plena”.

é, sem dúvida, um sistema importante de limitação de direitos individuais, mas só tem cabimento na extensão requerida pelo bem-estar social. Fora daí é arbítrio.²⁰

Ocorre que a jurisprudência pátria titubeia nessa questão, assumindo, por vezes, entendimento contrário ao da plena liberdade de crença/religião se inexistente lei que preveja a obrigação alternativa, tanto assim que o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso em Mandado de Segurança no 37070/SP reconheceu **excepcionalmente** o direito do impetrante, matriculado em entidade de ensino, a frequentar as aulas em dia alternativo ao “dia sabático”, escorando a decisão no artigo 5º, VI e VIII da CF e principalmente na Lei Paulista nº 12.142/05, sem o grifo no original:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EDUCAÇÃO E RELIGIÃO. MEMBRO DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. PERÍODO DE GUARDA RELIGIOSA. LEI N. 12.142/2005, DO ESTADO DE SÃO PAULO. OPORTUNIZAÇÃO DE ALTERNATIVA À FREQUÊNCIA ÀS AULAS DE SEXTAS-FEIRAS. 1. A relação que existe entre a pessoa e a igreja que profetiza a crença que elegeu não cria qualquer obrigação para terceiros, razão pela qual não há falar que a qualidade de membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, por si só, confira direito líquido e certo do aluno de não participar das aulas, durante o período de guarda religiosa. 2. Recurso ordinário provido. (RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA No 37.070 - SP, RELATOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, j. em 25 de fevereiro de 2014).

[...] A liberdade de crença prevista no inciso VI do art. 5º da Constituição Federal, bem como a previsão de proteção a liturgias religiosas, não induzem à conclusão de que os contratos privados, em que os contratantes acordaram com seus termos, deva ser cumprido de outro modo que não aquele pactuado, salvo comando legal específico em sentido contrário.

²⁰ José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 269.

É que, à luz dos artigos 5º, inciso II, 207 e 209 da Constituição Federal, **sem que a lei imponha uma obrigação, não se pode entender que a Instituição de Ensino está obrigada à alteração da grade horária, do currículo de matérias ou atividades acadêmicas em razão de o aluno estar vinculado a determinada religião.**

A relação que existe entre a pessoa e a igreja que profetiza a crença que eleger não cria qualquer obrigação para terceiros, razão pela qual não há falar que a qualidade de membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, por si só, confira direito líquido e certo do aluno de não participar das aulas.

Mutatis mutandis, convém consignar que o Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a invocação da liberdade de crença para o fim de assegurar tratamento diferenciado; vide:

O direito à liberdade de crença, assegurado pela Constituição da República, não pode almejar criar situações que importem tratamento diferenciado - seja de favoritismo seja de perseguição - em relação a outros candidatos de concurso público que não professam a mesma crença religiosa (RMS 22.825/RO, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 13/08/2007).

O indeferimento do pedido de realização das provas discursivas, fora da data e horário previamente designados, não contraria o disposto nos incisos VI e VIII, do art. 5º, da CR/88, pois a Administração não pode criar, depois de publicado o edital, critérios de avaliação discriminada, seja de favoritismo ou de perseguição, entre os candidatos (RMS 16.107/PA, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, DJ 01/08/2005).

No caso dos autos, porém, deve-se destacar que a pretensão mandamental ainda se apóia na Lei Estadual n. 12.142/2005 [...]

[...] Como se observa, a Lei Estadual n. 12.142/2005 determina que as instituições de ensino superior, públicas e privadas, oportunizem àqueles que alegarem o “período de guarda religiosa” dias alternativos para a realização de provas, bem como mecanismo de compensação de faltas.

Todavia, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, embora tenha feito menção à lei, sem qualquer fundamento, não fez cumprir seu comando normativo. E, até o momento, não há notícia de que o Supremo Tribunal Federal a tenha julgado inconstitucional, razão pela qual se deve presumi-la constitucional.

A propósito, em razão de o Tribunal de Justiça do Estado de Paulo não ter declarado a inconstitucionalidade da lei, por meio do órgão competente, nota-se que não poderia tê-la desconsiderado ao pretexto da existência de ação direta de inconstitucionalidade.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário para cassar o acórdão recorrido e conceder a segurança, determinando que a autoridade impetrada, nos termos da Lei Estadual nº 12.142/2005, tome as providências administrativas cabíveis para que seja oportunizada ao aluno-impetrante alternativas para fins de presença ou realização de provas, quando estas forem marcadas coincidentemente no período de guarda religiosa.

No e. Tribunal de Justiça de São Paulo encontramos decisões conformes o posicionamento do c. STJ, retro transcrito (Apelação nº 0046302-22.2012.8.26.0114, Campinas, 9ª Câmara de Direito Público, j. em 15/04/2015, rel. Des. José Maria Câmara; Apelação nº 0203502-17.2010.8.26.0000, Araraquara, 3ª Câmara de Direito Público, j. em 11/12/2012, rel. Des. Antonio Carlos Malheiros), assim como contrários àquele (Apelação nº 0003197-24.2012.8.26.0363, Moji Mirim, 11ª Câmara de Direito Público, j. em 01/07/2014, rel. Des. Aroldo Viotti).

Percebe-se, destarte, que doutrinariamente a escusa da consciência é meio eficaz para garantir a plena liberdade de religião e de crença, porém, não o é na jurisprudência.

Analisando a escusa sob a óptica do sistema jurídico norte-americano, por seu turno, poder-se-ia dizer que há restrição ao direito individual, afinal, a regra é imposta indiscriminadamente a todos que invoquem a escusa: não se demonstra o interesse público premente, a ausência de outros meios menos gravosos para se restringir aquela liberdade e a restrição é imposta por lei. Viola-se todas as regras de escrutínio que o sistema norte-americano considera essencial para se

analisar a validade da restrição a direito individual, afinal, a liberdade no sistema americano pode ser exercida inclusive para se escusar do cumprimento de obrigação legal a todos impostas e, se aceita, não há qualquer consequência à pessoa e tampouco a necessidade de cumprimento de obrigação alternativa, como acontece em nosso país.

4. Lei de Restabelecimento da Liberdade de Religião Federal

Se no Estado Brasileiro estabeleceu-se a escusa de consciência como meio de se garantir a plenitude do exercício da liberdade de crença e de religião, no qual o indivíduo deve cumprir obrigação legal imposta pelo Estado para garantir o pleno exercício de seu direito, como visto, no Estado Americano optou-se por método diametralmente oposto, em que se impõe ao Estado a obrigação de demonstrar a necessidade de se restringir o direito individual, mediante o preenchimento de requisitos impostos pela lei.

Todavia, nem sempre assim ocorreu, eis que o reconhecimento ou não da liberdade de crença e de religião era analisado casuisticamente pelas Cortes Americanas, sem critérios claros de quando e como (a liberdade) seria garantida. Essa situação ocasionava decisões aparentemente conflitantes e insegurança jurídica.

No caso *Wisconsin v. Yoder* (406 US 205 – 1972) a Suprema Corte Americana considerou inválida uma determinação do Estado de Wisconsin, que impunha a aplicação da norma de obrigatoriedade de frequência escolar aos Amish, que se recusavam, por motivos religiosos, mandarem seus filhos às escolas. É bem verdade que, naquele caso, além do direito ao livre exercício da religião estava envolvido igualmente o direito dos pais de controle sobre a educação de seus filhos.

Em outro caso, *Sherbert v. Verner* (374 U S 398 – 1963), uma pessoa da Carolina do Sul, que seguia os mandamentos da Igreja Adventista do Sétimo Dia, pleiteou o pagamento de um benefício previsto em norma daquele Estado (“*South Carolina Unemployment Compensation Act*”), uma vez que não conseguia emprego porque sua religião não permitia o trabalho aos sábados, considerado “dia sabático”. De acordo com a norma, os elegíveis aos benefícios eram aquelas pessoas aptas e disponíveis ao trabalho que não tenham obtido sucesso na recolocação no mercado, por um motivo justificável, embora ofertas de empregos tenham sido oferecidas pelo órgão do governo responsável ou por empregadores diretamente. O benefício foi negado pelo Governo,

decisão mantida pela Justiça daquele Estado. A Suprema Corte, porém, entendeu que a decisão proferida pelo Tribunal da Carolina do Sul, à evidência, feria o livre exercício da religião da recorrente. Destaco uma passagem da decisão, porque demonstra a abrangência do direito na sociedade norte-americana:

[...] se o propósito ou o efeito de uma lei é impedir a observação de uma ou de todas as religiões ou é discriminar individualmente religiões, aquela lei é constitucionalmente inválida mesmo se a restrição possa ser caracterizada como sendo apenas indireta. *Braunfeld v. Brown*, supra, na linha 607. Aqui não apenas é visível que a declaração de inelegibilidade da apelante ao benefício decorre unicamente do exercício de sua religião, mas a pressão exercida sobre ela de seguir com a prática é inquestionável. A decisão a força escolher entre seguir os preceitos da religião dela e desistir dos benefícios, de um lado, e abandonar um dos preceitos da religião e aceitar trabalho, de outro lado. As imposições governamentais que impliquem em tal escolha impõem o mesmo tipo de restrição ao livre exercício da religião como se fosse imposta uma multa à recorrente por seu credo aos sábados. [...].²¹

Note-se que a Corte afastou a decisão do Tribunal local porque entendeu que a exclusão de benefícios a uma pessoa não pode ser baseada na religião (ou seus preceitos) que se siga.

No entanto, no precedente *Employment Div., Dept. of Human Resources of Oregon v. Smith* (494 US 872 – 1990), a Suprema Corte reverteu decisão do Tribunal Superior do Estado de Oregon, que reconheceu o direito de duas pessoas, que seguiam os preceitos da Igreja

²¹ “[...] For “[i]f the purpose or effect of a law is to impede the observance of one or all religions or is to discriminate invidiously between religions, that law is constitutionally invalid even though the burden may be characterized as being only indirect.” *Braunfeld v. Brown*, supra, at 607. Here not only is it apparent that appellant’s declared ineligibility for benefits derives solely from the practice of her religion, but the pressure upon her to forego that practice is unmistakable. The ruling forces her to choose between following the precepts of her religion and forfeiting benefits, on the one hand, and abandoning one of the precepts of her religion in order to accept work, on the other hand. Governmental imposition of such a choice puts the same kind of burden upon the free exercise of religion as would a fine imposed against appellant for her Saturday worship. [...]”.

dos Americanos Nativos (*Native American Church*), de receberem benefício por desemprego. Naquele caso, os indivíduos foram demitidos porque fizeram uso de substância proibida (*peyote*) por lei do Estado, em cerimônia religiosa. O Tribunal local considerou que a negativa do pagamento do benefício feria o direito ao livre exercício de religião. A Suprema Corte, por sua vez, entendeu que o livre exercício da religião não tinha a abrangência pretendida. Afirmou que as decisões da Corte nunca reconheceram o direito de alguém, sob a escusa do livre exercício de religião, de não se submeter a comandos legais válidos emitidos pelos Estados que proibam determinada conduta. Ao reverso, as decisões são exatamente em sentido oposto ao sustentado.

Diante dessas aparentes contradições da Corte, e em resposta direta à decisão proferida no caso *Smith*, o Congresso Americano aprovou a Lei de Restauração de Liberdade Religiosa ou LRLR (*Religious Freedom Restoration Act – RFRA*), no ano de 1993^{22,23}, em que foram estabelecidos parâmetros para se analisar se determinado ato é compatível ou não com o livre exercício de religião da pessoa e se este ato viola aquele direito.

²² Redação original da RFRA de 1993:

SECTION 1. SHORT TITLE.

This Act may be cited as the ‘Religious Freedom Restoration Act of 1993’.

SEC. 2. CONGRESSIONAL FINDINGS AND DECLARATION OF PURPOSES.

(a) FINDINGS- The Congress finds that--

- (1) the framers of the Constitution, recognizing free exercise of religion as an unalienable right, secured its protection in the First Amendment to the Constitution;
- (2) laws ‘neutral’ toward religion may burden religious exercise as surely as laws intended to interfere with religious exercise;
- (3) governments should not substantially burden religious exercise without compelling justification;
- (4) in *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) the Supreme Court virtually eliminated the requirement that the government justify burdens on religious exercise imposed by laws neutral toward religion; and
- (5) the compelling interest test as set forth in prior Federal court rulings is a workable test for striking sensible balances between religious liberty and competing prior governmental interests.

(b) PURPOSES- The purposes of this Act are--

- (1) to restore the compelling interest test as set forth in *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963) and *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) and to guarantee its application in all cases where free exercise of religion is substantially burdened; and
- (2) to provide a claim or defense to persons whose religious exercise is substantially burdened by government.

SEC. 3. FREE EXERCISE OF RELIGION PROTECTED.

(a) IN GENERAL- Government shall not substantially burden a person’s exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability, except as provided in subsection (b).

(b) EXCEPTION- Government may substantially burden a person’s exercise of religion only if it demonstrates that application of the burden to the person--

- (1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and

O LRLR de 1993 proíbe o Governo Federal de violar substancialmente o exercício de religião de alguém mesmo se esta violação resultar de uma regra de aplicação geral, salvo se o Estado demonstrar que a violação (1) atende a um interesse público imperativo e se (2) é o meio menos restritivo para se atingir aquele interesse público.

(2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest.

(c) JUDICIAL RELIEF- A person whose religious exercise has been burdened in violation of this section may assert that violation as a claim or defense in a judicial proceeding and obtain appropriate relief against a government. Standing to assert a claim or defense under this section shall be governed by the general rules of standing under article III of the Constitution.

SEC. 4. ATTORNEYS FEES.

(a) JUDICIAL PROCEEDINGS- Section 722 of the Revised Statutes (42 U.S.C. 1988) is amended by inserting ‘the Religious Freedom Restoration Act of 1993,’ before ‘or title VI of the Civil Rights Act of 1964’.

(b) ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS- Section 504(b)(1)(C) of title 5, United States Code, is amended--

(1) by striking ‘and’ at the end of clause (ii);

(2) by striking the semicolon at the end of clause (iii) and inserting ‘, and’; and

(3) by inserting ‘(iv) the Religious Freedom Restoration Act of 1993;’ after clause (iii).

SEC. 5. DEFINITIONS.

As used in this Act--

(1) the term ‘government’ includes a branch, department, agency, instrumentality, and official (or other person acting under color of law) of the United States, a State, or a subdivision of a State;

(2) the term ‘State’ includes the District of Columbia, the Commonwealth of Puerto Rico, and each territory and possession of the United States;

(3) the term ‘demonstrates’ means meets the burdens of going forward with the evidence and of persuasion; and

(4) the term ‘exercise of religion’ means the exercise of religion under the First Amendment to the Constitution.

SEC. 6. APPLICABILITY.

(a) IN GENERAL- This Act applies to all Federal and State law, and the implementation of that law, whether statutory or otherwise, and whether adopted before or after the enactment of this Act.

(b) RULE OF CONSTRUCTION- Federal statutory law adopted after the date of the enactment of this Act is subject to this Act unless such law explicitly excludes such application by reference to this Act.

(c) RELIGIOUS BELIEF UNAFFECTED- Nothing in this Act shall be construed to authorize any government to burden any religious belief.

SEC. 7. ESTABLISHMENT CLAUSE UNAFFECTED.

Nothing in this Act shall be construed to affect, interpret, or in any way address that portion of the First Amendment prohibiting laws respecting the establishment of religion (referred to in this section as the ‘Establishment Clause’). Granting government funding, benefits, or exemptions, to the extent permissible under the Establishment Clause, shall not constitute a violation of this Act. As used in this section, the term ‘granting’, used with respect to government funding, benefits, or exemptions, does not include the denial of government funding, benefits, or exemptions.

²³ (1) [T]he framers of the Constitution, recognizing free exercise of religion as an unalienable right, secured its protection in the First Amendment to the Constitution; “(2) laws ‘neutral’ toward religion may burden religious exercise as surely as laws intended to interfere with religious exercise; “(3) governments should not substantially burden religious exercise without compelling justification; “(4) in *Employment Division v. Smith*, 494 U. S. 872 (1990), the Supreme Court virtually eliminated the requirement that the government justify burdens on religious exercise imposed by laws neutral toward religion; and “(5) the compelling interest test as set forth in prior Federal court rulings is a workable test for striking sensible balances between religious liberty and competing prior governmental interests.” 42 U. S. C. § 2000bb(a).

Havia, ainda, a previsão de aplicabilidade a todos os órgãos públicos, inclusive estaduais e municipais, o que foi considerado inconstitucional, porque no sistema jurídico americano os Estados têm ampla autonomia e competência legislativa, de modo que normas federais, que modifiquem a essência dos conceitos de direitos, não são aplicáveis aos estados, em cujo conjunto normativo deve existir norma parelha. Nesse sentido, ilustrativa a decisão tomada pela Suprema Corte Americana no caso *City of Borne v. Flores* (521 US 507, 117 Ct. 2157, 138, L. Ed. 2d 624 – 1997):

[...] O poder do Congresso previsto no § 5º, no entanto, limita-se apenas em fazer valer as provisões da Décima-Quarta Emenda. A Corte tem descrito esse poder como “paliativo” [...]. O desenho da Emenda e do texto do § 5º são inconsistentes com a sugestão que o Congresso tem o poder de dizer aos Estados qual a substância das restrições da Décima-Quarta Emenda. A legislação que altera o significado da Cláusula do Livre Exercício não pode ser dita como norma que esteja apenas impondo a Cláusula. O Congresso não impõe um direito constitucional mudando o significado do direito. Foi-lhe dado o poder de impor não o poder de determinar o que constitui a violação constitucional. [...] Nós agora temos que considerar se a LRLR pode ser considerada como legislação que deve ser respeitada sob a ótica do § 5º da Décima-Quarta Emenda. [...] O Ato, como dito, é um modo razoável de proteger o livre exercício da religião como definido em *Smith*. Ele evita e corrige leis que foram promulgadas com o objetivo inconstitucional de atacar crenças e práticas religiosas. [...] Para evitar a dificuldade de se provar tais violações, como dito, o Congresso pode simplesmente invalidar qualquer lei que imponha uma substancial violação de prática religiosa, salvo se isso for justificado por interesse cogente e for o meio menos restritivo para se obter aquele resultado. Se o Congresso pode proibir leis com efeitos discriminatórios com o objetivo de evitar discriminações raciais em violação à cláusula de igual proteção, [...], então ele pode fazer o mesmo, sustentam os recorrentes, para promover a liberdade de religião. Enquanto as

regras preventivas são, às vezes, medidas paliativas apropriadas, há que se ter congruência entre os meios usados e os fins a serem alcançados. [...] A LRLR não pode ser considerada legislação preventiva, paliativa, se aqueles termos devam ter algum significado. [...] A LRLR foi desenhada para controlar casos e controvérsias, como a que está diante de nós; mas como as provisões do estatuto federal aqui invocado vão além da autoridade do Congresso, são os precedentes da Corte, e não a LRLR, que devem prevalecer. É função do Congresso em primeiro plano “determinar se e qual legislação é necessária para assegurar as garantias da Décima-Quarta Emenda”, e suas conclusões são respeitadas. *Katzenbach v. Morgan*, 384 US, na 651 (linha). A discricionariedade do Congresso não é ilimitada, no entanto, e as Cortes têm o poder, como elas têm tido desde *Marbury v. Madison*, para determinar se o Congresso excedeu sua autoridade constitucional. [...] A LRLR contradiz princípios vitais necessários para manter a separação dos poderes e o equilíbrio federal. A decisão da Corte de Apelação sustentando a constitucionalidade do Ato é revertida.²⁴

²⁴ [...] Congress’ power under § 5, however, extends only to “enforc[ing]” the provisions of the Fourteenth Amendment. The Court has described this power as “remedial” [...]. The design of the Amendment and the text of § 5 are inconsistent with the suggestion that Congress has the power to decree the substance of the Fourteenth Amendment’s restrictions on the States. Legislation which alters the meaning of the Free Exercise Clause cannot be said to be enforcing the Clause. Congress does not enforce a constitutional right by changing what the right is. It has been given the power “to enforce,” not the power to determine what constitutes a constitutional violation. [...] We now turn to consider whether RFRA can be considered enforcement legislation under § 5 of the Fourteenth Amendment. [...] The Act, it is said, is a reasonable means of protecting the free exercise of religion as defined by *Smith*. It prevents and remedies laws which are enacted with the unconstitutional object of targeting religious beliefs and practices. [...] To avoid the difficulty of proving such violations, it is said, Congress can simply invalidate any law which imposes a substantial burden on a religious practice unless it is justified by a compelling interest and is the least restrictive means of accomplishing that interest. If Congress can prohibit laws with discriminatory effects in order to prevent racial discrimination in violation of the Equal Protection Clause, [...], then it can do the same, respondent argues, to promote religious liberty. While preventive rules are sometimes appropriate remedial measures, there must be a congruence between the means used and the ends to be achieved. [...]. RFRA cannot be considered remedial, preventive legislation, if those terms are to have any meaning. [...]. RFRA was designed to control cases and controversies, such as the one before us; but as the provisions of the federal statute here invoked are beyond congressional authority,

Diante desse entendimento, no sentido que a LRLR Federal não tinha aplicabilidade aos Estados, resolvia-se apenas o problema federal, com o estabelecimento de critérios objetivos a serem demonstrados pelo Estado para se tornar lícita a violação do direito individual, todavia, não os estaduais, situação que fez com que vários deles (estados) promulgassem leis semelhantes, entre os quais o Estado de Indiana, sem, no entanto, contar com o sucesso da lei federal.

5. A Polêmica da Lei “LRLR” de Indiana. A Lei LRLR, em sua versão original, em confronto com as emendas I e XIV da Constituição Americana

Março de 2015, os Estados Unidos foram tomados por uma onda de protestos contra uma lei promulgada pelo Governador do Estado de Indiana, Mike Pence, (“Senate Bill 101” ou “Religious Freedom Restoration Act - RFRA”), que, na visão de muitos, representava um retrocesso na luta pela igualdade social, criando uma odiosa política discriminatória em relação à comunidade LGBT²⁵, sob o pretenso fundamento de se garantir o livre exercício religioso.

Os protestos tomaram proporção tamanha e diversas empresas, demonstrando insatisfação com a lei, resolveram não mais operar no Estado e/ou cortar investimentos locais. Entidades esportivas ameaçaram não mais promover eventos no Estado de Indiana, e até mesmo artistas manifestaram-se no sentido de não mais se apresentarem naquele Estado. Na outra vertente, os defensores da lei ameaçavam, igualmente, cancelar eventos caso alguma modificação fosse feita no sentido de se restringir o direito de religião ou não o proteger da forma como posta.

it is this Court's precedent, not RFRA, which must control. It is for Congress in the first instance to “determin[e] whether and what legislation is needed to secure the guarantees of the Fourteenth Amendment,” and its conclusions are entitled to much deference. *Katzenbach v. Morgan*, 384 U. S., at 651. Congress' discretion is not unlimited, however, and the courts retain the power, as they have since *Marbury v. Madison*, to determine if Congress has exceeded its authority under the Constitution. [...]. RFRA contradicts vital principles necessary to maintain separation of powers and the federal balance. The judgment of the Court of Appeals sustaining the Act's constitutionality is reversed.”

²⁵ Lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros.

Isso ocorreu porque, de acordo com a primitiva redação da polêmica norma²⁶, qualquer pessoa, física ou jurídica, com ou sem finalidade lucrativa, não poderia ter sua liberdade religiosa violada pelo poder público estadual, ainda que a pretexto de se aplicar uma norma de caráter geral, exceto se se demonstrasse que esta violação era imperativa ao interesse público e não existissem outros meios para se atingir e garantir o interesse público.

²⁶ SENATE ENROLLED ACT No. 101

AN ACT to amend the Indiana Code concerning civil procedure.

Be it enacted by the General Assembly of the State of Indiana:

SECTION 1.IC34-13-9 IS ADDED TO THE INDIANA CODE AS A NEW CHAPTER TO READ AS FOLLOWS [EFFECTIVE JULY 1, 2015]:

Chapter 9. Religious Freedom Restoration

Sec. 1. This chapter applies to all governmental entity statutes, ordinances, resolutions, executive or administrative orders, regulations, customs, and usages, including the implementation or application thereof, regardless of whether they were enacted, adopted, or initiated before, on, or after July 1, 2015.

Sec. 2. A governmental entity statute, ordinance, resolution, executive or administrative order, regulation, custom, or usage may not be construed to be exempt from the application of this chapter unless a state statute expressly exempts the statute, ordinance, resolution, executive or administrative order, regulation, custom, or usage from the application of this chapter by citation to this chapter.

Sec. 3. (a) The following definitions apply throughout this section: (1) "Establishment Clause" refers to the part of the First Amendment of the Constitution of the United States or the Constitution of the State of Indiana prohibiting laws respecting the establishment of religion. (2) "Granting", used with respect to government funding, benefits, or exemptions, does not include the denial of government funding, benefits, or exemptions. (b) This chapter may not be construed to affect, interpret, or in any way address the Establishment Clause. (c) Granting government funding, benefits, or exemptions, to the extent permissible under the Establishment Clause, does not constitute a violation of this chapter.

Sec. 4. As used in this chapter, "demonstrates" means meets the burdens of going forward with the evidence and of persuasion.

Sec. 5. As used in this chapter, "exercise of religion" includes any exercise of religion, whether or not compelled by, or central to, a system of religious belief.

Sec. 6. As used in this chapter, "governmental entity" includes the whole or any part of a branch, department, agency, instrumentality, official, or other individual or entity acting under color of law of any of the following: (1) State government. (2) A political subdivision (as defined in IC 36-1-2-13). (3) An instrumentality of a governmental entity described in subdivision (1) or (2), including a state educational institution, a body politic, a body corporate and politic, or any other similar entity established by law.

Sec. 7. As used in this chapter, "person" includes the following: (1) An individual. (2) An organization, a religious society, a church, a body of communicants, or a group organized and operated primarily for religious purposes. (3) A partnership, a limited liability company, a corporation, a company, a firm, a society, a joint-stock company, an unincorporated association, or another entity that: (A) may sue and be sued; and (B) exercises practices that are compelled or limited by a system of religious belief held by: (i) an individual; or (ii) the individuals; who have control and substantial ownership of the entity, regardless of whether the entity is organized and operated for profit or nonprofit purposes.

Sec. 8. (a) Except as provided in subsection (b), a governmental entity may not substantially burden a person's exercise of religion, even if the burden results from a rule of general applicability. (b)

É bem verdade que a Lei do Estado de Indiana nada mais fez que tentar reproduzir, em linhas gerais²⁷, a LRLR federal, que, na mesma toada, garante o exercício irrestrito do direito de religião às pessoas, autorizando sua restrição nos casos de interesse público relevante e desde que não existam outros meios de se atingir este interesse público senão com a violação do direito da pessoa.

Ocorre que, diante da autonomia estadual, e a ausência de normas, no Estado de Indiana, que assegurassem os direitos civis aos homossexuais, assim como diante da inexistência dessa proteção sob a Décima-Quinta Emenda²⁸ e a possibilidade de particulares estarem albergados na proteção da nova lei, ao passo que a legislação federal não abrangeria relações privadas, a lei foi alvo de fortes críticas, haja vista que protegeria práticas discriminatórias – não incluídas práticas criminosas, por óbvio – contra aqueles e a comunidade LGBT em geral.

A governmental entity may substantially burden a person's exercise of religion only if the governmental entity demonstrates that application of the burden to the person: (1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest.

Sec. 9. A person whose exercise of religion has been substantially burdened, or is likely to be substantially burdened, by a violation of this chapter may assert the violation or impending violation as a claim or defense in a judicial or administrative proceeding, regardless of whether the state or any other governmental entity is a party to the proceeding. If the relevant governmental entity is not a party to the proceeding, the governmental entity has an unconditional right to intervene in order to respond to the person's invocation of this chapter.

Sec. 10. (a) If a court or other tribunal in which a violation of this chapter is asserted in conformity with section 9 of this chapter determines that: (1) the person's exercise of religion has been substantially burdened, or is likely to be substantially burdened; and (2) the governmental entity imposing the burden has not demonstrated that application of the burden to the person: (A) is in furtherance of a compelling governmental interest; and (B) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest; the court or other tribunal shall allow a defense against any party and shall grant appropriate relief against the governmental entity. (b) Relief against the governmental entity may include any of the following: (1) Declaratory relief or an injunction or mandate that prevents, restrains, corrects, or abates the violation of this chapter. (2) Compensatory damages. (c) In the appropriate case, the court or other tribunal also may award all or part of the costs of litigation, including reasonable attorney's fees, to a person that prevails against the governmental entity under this chapter.

Sec. 11. This chapter is not intended to, and shall not be construed or interpreted to, create a claim or private cause of action against any private employer by any applicant, employee, or former employee.

²⁷ Acerca desse tema, que será enfrentado mais adiante, há certa controvérsia porque aqueles que defendem a norma entendem-nas semelhantes e os que a impugnam entendem-nas diferentes, inclusive nos preceitos.

²⁸ Amendment XV (1870) Section 1. The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude.

É que diante dos parâmetros impostos na norma de Indiana, do conjunto normativo daquele Estado e das decisões proferidas pela Corte Suprema no sentido de se proteger o livre exercício da religião, comerciantes poderiam, por exemplo, invocar a lei para recusar a prestação de serviços a homossexuais, alegando que os preceitos de sua religião não aceitavam relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, de sorte que, caso fossem compelidos a tanto (prestação de serviços), teriam violado o direito constitucionalmente garantido de livre exercício de sua fé.

Para melhor compreensão do entendimento da Suprema Corte acerca da importância de se garantir o direito de religião e a liberdade de seu exercício, emblemático é o caso *Burwell vs. Hobby Lobby Stores, Inc.* (134 S.Ct. 2751 – 2014).

Os proprietários das empresas *Conestoga Wood Specialties e Hobby Lobby*, seguidores de doutrinas religiosas que repudiavam a utilização de métodos contraceptivos e abortivos, porque entendiam que a vida se inicia com a concepção, impugnavam o cumprimento e as sanções impostas pelo não cumprimento de uma norma da Secretaria de Saúde Federal, que determinava que as empresas disponibilizassem aos funcionários plano de saúde que cobrissem métodos contraceptivos. Duas questões foram levantadas: (a) se a LRLR Federal poderia ser aplicada ao caso, haja vista tratar-se de empresas com intuito lucrativo; (b) se as consequências pelo não cumprimento da norma implicavam na violação do direito de religião. E a Corte Suprema respondeu de forma positiva para ambas as questões. Primeiro, entendeu que embora a LRLR Federal não previsse sua aplicação a empresas com intuito lucrativo, ao mesmo tempo ela não as excluía, não existindo motivos justificáveis para se fazer distinção entre elas e as empresas sem fins lucrativos. Ademais, a forma como estruturadas as reclamantes, *Hobby Lobby e Conestoga*, empresas de organização familiar em cujos estatutos estava estabelecido que os preceitos religiosos de seus proprietários seriam observados no desenvolvimento das atividades, justificava a aplicação da lei. Em segundo lugar, entendeu-se que embora a norma, cujo cumprimento era contestado, tinha aplicação geral, o Estado não conseguiu demonstrar que não existiam meios menos gravosos para garantir o direito dos funcionários ao acesso a métodos contraceptivos. Ao reverso, entendeu a Corte que o Estado possui meios menos restritivos para garantir o direito, tal qual aquele aplicado às empresas sem fins lucrativos e a entidades religiosas. Entendeu, ainda, que a aplicação de sanções pecuniárias às empresas, no montante em que determinado,

representava evidente impedimento ao exercício do direito delas, porquanto ou bem cumpriam a norma e desrespeitavam os preceitos da religião que seguiam, ou bem descumpriam a norma e submetiam-se à multa, em vultosa quantia, ou bem deixavam de ofertar planos de saúde a seus funcionários e submetiam-se a sanções pecuniárias, as quais eram bastante inferiores que aquelas outras, prejudicando o direito dos funcionários. Diante disso, a Suprema Corte afastou a aplicabilidade da norma às reclamantes.

Mesmo na decisão proferida em 26 de junho de 2015, no caso *Obergefell v. Hodges*, em que a Suprema Corte reconheceu o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, a imperatividade da proteção ao direito de religião ficou evidente, porque foi ressalvado o direito de pessoas não concordarem com isso por motivos de religião, direito igualmente protegido pela Primeira Emenda.

Finalmente, deve ser enfatizado que as religiões, e aqueles que seguem as doutrinas religiosas, podem continuar defendendo com a força, a convicção sincera que, pelos preceitos divinos, o casamento do mesmo sexo não deveria ser aceito. A Primeira Emenda garante que as organizações religiosas e as pessoas têm a devida proteção quando eles buscam ensinar os princípios que são tão importantes e centrais para a vida deles e suas fés, e as profundas aspirações de continuar a estrutura familiar que eles têm reverenciado há anos. O mesmo é verdade àqueles que se opõem ao casamento entre pessoas do mesmo sexo por outras razões. De outro lado, aqueles que acreditam que permitir o casamento de pessoas do mesmo sexo é certo ou realmente essencial, seja em razão de convicção religiosa ou crença secular, podem chamar a atenção daqueles que discordam de seu ponto de vista por meio de um debate franco e aberto. A Constituição, no entanto, não permite que o Estado proíba casais do mesmo sexo de casar nos mesmos termos em que postos aos casais de sexos opostos.²⁹

²⁹ Finally, it must be emphasized that religions, and those who adhere to religious doctrines, may continue to advocate with utmost, sincere conviction that, by divine precepts, same-sex marriage should not be condoned. The First Amendment ensures that religious organizations and persons are given proper protection as they seek to teach the principles that are so fulfilling and so central to

Retomando a discussão sobre a lei de Indiana, é certo que o debate foi bastante acalorado com pressões de ambas as partes, como visto, inclusive no meio acadêmico, em que renomados professores se manifestaram, aberta e publicamente, contrários ou favoráveis à lei.

Os apoiadores da norma afirmavam que (i) a Lei de Indiana, como outras leis estaduais e federal de mesma natureza³⁰, era uma clara resposta à decisão da Suprema Corte no caso *Employment Division v. Smith*, supramencionado, que afastou a liberdade de religião em face de lei de aplicabilidade geral e afastou a necessidade de se demonstrar um bom motivo para violar aquele direito; (ii) a norma nada mais é que uma reprodução da legislação federal de 1993, já mencionada acima; (iii) a Constituição do Estado de Indiana³¹ protege a liberdade religiosa de modo considerável, porém, incerto, tanto que a Suprema Corte do Estado tem adotado uma interpretação da norma que não gera uma proteção adequada àquele direito; (iv) a lei por certo não suplanta ou substituirá a Constituição Estadual, mas trará maior clareza à liberdade de religião e uma proteção mais segura, com a aplicação do teste interesse relevante, afastado no caso *Smith*; (v) ao reverso do que os críticos sustentam, a norma não criará uma “licença para a discriminação”, porque a proteção contra discriminação é geralmente um interesse relevante e poucos casos que pretendem a isenção da lei antidiscriminação têm tido sucesso na Corte Estadual e na Federal; (vi) a maior parte dos casos analisado sob a ótica da LRLR não diz respeito à disputa entre particulares e/ou enfrentamento do direito de religião e práticas discriminatórias, eles envolvem disputas entre particulares e o poder público; (vii) a lei protege a todas as fés e seus seguidores, sendo especialmente importante para as minorias religiosas; (viii) as leis estaduais não têm sido aplicadas em muitas ações judiciais, elas encorajam as partes a buscar uma solução amigável.³²

their lives and faiths, and to their own deep aspirations to continue the family structure they have long revered. The same is true of those who oppose same-sex marriage for other reasons. In turn, those who believe allowing same-sex marriage is proper or indeed essential, whether as a matter of religious conviction or secular belief, may engage those who disagree with their view in an open and searching debate. The Constitution, however, does not permit the State to bar same-sex couples from marriage on the same terms as accorded to couples of the opposite sex.

³⁰ A Lei Federal é de 1993, redação na nota 20 supra, e até fevereiro de 2015 havia 19 Estados com leis semelhantes.

³¹ O texto completo da Constituição do Estado de Indiana pode ser acessado no endereço eletrônico <https://iga.in.gov/legislative/laws/const/>.

³² Carta subscrita pelos professores Daniel O. Conkle, Indiana University Maurer School of Law; Douglas Laycock, University of Virginia School of Law; Edward McGlynn Gaffney, Valparaiso University School of Law; Richard W. Garnett, Notre Dame University Law School; Thomas C. Berg, University of St.

Em contraponto, os opositores à lei sustentavam que (i) a norma destruirá a bem estruturada harmonia existente no sistema legal de Indiana entre esse importante direito (de religião) e outros direitos também assegurados pela Constituição e legislação daquele Estado, dando um *status* especial àquele; (ii) embora o direito de religião tenha grande destaque e proteção na Constituição de Indiana e seja considerado direito fundamental, como outros, ele não é um direito absoluto e o grande desafio é encontrar o equilíbrio entre os direitos; (iii) a proteção à liberdade de religião não prevalece se, a pretexto de protegê-la, houver violação de direito de terceiro, como se reconheceu no caso *Hobby Lobby*; (iv) os Tribunais de Indiana têm dado à proteção constitucional ao direito de religião uma interpretação cuidadosa e tênue, jamais incerta; (v) não há efetiva correspondência gramatical entre a Lei de Indiana e a Lei Federal de 1993, seja porque se amplia o rol de pessoas que estão sob a proteção da lei local, criando um espectro mais abrangente de entidades protegidas, seja porque se dificulta ao Poder Público legitimar a violação do direito mediante aplicação de lei outras incidentes no caso; (vi) ao reverso do que os apoiadores da lei sustentam, criar-se-á confusão, conflito e uma onda de ações judiciais que ameaçarão o entendimento do que é o direito de religião em Indiana; (vii) o Estado não conseguirá impor outros interesses relevantes sobre o direito de religião.³³

Thomas (Minnesota) School of Law; Carl H. Esbeck, University of Missouri School of Law; Marie A. Failingler, Hamline University School of Law; Robert P. George, Princeton University and Harvard University Law School; Mary Ann Glendon, Harvard University Law School; Christopher C. Lund, Wayne State University Law School; Michael W. McConnell, Stanford University Law School; Michael J. Perry, Emory University School of Law; Frank S. Ravitch, Michigan State University College of Law; Mark S. Scarberry, Pepperdine University School of Law; Gregory C. Sisk, University of St. Thomas (Minnesota) School of Law e Robin Fretwell Wilson, University of Illinois College of Law. A íntegra do documento pode ser encontrada no endereço eletrônico <http://www.indianahouserеспублиans.com/clientuploads/PDF/RFRA/RFRA.pdf>.

³³ Carta subscrita pelos professores Katherine Franke, Columbia University; Kara Loewentheil, Columbia Law School; Jennifer Drobac, Indiana University Robert H. McKinney School of Law; Rob Katz, Indiana University Robert H. McKinney School of Law; Fran Quigley, Indiana University Robert H. McKinney School of Law; Florence Wagman Roisman, Indiana University Robert H. McKinney School of Law; Lea Shaver, Indiana University Robert H. McKinney School of Law; Deborah Widiss, Indiana University Maurer School of Law; Susan H. Williams, Indiana University Maurer School of Law; Carwina Weng, Indiana University Maurer School of Law; Jeannine Bell, Indiana University Maurer School of Law; Aviva Orenstein, Indiana University Maurer School of Law; Shawn Marie Boyne, Indiana University Robert H. McKinney School of Law; Jeffrey O. Cooper, Indiana University Robert H. McKinney School of Law; Ira C. Lupu, Indiana University Robert H. McKinney School of Law; Nelson Tebbe, Brooklyn Law School; Robert W. Tuttle, George Washington University; Ariela Gross, University of Southern California Gould School of Law; Naomi Mezey, Georgetown Law; Caroline Mala Corbin, University of Miami School of Law; Richard C. Schragger, University of Virginia School of Law; Micah

Diante da polêmica instalada, em abril de 2015³⁴, foi promulgada uma emenda para esclarecer a abrangência da norma e excluir de seu manto a recusa na prestação de serviços ou qualquer tipo de discriminação a pessoas baseada na opção sexual delas, o que, em princípio, bastaria para solucionar a questão.

Todavia, não foi isso que ocorreu e a polêmica continuou, mormente porque o Estado de Indiana, que tem uma forte base conservadora, não garante, em sua legislação, reitero, direitos civis aos homossexuais e à comunidade LGBT em geral.

A polêmica remanesce aberta, mormente porque as implicações e aplicações da lei não foram levadas ao conhecimento do Judiciário daquele Estado e daquele país.

6. A Lei LRLR no Sistema Legal Brasileiro: seria constitucional?

No sistema jurídico pátrio a polêmica travada com a LRLR não teria grande repercussão, afinal, o exercício da liberdade religiosa, assim

J. Schwartzman, University of Virginia School of Law; Steven K. Greene, Willamarte University; Nomi Stolzenberg, University of Southern California Gould School of Law; Sarah Barringer Gordon, University of Pennsylvania; Frederick Mark Gedicks, Brigham Young University Law School; Claudia E. Haupt, Columbia Law School; Marci A. Hamilton, Yeshiva University; Laura S. Underkuffler, Cornell Law School; Carlos A. Ball, Rutgers University School of Law. A íntegra do documento pode ser encontrada no endereço eletrônico https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/law_professors_letter_on_indiana_rfra.pdf.

³⁴SECTION 1. IC 34-13-9-0.7 IS ADDED TO THE INDIANA CODE AS A NEW SECTION TO READ AS FOLLOWS [EFFECTIVE JULY 1, 2015]:

Sec. 0.7. This chapter does not: (1) authorize a provider to refuse to offer or provide services, facilities, use of public accommodations, goods, employment, or housing to any member or members of the general public on the basis of race, color, religion, ancestry, age, national origin, disability, sex, sexual orientation, gender identity, or United States military service; (2) establish a defense to a civil action or criminal prosecution for refusal by a provider to offer or provide services, facilities, use of public accommodations, goods, employment, or housing to any member or members of the general public on the basis of race, color, religion, ancestry, age, national origin, disability, sex, sexual orientation, gender identity, or United States military service; or (3) negate any rights available under the Constitution of the State of Indiana.

SECTION 2. IC 34-13-9-7.5 IS ADDED TO THE INDIANA CODE AS A NEW SECTION TO READ AS FOLLOWS [EFFECTIVE JULY SEA 50 – CC 1 21, 2015]:

Sec. 7.5. As used in this chapter, “provider” means one (1) or more individuals, partnerships, associations, organizations, limited liability companies, corporations, and other organized groups of persons. The term does not include: (1) A church or other nonprofit religious organization or society, including an affiliated school, that is exempt from federal income taxation under 26 U.S.C. 501 (a), as amended (excluding any activity that generates unrelated business taxable income (as defined in 26 U.S.C. 512, as amended)). (2) A rabbi, priest, preacher, minister, pastor, or designee of a church or other nonprofit religious organization or society when the individual is engaged in a religious or affiliated educational function of the church or other nonprofit religious organization or society.

como qualquer outro direito ou garantia fundamental, não é absoluto, encontrando limitações nos demais direitos/garantias constitucionalmente previstos, bem assim nas previsões legais, cujo cumprimento não pode ser escusado.

Sobre o tema, Alexandre de Moraes:³⁵

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um **verdadeiro escudo protetivo** da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (**Princípios da relatividade ou conveniência das liberdades públicas**). Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do **princípio da concordância prática ou da harmonização**, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (**contradição dos princípios**), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Para exemplificar a questão, da cedência de direitos fundamentais quando em conflito, trago à colação o v. acórdão proferido nos autos da Apelação nº 0015879-15.2011.8.26.0644, relatado pela Desembargadora Claudia Grieco Tabosa Pessoa, sem o destaque no original:

³⁵ *Direito constitucional*. 22. ed. Jurídico Atlas, 2007. p. 27-28.

Apelação. Ação civil julgada procedente, impondo à genitora o dever de ministrar à filha medicamentos prescritos por médico, sob pena de multa. Apelante que alega convicção religiosa e escusa de consciência. Direitos inaplicáveis em relação à criança, porque pessoa incapaz – Medicamentos capazes de trazer conforto e diminuição dos sintomas da doença. Ausência de elementos capazes de afastar a indicação médica, de modo técnico – Princípio da proporcionalidade – Entre o direito à crença religiosa da genitora e o direito da criança de acesso à saúde, prevalece a garantia do último – Fé professada pelos pais não deve por em risco a integridade física e psíquica do filho incapaz, que não é apto a decidir por si. Vida que é o bem maior tutelado pela Constituição – Prioridade absoluta no tratamento de doenças às crianças e adolescentes (artigos 227 da CF e 4º do ECA) – Afronta ao princípio da dignidade humana e desrespeito à saúde física e moral da infante que não podem ser admitidas. Recurso ao qual se nega provimento.

[...]

Não se nega que as liberdades de consciência e de culto religioso sejam garantias fundamentais elencadas em nossa Carta Magna. Entretanto, o que se coloca em jogo, no caso, não é a garantia de um direito individual puro e simples, mas a garantia do direito do incapaz, com natureza personalíssima e, portanto, irrenunciável.

É dos autos que a criança é autista e, por isso, lhe foram prescritos por médico especialista medicamentos capazes de lhe trazer conforto e diminuição dos sintomas da doença. Ora. Não nos cabe, assim, seja qual for o pretexto, discutir a viabilidade do uso dos remédios, ainda mais se não trazidos quaisquer elementos capazes de afastar a indicação, de modo técnico.

Os artigos 7º ao 14º do Estatuto da Criança e do Adolescente contemplam os direitos fundamentais da pessoa em desenvolvimento, no que pertine à vida e à saúde, sendo certo que tais premissas não podem ser ignoradas, por aqueles que detêm a responsabilidade de guarda.

Tais direitos são superiores aos da liberdade de crença ou da escusa de consciência, sob pena de perda do bem maior garantido pela Constituição, que é a vida.

Assim vem decidindo nosso E. Tribunal:

[...]

“[...] em que pesem as convicções religiosas da apelante que, frise-se, lhe são asseguradas constitucionalmente, a verdade é que o que deve prevalecer, acima de qualquer credo, religião, é o bem maior tutelado pela Constituição Federal, a vida. Ora, sendo o direito à vida o principal direito individual, o bem jurídico de maior relevância tutelado pela ordem constitucional, à evidência que os demais direitos individuais dependem de sua existência. De que valeria a Constituição Federal tutelar direitos como a liberdade, igualdade, integridade moral, entre outros, sem que fosse assegurado o direito à vida?” (Apelação Cível nº 123.430-4/4-00, Rel. Flávio Pinheiro, j. 07/05/2002, v.u.).

“Testemunhas de Jeová. Necessidade de transfusão de sangue, sob pena de risco de morte, segundo conclusão do médico que atende o paciente. Recusa dos familiares com apoio na liberdade de crença. Direito à vida que se sobrepõe aos demais direitos. Sentença autorizando a terapêutica recusada. Recurso desprovido.” (Apelação Cível n. 132.720.4/9, Rel. Boris Kalffmann, j. 26/06/2003, v.u.);

“Ação cautelar inominada. Hospital que solicita autorização judicial para realizar transfusão de sangue em paciente que se encontra na UTI, com risco de morte, e que se recusa a autorizá-la por motivos religiosos. Liminar bem concedida porque a Constituição Federal preserva, antes de tudo, como bem primeiro, inviolável e preponderante, a vida dos cidadãos. Jurisprudência deste TJSP. Recurso improvido.” (Agravo de Instrumento nº 307.6934/4, Rel. Maia da Cunha, j. 22/10/2003, v.u.).

Nesse passo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, entre o direito à crença religiosa da genitora da criança e o direito desta de acesso à

saúde, prevalece a garantia do último. Mormente quando a fé professada pelos pais põe em risco a integridade física e psíquica do filho incapaz, que não é apto a decidir por si.

Como já dito, a vida é o bem maior tutelado pela Constituição. Os medicamentos e insumos se prestam a garantir a saúde das pessoas. Bem por isso, manifestou-se o C. Supremo Tribunal Federal, dizendo que “o direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas representa consequência constitucional indissociável à vida” (AgRE 273834-4/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 31/10/2000).

E a matéria aqui tratada deve ser conhecida sob o prisma do direito fundamental à saúde.

O artigo 227 da Constituição Federal concede às crianças e adolescentes prioridade absoluta no tratamento de doenças, estabelecendo que:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade...”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também possui disposição idêntica à do texto constitucional no artigo 4o, dispondo acerca da prioridade absoluta da criança e do adolescente na “efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação”, entre outros.

A responsabilidade da apelante exsurge clara, no sentido de promover o necessário para a manutenção da saúde e bem-estar da filha, atendendo-se aos comandos do artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Vê-se que a negativa imposta pela apelante é injusta e carente de amparo legal. Expõe a doutrina: “Invariavelmente os pais discordam da transfusão, mas suas vontades não têm amparo legal. A criança não é propriedade dos pais. Ao contrário, o menor é pessoa de direito, integrante da humanidade e com interesses distintos, cuja vida, na sua inteireza e com saúde, deve ser preservada pelo Estado. Os pais (biológicos ou adotivos, dentro ou fora da

instituição social da família, com ou sem religião) apenas exercem o pátrio poder que o Estado de Direito lhes outorga, para os efeitos de bem educar, formar e transformar a criança em cidadão prestante (útil à sociedade como um todo). Por essa razão, se os pais não cumprirem esses deveres, deles poderá ser retirado o Pátrio Poder, pela iniciativa de qualquer interessado e sob fiscalização do Ministério Público, com assento no art. 229 da CF/88, art. 1365, V do Código Civil, e dispositivos aplicáveis do Estatuto da Criança e do Adolescente.” (SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica civil, criminal e ética: legislação positiva aplicável. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 75).

Nesse passo, tem-se que a prescrição médica para a criança, acometida de autismo, não pode ser descontinuada por motivos religiosos, sob pena de afronta ao princípio da dignidade humana e desrespeito à saúde física e moral da infante, o que não se pode admitir. O r. julgado, por isso, não merece qualquer reforma.

Pelo exposto, por meu voto, nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença tal como lançada.

Analisando o texto da LRLR de Indiana, sob a óptica do direito brasileiro, temos que: (a) a especificação daqueles que devem obedecer à lei, previstas nas Seções 1 e 2, seria desnecessária, porque – as leis – têm aplicabilidade geral e todos a devem obediência; (b) os destinatários da lei seriam tanto as pessoas físicas como as jurídicas, nacionais ou estrangeiras, residentes no país³⁶, desde que o direito lhes fosse compatível; (c) como exposto, a limitação do direito de religião é aceito se ele contrapõe-se a outro direito de maior valia, todavia, prefere-se a compatibilização entre os direitos colidentes, com a cedência recíproca para se tentar preservar, ainda que em pequena porção, os direitos colidentes, e se impossível essa compatibilização, haveria a prevalência do maior interesse envolvido; (d) se há lei de aplicação geral ela deve ser cumprida e observada por todos.

³⁶ Os estrangeiros não residentes no país, que aqui estejam, têm garantidos seus direitos por meio de outras normas legais, como o Estatuto do Estrangeiro. Sobre o tema, José Afonso da Silva, op. cit., p. 193-194.

Não haveria, outrossim, qualquer possibilidade de discussão, ou melhor, admissibilidade de discriminação, ainda que sob o fundamento de exercício do direito de religião, contra quem quer que seja, quando da aplicação da lei, porque o direito brasileiro não a tolera, considerando essencialmente a prevalência do princípio da igualdade em detrimento à liberdade de religião ou de crença e a expressa proibição de práticas discriminatórias no ordenamento pátrio, que, ao reverso do alienígena, prevê a aplicação da legislação federal aos estados, salvo matérias específicas.

Em suma, o texto da norma em análise não traz incompatibilidades, formais ou materiais, com a Constituição Brasileira, podendo, no máximo, dizer-se que a parte final do caput da Seção 8 da norma (*“mesmo se a violação resultar de uma regra de aplicação geral”*) haveria que ser interpretado em conformidade com a Constituição, excluindo-se as leis, em sentido formal, afinal, a elas todos devem obediência e sua aplicação a todos recai. Podemos afirmar que a lei seria aceita pelo ordenamento pátrio, considerando, por fim, que a matéria é de competência comum entre os entes federados.³⁷

7. Conclusão

O direito ao livre exercício da religião e de crenças³⁸ é extremamente relevante para o desenvolvimento e a tolerância das sociedades e sua proteção é e deve ser consagrada, mas a que ponto e sob que preço? Essas são as questões que a sociedade americana, em especial do Estado de Indiana, enfrenta e deverá solucionar por meio de muitos debates, estudos, reflexões sobre o passado, os avanços até então alcançados e sobre o que pretendem para o futuro da sociedade. É, por certo, uma tarefa árdua que contrapõe dois posicionamentos completamente antagônicos, todavia, implicará no amadurecimento da democracia do país. O Poder Judiciário daquele país terá importante papel, como de praxe, no apaziguamento da questão, porque é quem imporá

³⁷ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

³⁸ Para um entendimento aprofundado sobre o tema, sugiro a leitura da tese de doutorado “A Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro”, de Thiago Massao Cortizo Teraoka, defendida em 30/04/2010 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

a decisão final sobre qual direito há que prevalecer, se é que algum o fará, ou qual a melhor solução para o caso.

É bem verdade que a polêmica existente sobre a possibilidade de se violar direitos civis de homossexuais em detrimento do exercício do direito de religião de outros, somente pode ser entendida se lembrarmos-nos que, retomando ao início deste trabalho, o direito de liberdade, em todas as suas formas, é tão sagrado, quase absoluto, para o povo norte-americano, que se repudia qualquer tentativa de restrição pelo Poder Público.

A liberdade individual é o grande dogma da sociedade americana, e a sua defesa, o maior orgulho da nação, sendo, destarte, tanto quanto compreensível o receio de ambas as partes - defensores e opositores da LRLR - que ou um ou outro direito possa ser, de certo modo, restringido em detrimento do outro.

Mas, como dito, os debates e o amadurecimento da questão encontrarão a solução adequada ao caso, sem a imposição pela força do Estado, afinal, a maior democracia do planeta não a (força) aceitará.

Para o sistema jurídico brasileiro, como visto, não haveria qualquer discussão nesse sentido, porque a letra da lei não prevê discriminação e a ocorrência desta situação, na aplicação da regra, seria prontamente repudiada, porque há princípio constitucional que a impede. Ademais, a liberdade de religião não suplanta a imperatividade da lei e tampouco prevalece em confronto com direitos maiores.

Secured lending law for personal property collateral in the United States

*Michael D. Floyd*¹
Professor of Law

I. The nature and purpose of secured credit

A promise to pay money is a legally enforceable obligation under the U.S.² law. However, the legal mechanism for enforcing a debt is cumbersome: typically the creditor must sue for a court judgment in order to get access to the debtor's property.³ The creditor hopes and expects that the debtor will more-or-less-cheerfully pay the obligation as agreed. That happens often, but not always.

Because of the challenges in enforcing a mere promise to pay money, especially when the debtor is resistant or disappears, or has insufficient assets, creditors are often interested in finding a secondary source of repayment. These come in various forms.⁴ The most common secondary source of repayment involves giving the creditor a special right to take certain property belonging to the debtor if the debtor doesn't pay. In the U.S., this is referred to as a "mortgage" if the property involved is real property, or a "security interest" if the property is personal property. Therefore, this paper focuses on the U.S. security interests in personal property.⁵

¹ Director of International Studies, Samford University, Cumberland School of Law, Birmingham, Alabama, USA

² In the U.S., debt obligations are generally governed by state law, so the precise rules vary from state to state. *See generally, e.g.*, Lynn M. Lopucki and Elizabeth Warren, *Secured Credit: A Systems Approach* 3-21 (7th ed 2012); David G. Epstein and Steve H. Nickles, *Debt: Bankruptcy, Article 9 and Related Laws: Modern Cases and Materials* 3-150 (1994)

³ *See id.*

⁴ *See, e.g.*, Michael D. Floyd, *Mastering Negotiable Instruments: U.C.C. Articles 3 and 4 and Other Payment Systems* 81-83 (2008).

⁵ In the U.S., "personal property" is "[a]ny movable or intangible thing that is subject to ownership and not classified as real property." *Black's Law Dictionary* 1254 (8th ed 2004).

1. The Uniform Commercial Code (U.C.C.)

The U.S. federal system is complex, in that the States are the origin of legal authority. The States delegated certain enumerated powers to the Federal government, and Federal law is supreme in those areas of Federal authority. However, the States retain the residual authority not delegated to Federal governmental power, including the so-called “police power.”

Consequently, many aspects of contract and property law remain within the authority of the States in the U.S. The laws governing interests in real property, including the real-property analogues to U.C.C. security interests, remain primarily within the State law sphere. This results in wide variations from State to State in substantive law, procedure, and terminology. This creates far fewer problems for real property, which does not move from State to State, than it does for personal property, which can and often does move.

In order to have more uniform laws among the States governing contracts and other transactions involving personal property, the Uniform Commercial Code (“U.C.C.”) was promulgated and it is the most successful efforts toward uniformity in State laws in the U.S.

Each provision of the U.C.C. (and any other uniform State law) must be enacted by each State’s legislature before becoming the law of that State. This often prevents the U.C.C. provisions from achieving complete uniformity throughout the U.S., for two reasons. First, a particular State’s legislature may not choose to enact every U.C.C. provision exactly as promulgated. Second, as State law, U.C.C. provisions are interpreted by each State’s courts, like any other state statute.⁶ Nevertheless, the U.C.C. has had enormous effect in making the law and related terminology more uniform from State to State.

2. U.C.C. Article 9 security interests

Security interests under U.S. law can be analyzed under three conceptual headings. First, has a security interest been effectively

⁶ Under the common law of the U.S. appellate decisions by both State and Federal courts have binding precedent for subsequent decisions by that court and inferior courts within that court’s jurisdiction.

created, so as to give the creditor a claim to the debtor's property? This is referred to as "attachment." Second, has the creditor's claim been noted in the appropriate public records, if required, so that others can learn of it if they are interested in the debtor's property? This is referred to as "perfection." Third, when there is more than one claim to a particular piece of property, what is the relative "priority" of each claim?

Each of those ideas is discussed below in turn.

If the debtor files a petition in bankruptcy, that can have a very significant effect on the enforcement of the security interest. However, the power to enact bankruptcy law is delegated by the States to the Federal government in the U.S., and is therefore found in the U.S. Code. Nevertheless some of the federal bankruptcy law incorporates rules from state law. Issues related to the treatment of security interests in bankruptcy are sufficiently complex and distinct to warrant analysis in a separate paper.

a. Creation of an Article 9 security interest: "attachment"

The creation of a security interest in personal property is referred to as "attachment."⁷ It reflects an agreement between the principal

⁷ U.C.C. Section 9-203 provides the rules for attachment:

- (a) A security interest attaches to collateral when it becomes enforceable against the debtor with respect to the collateral, unless an agreement expressly postpones the time of attachment.
- (b) Except as otherwise provided in subsections (c) through (i), a security interest is enforceable against the debtor and third parties with respect to the collateral only if:
 - (1) value has been given;
 - (2) the debtor has rights in the collateral or the power to transfer rights in the collateral to a secured party; and
 - (3) one of the following conditions is met:
 - (A) the debtor has authenticated a security agreement that provides a description of the collateral and, if the security interest covers timber to be cut, a description of the land concerned;
 - (B) the collateral is not a certificated security and is in the possession of the secured party under Section 9-313 pursuant to the debtor's security agreement;
 - (C) the collateral is a certificated security in registered form and the security certificate has been delivered to the secured party under Section 8-301 pursuant to the debtor's security agreement; or
 - (D) the collateral is deposit accounts, electronic chattel paper, investment property, letter-of-credit-rights, or electronic documents, and the secured party has control under Section 7-107, 9-104, 9-105, 9-106, or 9-107 pursuant to the debtor's security agreement.

U.C.C. § 9-203.

parties that the “secured party”⁸ will have special rights to the “debtor’s”⁹ property, which is called “collateral”¹⁰ and must be described in the security agreement.¹¹ The agreement between the parties is typically memorialized in writing.¹² However, there are a few specialized alternatives to a written security agreement, including possession of the collateral by the secured party.¹³

The other two formal requirements for attachment are essential, but generally are not as important as a practical matter. The secured party must give “value.”¹⁴ However, someone who has not given value rarely has an obligation to enforce via a security interest. The debtor must have “rights in the collateral or the power to transfer rights....”¹⁵ This does not require that the debtor actually own the collateral; however, under the general property maxim of *nemo dat quod non habet*, also referred to as the rule of derivative title, the secured party can get no more rights in the collateral than the debtor had.¹⁶ The secured party is classified as a “purchaser” of the collateral.

b. Public notice of an Article 9 security interest: “perfection”

Attachment of a security interest creates legally enforceable rights and obligations between the primary parties to the transaction. However, “perfection” of the security interest is usually important, in addition, in order for the secured party to have the desired full extent of protections. A security interest must have attached in order to be perfected.¹⁷

⁸ See *definition in* U.C.C. § 9-103(a)(73).

⁹ See *definition in* U.C.C. § 9-103(a)(28). Note that the U.C.C. Article 9 definition of this term focuses – counterintuitively – on the debtor’s interest in the collateral, not liability on the related debt obligation. Article 9 uses the term “obligor,” defined in U.C.C. 9-102(a)(59), for instances where the primary focus is on the debt obligation. However, in most cases, the “debtor” who grants the security interest is also the “obligor” on the related debt obligation.

¹⁰ See *definition in* U.C.C. § 9-103(a)(12).

¹¹ U.C.C. § 9-203(b)(3)(A).

¹² See U.C.C. § 9-203(b)(3)(A).

¹³ See U.C.C. § 9-203(b)(3)(B), (C), and (D).

¹⁴ U.C.C. § 9-203(b)(1). See definition in U.C.C. § 1-204.

The statute expresses the requirement to give value in passive voice, making it ambiguous as to whose obligation this is. In a typical credit transaction the value is given by the secured party.

¹⁵ U.C.C. § 9-203(b)(2).

¹⁶ See, e.g., Floyd, *supra* note __, at 32, 48.

¹⁷ “Except as otherwise provided in this section and Section 9-309, a security interest is perfected if it has attached and all of the applicable requirements for perfection in Section 9-310 through 9-316 have been satisfied. A security interest is perfected when it attaches if the applicable requirements are satisfied before the security interest attaches.” U.C.C. § 9-308(a).

The typical method of perfection is filing a “financing statement” with a public office, usually in a system maintained by the Secretary of State in the appropriate state.¹⁸ The financing statement must: “(1) provide[] the name of the debtor; (2) provide[] the name of the secured party; and (3) indicate[] the collateral covered by the financing statement.”¹⁹ Various additional requirements for information to be provided in financing statements is specified in the remainder of U.C.C. section 9-502(a) and sections 9-503 through 9-508. Specimen forms are provided in the statute.²⁰

Although filing a financing statement is the typical method of perfection, a number of alternatives are available. Most security interests in tangible property may be perfected by the secured party’s taking possession of the collateral. This possession may be either actual or constructive.²¹ For some types of property, possession and filing a financing statement are both effective to perfect a security interest, but taking possession of the collateral provides stronger protection to the secured party than simply filing a financing statement. Certain types of security interests are perfected automatically, upon attachment, without any additional steps for perfection being required.²² [Finally,] security interests in certain specialized types of property may be perfected only by the secured party’s taking “control” of the collateral.²³

¹⁸ “Except as otherwise provided ... a financing statement must be filed to perfect all security interests...” U.C.C. § 9-310(a). The choice of which state’s law applies is governed by U.C.C. section 9-301, and the place or places within that state where filing must occur is governed by U.C.C. section 9-501.

¹⁹ U.C.C. § 9-502(a).

²⁰ U.C.C. § 9-521.

²¹ U.C.C. § 9-____.

²² U.C.C. §§ 9-309.

²³ U.C.C. § 9-____. Control is only effective for very specific types of property. See U.C.C. § 9-____. The methods for are specified for each of these types of property. See U.C.C. §§ 9-____, 9-____, 9-____, and 9-____. taking control of property are specified in U.C.C.

O direito ao esquecimento

Viviane Nóbrega Maldonado¹

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. A liberdade de imprensa; 3. A liberdade de informação; 4. O direito à privacidade; 5. O direito ao esquecimento; 6. Conclusão.

1. Introdução

O equilíbrio entre a liberdade de informação e o direito à privacidade tem gerado, nos últimos anos, significativo debate ao redor do mundo.

Embora o tema não seja novo, o crescente progresso tecnológico vem clamando por uma abordagem atualizada e por uma análise diferenciada.

Como consequência do desenvolvimento na seara da comunicação, surgiram novas necessidades provocadoras da reformulação de conceitos.

Um dos relevantes aspectos que emergiram dessas mudanças foi a construção de um novo paradigma, tal seja, o direito ao esquecimento.

Este trabalho visa abordar, em termos gerais, a origem do conceito e sua figuração nos sistemas jurídicos da União Europeia, dos Estados Unidos e do Brasil. O artigo trata, ademais, de sua aplicação prática e da necessidade de compreensão universal para sua plena eficácia.

¹ A autora é Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desde 1993. É especialista em Direito Civil e do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura, especialista em Relações Internacionais junto à Fundação Getúlio Vargas (MBA) e mestranda LLM em Direito Comparado junto à Samford University (USA). É titular da cadeira n. 78 da Academia Paulista de Magistrados. Atua como assessora da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça e também como Formadora de Formadores de Magistrados e professora convidada junto à Escola Paulista da Magistratura.

Por fim, antecipo-me a registrar que o tema é controvertido e que não está imune a fundamentadas e abalizadas críticas. De todo modo, concorde-se ou não, o fato é que a teoria vem se estabelecendo na forma de decisões judiciais não somente no Brasil, mas em todo o mundo. Daí, portanto, a importância de analisar-se a matéria por meio destas breves notas.

2. A liberdade de imprensa

Em 1999, a rede americana A&E (*Arts & Entertainment Network*) reuniu mais de trezentos e sessenta jornalistas, acadêmicos e líderes políticos para que estes votassem e escolhessem as cem pessoas mais influentes dos últimos dez séculos.

O primeiro lugar da lista² ficou com o alemão Johann Gutenberg, a quem Bill Gates, o quadragésimo primeiro da classificação, creditou os primeiros passos para a tecnologia da informação.

Inquestionavelmente, o resultado da votação traz à evidência a inequívoca importância que os meios de comunicação têm para o homem não somente como ser individualmente considerado, mas também como integrante da comunidade.

Com a imprensa, como concluiria o próprio Gutenberg, a escuridão da ignorância poderia se dissipar e dar lugar a uma luz até então desconhecida à humanidade.³

É certo que, muitos séculos antes (XVII a.C.), o homem já era capaz de produzir escritos utilizando-se de primitivos artefatos, especialmente na Suméria e na Mesopotâmia.

É fato também que, por volta do ano 59 a.C., já era editada a *Acta Diurna*⁴, que consistia em uma espécie de gazeta diária esculpida em pedra ou metal, a qual continha narrativas oficiais dos principais eventos de Roma.

Por fim, é também de relevo mencionar que, ainda no século oitavo, na China, *Kaiyuan Za Bao*⁵, ou *Kaiyuan Chao Pao* (Boletim da Corte), já era publicado em papel.

² Disponível em: <<http://www.economicexpert.com/a/A:E:s:Biography:of:the:Millennium.htm>>.

³ SIMONIS, Doris. *Inventors and inventions*. Tarrytown: Marshall Cavendish Corporation, 2007. p. 742.

⁴ Disponível em: <http://www.1911encyclopedia.org/Acta_Diurna>.

⁵ Disponível em: <<http://www.ndl.go.jp/en/iflapac/preconference/pdf/LiChunming.pdf>>.

A despeito, porém, da evidente importância desses fatos históricos, há de se reconhecer que, tão somente com a invenção de Gutenberg, a imprensa estabeleceu-se como uma regular e relevante atividade, espalhando-se por todos os continentes.

Muito embora referido invento seja datado de meados do século XV, deve ser anotado que questões e controvérsias concernentes à liberdade de manifestação e à censura lhe são formalmente bastante anteriores.

O filósofo grego Eurípedes (480-406 a.C.), por exemplo, já defendia o fato de que os homens nascem livres e que têm o direito de se manifestarem⁶.

Também o grego Sócrates, em 399 a.C., pregava a liberdade de manifestação, até que foi sentenciado e condenado em razão de seu discurso acerca de divindades não ortodoxas, o que potencialmente poderia corromper a juventude.⁷

Tais menções, ainda que brevíssimas, demonstram que, muito antes da invenção de Gutenberg, já existia, empiricamente, a doutrina do livre pensamento e, em contrapartida, a política da censura quando o discurso não se mostrasse conveniente ao entendimento político e religioso vigente.

Com o estabelecimento definitivo da imprensa como atividade, o conceito ampliou-se e sedimentou-se com características muito próprias.

David H. Weaver, professor emérito de jornalismo da Universidade de Indiana, nos Estados Unidos, define a liberdade de imprensa em três diferentes abordagens: a) a relativa abstenção do governo em restringir a mídia; b) a relativa ausência de restrições, por qualquer forma, à mídia; c) a presença das condições necessárias para a disseminação de uma diversidade de ideias e opiniões.⁸

Por seu turno, Robert Stevenson, especialista em jornalismo global, descreve o conceito nas seguintes palavras:

Freedom of the press is the right to speak, broadcast, or publish without prior restraint by or permission of the government but with limited

⁶ Disponível em: <http://www.beaconforfreedom.org/liste.html?tid=415&art_id=475>.

⁷ Disponível em: <<http://ancienthistory.about.com/od/socratesbio/p/Socrates.htm>>.

⁸ WEAVER, D. H. The press and government restriction: a cross-national study over time. *Gazzete*, v. 23, n. 3, p. 152-170, 1977.

legal accountability after publication for violations of law. It may also encompass legal guarantees of: (i) reasonable access to information about government, business and people; (ii) a right of reply or correction; (iii) a limited right of access to the media; and (iv) some special protections for journalists, [...]”⁹

Isso, em livre tradução, pode ser entendido como o direito à expressão sem a censura prévia ou a necessidade de autorização governamental, mediante a possibilidade de reparação posterior no caso de violação da lei.

Historicamente, a liberdade de imprensa, em termos globais, está profundamente arraigada em uma tradição política liberal.

Filósofos como Jean-Jacques Rousseau, Adam Smith, Thomas Hobbes, John Locke, John Milton, Thomas Jefferson, James Madison e John Stuart Mill, entre outros, já proclamavam a livre expressão, com o objetivo de fundamentar suas decisões em assuntos públicos.¹⁰

Tais estudiosos construíram uma doutrina praticamente universal quanto a tal conceito e influenciaram, de forma bastante pungente, o tratamento deste direito em grande parte das comunidades ocidentais. Neste ponto, anota-se que, muito embora a inspiração tenha decorrido das mesmas fontes, cada sociedade desenvolveu e estruturou suas próprias regras e seus próprios critérios quanto à compreensão e à definição de tais questões.

Vale analisar, pois, o cenário na União Europeia, nos Estados Unidos e no Brasil.

União Europeia

A União Europeia tem suas origens históricas na Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) e na Comunidade Econômica Europeia (CEE), formadas por seis países em 1958.

⁹ STEVENSON, R. L. *Global communication in the twenty-first century*. New York: Longman, 1994. p. 120-121.

¹⁰ ASANTE, C. E. *Press freedom and development*. Westport: Greenwood Press, 1997. p. 12-13.

Mas foi apenas em 1993, por meio do Tratado de Maastricht, que a União Europeia passou formalmente a existir com seu nome atual.

Por fim, foi tão só recentemente, precisamente em dezembro de 2009, que a União Europeia consolidou-se em termos institucionais, quando entrou em vigor o Tratado de Lisboa, que fora assinado em 2007.

Sua história, portanto, é nova, assim como o desenvolvimento de sua normatização. Examina-se, pois, a linha do tempo no que concerne ao tema em questão.

Em 25 de maio de 2009, quarenta e oito editores e jornalistas de dezenove países (de um total, à época, de vinte e sete), adotaram e assinaram a *European Charter on Freedom of the Press*¹¹, em Hamburgo, na Alemanha.

Em dez artigos, a Carta formula princípios da liberdade de imprensa, inclusive no que tange à interferência estatal e, em particular, ao direito à segurança com relação à vigilância, interceptações eletrônicas e buscas em departamentos editoriais e computadores.

A Carta faz referência, igualmente, ao não impedimento de acesso a fontes de informação, nacionais ou não. Seu objetivo é garantir, defender e assegurar tais princípios por toda a União Europeia, de modo que a adesão a seus termos é obrigatória.

Viviane Reding, então Comissária Europeia de Justiça, Direitos Fundamentais e Cidadania, assim saudou os jornalistas quando da adoção da Carta:

The Charter on Freedom of the Press initiated by the European journalist community is an important reaffirmation of the basic values, including media pluralism, freedom of expression and information that underpin Europe's democratic traditions and are enshrined in fundamental legal texts. It is also a reminder that in order to have effective freedom of the press, public authorities have a role to play: they must be ready to protect freedom of expression and foster its development, [...] ¹²

¹¹ Disponível em: <<http://www.pressfreedom.eu/en/index.php>>.

¹² Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-891_en.htm?locale=en>.

discurso este que pode ser traduzido pelo reconhecimento de que documento reafirma valores básicos, entre os quais o pluralismo da mídia e a liberdade de expressão e de informação, com a observação de que as autoridades públicas têm o papel de proteger tais valores e fomentar o seu desenvolvimento.

Europa 2020 é um programa estratégico com validade de dez anos proposto pela Comissão Europeia em 3 de março de 2010. Uma das políticas postas é a “Liberdade da Mídia e Pluralismo”.

Os principais princípios da estratégia podem ser encontrados no sítio oficial¹³ e assim se estabelecem:

Freedom and pluralism of the media, including independent media governance, are key elements for enabling the exercise of freedom of expression, which constitutes one of the essential foundations of the European Union. The European Union’s commitment to respect freedom and pluralism of the media, as well as the right to information and freedom of expression is enshrined in Article 11 of the Charter of Fundamental Rights¹⁴, similar to the provision of Article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, [...] ¹⁵

extraíndo-se do texto que tais aspectos são elementos-chave para possibilitar o exercício da livre expressão, o qual constitui uma das bases fundamentais da União Europeia.

¹³ Disponível em: <<http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/media-freedom-and-pluralism>>.

¹⁴ Article 11 – “Freedom of expression and information. 1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. 2. The freedom and pluralism of the media shall be respected”.

¹⁵ Article 10 – “Freedom of expression. 1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises. 2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary”.

De acordo com o artigo 52, o significado e o escopo deste direito são os mesmos já garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos e as limitações a serem impostas não podem exceder as proviões do art. 10 da Convenção.

Em um sistema em que prevalecem as regras do livre trânsito de bens, pessoas, moeda e serviços, parece intuitivo que a ausência de padronização reguladora comprometeria seu bom funcionamento, já que a propagação de dados e de informações não encontra barreiras em fronteiras físicas.

Sendo assim, no âmbito da União Europeia, há legislação supranacional balizadora e garantidora da liberdade de imprensa e da liberdade de expressão, reconhecidas que são como inalienáveis princípios fundamentais e elementos necessários ao desenvolvimento daquela comunidade.

Estados Unidos

Aeropagitica é o documento-mãe da doutrina anglo-saxônica da liberdade de imprensa. O nome vem de uma colina próxima a Atenas, local em que, presumivelmente, teria funcionado um tribunal democrático durante o apogeu ateniense.

O autor dessa obra, John Milton, nasceu em Londres em 1608. *Aeropagitica* é considerado seu mais importante trabalho e consiste em um ensaio contra uma nova lei na Inglaterra, que obrigava os publicadores a obter específicas licenças para a impressão de escritos.¹⁶ Esse trabalho inspirou a formação da doutrina não somente na Inglaterra como também em solo americano.

Em 1733, o jornalista John Peter Zenger publicou editoriais críticos às políticas do recém-nomeado governador colonial William Cosby (Nova Iorque), fato que ensejou sua prisão e formal acusação criminal.

Zenger foi representado no processo pelo advogado Andrew Hamilton, o qual obteve sucesso em argumentar ao júri que o jornalista se achava autorizado a tais publicações na medida em que elas eram verdadeiras.

¹⁶ EPPS, Garret. *The First Amendment – freedom of the press – its constitutional history and the contemporary debate*. Amherst: Prometheus Books, 2008. p. 29-39.

O resultado do processo não criou um precedente propriamente dito, haja vista que o veredito em primeiro grau não possui o condão de alterar a lei e nem é vinculante.

Entretanto, essa decisão teve um significativo impacto na sociedade americana quanto à importância de uma imprensa livre de modo a possibilitar a crítica às instituições estabelecidas.

É de se anotar que, a despeito de tal decisão, vários outros indivíduos foram punidos por publicações tidas por perigosas e ameaçadoras ao poder, postura esta que perdurou até o advento das constituições estaduais e do *Bill of Rights*, que viria garantir, em definitivo, uma imprensa livre.

A par dessa decisão histórica, merecem referência outros fatos de similar importância.

Em 1790, a Primeira Emenda do *Bill of Rights*¹⁷ estabeleceu a impossibilidade de que o Congresso promulgasse lei que abolisse a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa. Esta é a redação original: “Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press.”

No caso *New York Times v. Sullivan* (1964)¹⁸, a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou que jornalistas não poderiam ser processados por publicações de materiais relativos a assuntos públicos, salvo nas hipóteses em que o dolo pudesse ser provado.

Por seu turno, em *Nebraska Press Association v. Stuart* (1976)¹⁹, a Suprema Corte Americana limitou e, em parte, até mesmo eliminou, o poder dos governantes em impedir informações sobre julgamentos criminais, afirmando-se, igualmente, a impossibilidade de exercício de censura prévia.

Essas referências trazem, em sua essência, a obrigatoriedade de comportamento negativo do Estado no que se refere à sua intromissão nos assuntos da imprensa.

Ou seja, uma vez que reconhecido o direito à liberdade de informação, inibe-se o Estado de atuar de modo a eliminá-lo, impedi-lo ou restringi-lo em uma determinada hipótese concreta.

¹⁷ Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>.

¹⁸ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 84 S. Ct. 710, 11 L. Ed. 2d 686, 1964 U.S. LEXIS 1655, 95 A.L.R.2d 1412, 1 Media L. Rep. 1527 (U.S. 1964).

¹⁹ *Neb. Press Ass'n v. Stuart*, 427 U.S. 539, 96 S. Ct. 2791, 49 L. Ed. 2d 683, 1976 U.S. LEXIS 17, 1 Media L. Rep. 1064 (U.S. 1976).

Pois bem. Posto esse breve histórico, anota-se que também nos Estados Unidos se verifica regulação, de modo que o viés liberalista, por si só, não afasta a percepção de que há de existir interferência mínima estatal.

Exemplo disso é que o país, desde a década de 1930, tem o poder de, por razões puramente econômicas, adotar medidas jurídicas que visem impedir a chamada “propriedade cruzada dos meios de comunicação”, o que se dá por meio do órgão regulatório denominado Federal Communications Commission (FCC).

Além disso, encontram-se também restrições de conteúdos sob a ótica da conotação moral, havendo, ademais, compulsoriedade no que tange à veiculação de programas educativos.

Afora, porém, estas poucas exceções, não há, *a priori*, outros argumentos de caráter legal ou normativo capazes de impedir veiculações de outras espécies.

Brasil

Antes da Proclamação da Independência, quando o País era ainda colônia, a imprensa submetia-se à Lei Portuguesa de 12 de julho de 1821. Um colegiado de juízes, composto por vinte e quatro cidadãos nomeados, era responsável por condenar os excessos da livre expressão.

Uma nova Corte, agora brasileira, denominada “Juizado do Escabinato” e formada por juízes e por leigos, foi inaugurada pelo Decreto de 22 de novembro de 1823, assinado por D. Pedro I.

Com a independência do Brasil, em 1822, e a instituição da Constituição de 1824, sobreveio a Lei de Imprensa de 20/09/1830, que, regulando o art. 179, par. 4º da Constituição, previa pena corporal e multa aos casos de infração.²⁰

Depois da Proclamação da República, em 1889, o novo Código Penal passou a incluir a imprensa em seus artigos.

Em julho de 1934, o então Presidente Getúlio Vargas baixou o Decreto n. 24.776, que visava repelir todas as provisões contra os princípios da liberdade de expressão.

²⁰ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37987-20-setembro-1830-565654-publicacaooriginal-89402-pl.html>.

Anos depois, com a queda do novo regime (“Estado Novo”), o governo interino derrubou a censura da Constituição, em 1945.

Em 1953, Getúlio Vargas, já no segundo período em que foi Presidente, acabou, sob pressão, por promulgar a nova Lei de Imprensa (Lei 2.083/53), que foi criticada por não levar em consideração a mídia televisiva.

Tal diploma subsistiu até 1967, quando foi editada a Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa)²¹, sob a proposta do Presidente Castello Branco, para o fim de conter a oposição ao autoritário regime.

Na Constituição Federal de 1988²², foi estabelecida a liberdade de imprensa e a proibição da censura em termos explícitos.

Em consonância com o viés democrático que prevalece desde 1988, o Supremo Tribunal Federal, em abril de 2009, e por ocasião do julgamento da ADPF 130/DF, declarou a não subsistência da legislação especial existente até então, sob o fundamento de que seus dispositivos eram incompatíveis com os princípios constitucionais.²³

Vê-se, pois, que o percurso até o efetivo reconhecimento da liberdade de imprensa no Brasil foi bastante longo e que tão somente há poucos anos afastaram-se do ordenamento jurídico os dispositivos legais cerceadores deste direito.

3. A liberdade de informação

Abordados alguns aspectos sobre a liberdade de imprensa, seguem-se algumas linhas sobre a liberdade de informação, a qual se mostra mais ampla que aquela, já que sua titularidade não se acha reservada com exclusividade aos órgãos da imprensa.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁴ foi adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, e contempla parâmetros e princípios de direitos humanos a serem observados por todos os Países-Membros.

²¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm>.

²² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

²³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf130.pdf>>.

²⁴ Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>.

A Declaração representa a base normativa que conduziu à formulação e construção do conceito de liberdade de expressão e, conseqüentemente, do conceito da liberdade de informação. O art. 19 estatui:

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos²⁵ é um dos três instrumentos que constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos. Os outros dois são a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais.

Referido instrumento, em vigor desde 1992, é legalmente obrigatório aos Estados que o assinaram e ratificaram-no. O art. 19 possui a seguinte redação:

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

No âmbito da União Europeia, o art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos²⁶ garante a liberdade de expressão nos seguintes moldes:

²⁵ Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>>.

²⁶ Disponível em: <<http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/005.htm>>.

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

Conforme se verifica, esses diplomas definem o direito de informação sob duas acepções: o direito de informar e o direito de ser informado.

Nesta conformidade, a par do direito de informar garantido à imprensa (e aqui se ressalta que a ela se acha cometido verdadeiro dever), a lei protege igualmente todos os indivíduos ao assegurar-lhes o direito de buscar e de acessar informações.

Os Estados Unidos assinaram e ratificaram o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos. A par desta subsunção, a jurisprudência é clara ao assegurar tais direitos ao cidadão, com fundamento na própria Primeira Emenda.

No caso *Stanley v. Georgia*²⁷, a Suprema Corte afirmou o direito individual ao recebimento de informação (“*information and ideas, regardless of their social worth*”) e o direito à leitura de material obsceno, ao menos no âmbito da privacidade do lar.

²⁷ *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 89 S. Ct. 1243, 22 L. Ed. 2d 542, 1969 U.S. LEXIS 1972 (U.S. 1969)

Em outras Decisões, a Suprema Corte também reconheceu tais direitos, tal como no emblemático caso *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*²⁸ (“*public right of access to social, political, aesthetic, moral and other ideas*”), e também nos casos *Lamont v. Postmaster General*²⁹ (“*individual right to receive mail publications*”), *Martin v. City of Struthers*³⁰ (“*right to receive home delivery of religious literature*”) e *Kleindienst v. Mandel*³¹ (“*stating First Amendment grants right to receive information and ideas*”).

Sob ainda outra concepção, a liberdade de informação refere-se ao direito do cidadão em acessar as informações que se encontram em poder do Governo.

Nos Estados Unidos, o conhecido *Freedom of Information Act (FOIA)*³² permite a revelação de documentos oficiais que se encontrem sob a custódia ou guarda do Governo. Este Ato recebeu uma emenda em 1996 para incluir um outro, denominado *Electronic Freedom of Information Act*³³, que estabelece que as agências governamentais devem disponibilizar determinadas informações ao público.

Na União Europeia, a equivalente lei tem o título formal de *Regulation N° 1049/2001 regarding Public Access to European Parliament, Council and Commission Documents*.³⁴

Esse diploma garante o acesso aos documentos mantidos, transmitidos ou recebidos pelas instituições da União Europeia.

No Brasil e com base nos mesmos princípios, o Congresso aprovou a Lei 12.527/11, que regula o acesso à informação.

Verifica-se, pois, que, de um lado, garante-se a liberdade de informar aos jornalistas, e o que representa a própria liberdade de imprensa, na outra ponta encontra-se o direito de ser informado, e cuja titularidade está assegurada a todos os cidadãos.

A estrutura desta dupla abordagem do conceito da liberdade de informação, aqui contemplados o direito de informar e o direito de ser informado, ostenta singular relevância no que tange ao específico exame do direito ao esquecimento.

²⁸ *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367, 89 S. Ct. 1794, 23 L. Ed. 2d 371, 1969 U.S. LEXIS 3267, 16 Rad. Reg. 2d (P & F) 2029, 1 Media L. Rep. 2053 (U.S. 1969)

²⁹ *Lamont v. Postmaster General*, 381 U.S. 301, 85 S. Ct. 1493, 14 L. Ed. 2d 398, 1965 U.S. LEXIS 2286 (U.S. 1965)

³⁰ *Martin v. Struthers*, 319 U.S. 141, 63 S. Ct. 862, 87 L. Ed. 1313, 1943 U.S. LEXIS 1188 (U.S. 1943)

³¹ *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753, 92 S. Ct. 2576, 33 L. Ed. 2d 683, 1972 U.S. LEXIS 22 (U.S. 1972)

³² Disponível em: <<http://www.foia.gov>>.

³³ Disponível em: <http://www.justice.gov/oip/foia_updates/VoL_XVII_4/page2.htm>.

³⁴ Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/register/pdf/r1049_en.pdf>.

4. O direito à privacidade

Como é intuitivo, hipóteses há em que a liberdade de informação esbarra no direito à privacidade dos indivíduos. Examina-se, pois, este outro parâmetro.

Em “*The Right to Privacy*” (1890)³⁵, Louis Brandeis e Samuel Warren definiram a proteção do reino privado como alicerce à liberdade individual da era moderna.

Dada a crescente capacidade do governo, da imprensa e de outras agências e instituições de invadirem aspectos pessoais da atividade humana, os juristas argumentaram acerca da necessidade de que a lei devesse prever resposta às mudanças tecnológicas existentes à época, entre as quais o advento de dispositivos mais modernos capazes de gravar e de reproduzir sons e imagens.

Consequentemente, com vistas a garantir tais direitos da personalidade, notadamente em face de práticas comerciais modernas e invenções invasivas, concluíram que um remédio legal haveria de ser desenvolvido para o fim de estabelecer limites entre vida pública e privada.³⁶

O direito à privacidade é o direito de estar sozinho, ou de ser deixado sozinho, na ausência de razoável interesse público quanto às atividades pessoais.

Por seu turno, a invasão ao direito à privacidade pode ser base e causa para ações por danos em face de pessoas ou entidades que tenham violado esses limites.

O direito à privacidade não é mencionado na Constituição Americana, mas a Suprema Corte, em sucessivas interpretações, reconheceu a existência de tal garantia.

Para tanto, argumentou-se, por primeiro, com a autonomia da liberdade pessoal protegida pela Décima-Quarta Emenda. De outra parte, a Primeira, Quarta e Quinta Emendas também possibilitam a compreensão desse direito, muito embora tão somente em hipóteses estreitamente definidas.

O Ministro da Suprema Corte Americana Hugo Black, no caso *Griswold vs. Connecticut*³⁷, asseverou que privacidade é um amplo,

³⁵ Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>.

³⁶ Disponível em: <http://faculty.uml.edu/sgallagher/harvard__law_review.htm>.

³⁷ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 85 S. Ct. 1678, 14 L. Ed. 2d 510, 1965 U.S. LEXIS 2282 (U.S. 1965)

abstrato e ambíguo conceito (ipsis literis: “Privacy is a broad, abstract and ambiguous concept”).

Segundo ele, não existe um senso único do conceito de privacidade que possa ser extraído das várias decisões da Corte que abordaram o assunto.

Mais recentemente, no caso *Lawrence v. Texas*³⁸, o Ministro Kennedy reafirmou, em termos gerais, o que seja a proteção constitucional da privacidade.

Nestas exatas palavras, assim se expressou:

[...] these matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment. At the heart of liberty is the right to define one’s own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. The petitioners are entitled to respect for their private lives. The State cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime. Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the government. It is a promise of the Constitution that there is a realm of personal liberty which the government may not enter.

Com tal assertiva, foi reconhecido o direito à privacidade aos postulantes.

O art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos³⁹ prevê o direito quanto à vida familiar e privada, à casa e à correspondência dos indivíduos (“*private and family life, his home and his correspondence*”), o qual se sujeita a certas restrições na conformidade da lei (“*in accordance with law*”) e ao que seja necessário em uma sociedade democrática (“*necessary in a democratic society*”).

³⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 123 S. Ct. 2472, 156 L. Ed. 2d 508, 2003 U.S. LEXIS 5013, 71 U.S.L.W. 4574, 2003 Cal. Daily Op. Service 5559, 2003 Daily Journal DAR 7036, 16 Fla. L. Weekly Fed. S 427 (U.S. 2003)

³⁹ Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CL=ENG>>.

Esse dispositivo claramente garante o direito contra buscas ilegais, tornando evidente que, também no âmbito da União Europeia, referidos atos intrusivos constituem violação ao direito.

A “Convenção para a Proteção dos Indivíduos com Respeito ao Processamento Automático de Dados Pessoais” (*“Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data of the Council of Europe of 1981”*)⁴⁰ define amplamente dados pessoais como “qualquer informação relativa a um indivíduo identificado ou identificável” e descreve os princípios que têm servido de base para a legislação sobre proteção de dados em todo o mundo.

Posteriormente, a “Diretiva sobre Proteção de Dados” (95/46/CE)⁴¹ da União Europeia afirmou os princípios da Convenção, estabeleceu o nível-padrão de proteção dos dados para os membros da União Europeia e, o mais importante, reconheceu o direito individual à privacidade.

Devido a essa ampla preocupação com tal específico direito, a Diretiva somente permite a transferência de dados pessoais a países fora da União Europeia se o país assegurar “um nível adequado de proteção”, ou se o transferidor demonstrar que os dados serão adequadamente protegidos.

Assim, a Diretiva amplia o alcance da proteção outorgada aos dados pessoais originários da União Europeia a outros países.

No sistema Brasileiro, a principal fonte ao direito à privacidade está na própria Constituição Federal, de forma expressa.

Os arts. 5º e 10º são categóricos ao afirmar que intimidade, privacidade, vida privada, honra e imagem das pessoas são invioláveis, garantido o direito à compensação por danos morais que sejam resultantes da violação.⁴²

O catedrático Celso Bastos⁴³ define o direito à intimidade e à privacidade como a possibilidade de cada indivíduo de se proteger da ingerência de estranhos em sua privacidade e vida privada, assim como

⁴⁰ Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm>>.

⁴¹ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3A14012>>.

⁴² Art. 5º, 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”.

⁴³ “A faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2004. p. 63.).

o direito de impedir o acesso a informações pessoais, e também a revelação e publicidade de dados atinentes a este campo da manifestação existencial do ser humano.

Em termos legais, a privacidade, no Brasil, foi primeiramente reconhecida em 1973, com o advento da Lei de Copyright, que veio a ser revogada pela Lei 9.610/98⁴⁴.

Antes do advento desta Lei, a concepção de tal direito da personalidade era, basicamente, reconhecida unicamente pela doutrina.

Sob os princípios constitucionais brasileiros, o segredo de correspondência e outras informações transmitidas por meios de comunicação são também invioláveis, com exceção de eventual ordem judicial nas hipóteses previstas na Carta Maior e concernentes a investigação criminal e instrução.⁴⁵

O Código de Defesa do Consumidor, nascido em 1990, permite aos consumidores o acesso a informações derivadas de dados armazenados em arquivos, registros e outras bases, sendo autorizado, igualmente, o conhecimento das respectivas fontes.

Outrossim, tais arquivos e dados devem ser objetivos, claros e verdadeiros e, ainda, escritos de forma a serem facilmente compreendidos, e não poderão conter informações referentes a período superior a cinco anos.

Nas hipóteses em que os consumidores detectem a incorreção ou imprecisão de dados concernentes à sua pessoa, acham-se legitimados a requerer sua imediata correção, a qual deve ocorrer no prazo máximo de cinco dias.

Por fim, uma vez que o consumidor tenha quitado ou acordado acerca de débitos existentes, veda-se aos serviços de proteção ao crédito que promovam a divulgação de informação sobre a específica dívida.⁴⁶

⁴⁴ Lei 5.988/73.

⁴⁵ Art. 5º, 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”.

⁴⁶ Lei 8.078/90 – “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e

Em outros diplomas legais encontram-se igualmente elencados dispositivos relativos ao direito à privacidade.

O Código Civil é expresso ao determinar, em seu art. 21, que “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Por seu turno, o Código Penal, em seus artigos 93 e 95, ao tratar da reabilitação criminal, assegura ao condenado que preencheu os requisitos para sua concessão, “o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação”, na forma do “caput” do art. 93.

Por fim, vale ser lembrada a Lei de Interceptação Telefônica, a qual somente pode ser autorizada nas hipóteses e forma descritas na lei, e tão somente para fins de prova em investigação criminal e em instrução processual penal.⁴⁷

Deduz-se, pois, que, a par do direito de informar e do direito de ser informado, deve ser posta na equação a questão do direito à privacidade, o qual se encontra erigido como princípio fundamental nos principais sistemas jurídicos ocidentais.

Ora, tratando-se de normas de mesma importância, apenas no exame do caso concreto é possível aferir-se a prevalência de um direito sobre o outro.

Com efeito, em termos apriorísticos, não é possível dar-se primazia a um ou outro direito, de modo a que se reconheça, desde logo, qual deles há de ser resguardado no caso concreto.

No País, esta equação deve levar em conta um terceiro elemento, que se acha expresso na Constituição. Trata-se do princípio da dignidade humana, verdadeira premissa inspiradora do pátrio ordenamento jurídico.

Tal princípio, que ostenta o caráter de verdadeiro postulado da ordem constitucional, não poderá ser alijado da consideração judicial na hipótese concreta.

cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores”.

⁴⁷ Lei 9.296/96.

Em outras palavras, no direito brasileiro, no cotejo entre o direito à informação e o direito à privacidade, há que se inserir o terceiro elemento balizador, para que, da operação de ponderação, decorra resultado que melhor se preste a assegurar a dignidade humana.

5. O direito ao esquecimento

Introdução

Em 4 de novembro de 2010, a Comissão Europeia editou diretiva denominada “*A Comprehensive Approach on Personal Data Protection in the European Union*”.

Essa proposta foi criada de modo a elucidar o que a Comissão denominou de “*The Right to Be Forgotten*”, descrita como o direito de os indivíduos terem seus dados deletados assim que não mais necessários para legítimos propósitos.

No texto original, consta: “the right of individuals to have their data no longer processed and deleted when they are no longer needed for legitimate purposes”.

Esse direito garantiria, em tese, a possibilidade de que, unilateralmente, pudessem ser removidos dados pessoais, aqui incluídos os escritos ou fotografias lançados em mídias sociais.⁴⁸

Em março de 2011, a União Europeia confirmou e consolidou o direito ao esquecimento quando a já mencionada, e então Comissária, Viviane Reding referiu-se a tal princípio como pilar do direito à privacidade.

Acenou, outrossim, com a necessidade de inclusão desse parâmetro na reforma das diretrizes sobre proteção de dados.

Em discurso ao Parlamento Europeu, Reding assim afirmou:

I want to explicitly clarify that people shall have the right – and not only the possibility – to withdraw their consent to data processing. The burden of proof should be on data controllers ... [t]hey must prove that they need to keep the data, rather than individuals having to prove that collecting their data is *not necessary*.

⁴⁸ Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/com_2010_609_en.pdf>.

Com tais palavras, garantiu o direito à exclusão de dados, invertendo o ônus da prova aos gerenciadores da informação, de modo a que a estes passaria a incumbência de comprovar a necessidade de manutenção das informações.

Em janeiro de 2012, a Comissão Europeia editou esboço para a regulação de processamento de dados pessoais. Tal anteprojeto fazia expressa menção ao direito ao esquecimento na forma de apagamento de dados.

Extrai-se do texto: “data subject shall have the right to obtain from the controller [of such data] the erasure of personal data relating to them and the abstention from further dissemination of such data”.⁴⁹

Em termos históricos, o direito ao esquecimento tem sua origem na França” (“*le droit a l’oubli*”), onde, historicamente, resta assegurado ao condenado criminalmente o direito de objeção à publicação de informações e de fatos uma vez que a sentença condenatória tivesse sido integralmente cumprida.

Evidentemente, a razão para tal permissivo reside na ideia de que, uma vez que a pessoa tenha obtido sua reabilitação, deve estar livre da possibilidade de que o passado criminoso macule sua reputação.⁵⁰

De acordo com Koops⁵¹, na forma citada por Jasmine E. McNealy⁵², o direito ao esquecimento assume três formas diferentes: a) o direito a ter deletada a informação após certo período de tempo; b) o direito a “recomeçar do zero” (“*clean slate*”); c) o direito a estar conectado unicamente com o presente.

A primeira concepção centra-se na abordagem de que os indivíduos devem ter a oportunidade de instar outros indivíduos e organizações a apagarem suas informações quando estas deixam de ter relevo e se tornam antigas, irrelevantes e desnecessárias.

Essa assertiva emerge na hipótese de que tanto terceiros como a própria pessoa tenham lançado informações no ambiente da internet.

Isto significa dizer, em termos gerais, que, embora propagada determinada informação pessoal, a titularidade do direito remanesce à

⁴⁹ Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/120125_en.htm>.

⁵⁰ 64 Hastings L.J. 257

⁵¹ KOOPS, Bert-Jaap. Forgetting footprints, shunning shadows: a critical analysis of the ‘right to be forgotten’ in big data practice. *SCRIPTed*, v. 8, n. 3, 229, p. 236, 2012.

⁵² 39 N. Ky. L. Rev. 119

própria pessoa, pouco importando o fato de que a informação seja nova ou antiga.

Por seu turno, a segunda e terceira teorias concentram-se no conceito de que os indivíduos podem crescer e mudar e que, portanto, não devem, necessariamente, estar conectados com informações do passado que lhes possam ser prejudiciais.

Sob essa acepção, às pessoas estaria garantido o direito de moldarem suas próprias vidas, sob a regência do princípio geral da dignidade humana, não positivado, mas reconhecido.

Para estes específicos fins, o trabalho conjunto de Yohko Orito e Kiyoshi Murata oferece a perspectiva de que os indivíduos têm o direito de se verem livres de informações acerca de si próprios que lhes possam causar efeitos danosos. (“An individual has the right to be free from any use of information concerning him/her which causes harmful effects on him/her”).⁵³

Essa espécie de definição coloca como elemento-chave e pilar do conceito a ideia de tempo. De acordo com esse princípio, a revelação de fatos individuais somente é possível quando estes são relevantes e presentes.

Nessa linha lógica, pode-se compreender que, embora em um determinado momento haja pertinência na existência da informação pública, esta relevância pode desaparecer como efeito do próprio transcurso do tempo.

Por outro prisma, tem-se que máculas e erros do passado não devem, a princípio, acompanhar o transcórrer da vida do ser humano até o seu desaparecimento. Entendimento diverso implicaria em verdadeira pena perpétua, mesmo quando esta não seja a imposição legal.

Nos Estados Unidos, por exemplo, alguns Estados permitem que infrações praticadas por jovens sejam expurgadas de seus registros criminais, sob a acepção de que tal espécie de delitos não deve acompanhar a vida adulta.⁵⁴

⁵³ MURATA, Kiyoshi; ORITO, Yohko. The right to forget/be forgotten. In: CEPE 2011 CONFERENCE - Ethics in Interdisciplinary and Intercultural Relations. 2011. p. 192, p. 199.

⁵⁴ Cal. Welf. & Inst. Code § 781 (West 2011). Information deletion mandates are not novel. For example, criminal records may be expunged, sealed, or destroyed, and DNA information taken from witnesses that is no longer necessary is deleted from databases in some states.

Esse aspecto demonstra que a questão não é concernente à falsa informação ou à difamação. Sob essa perspectiva, admite-se a veracidade como elemento integrante do conceito, o que cria uma nova visão para o elemento da honra e da dignidade humana.

Meg Leta Ambrose, PhD pela Universidade do Colorado e especialista em Tecnologia Internacional, bem aborda a questão, ao mencionar Helen Nissenbaum, a qual modificou o conceito de privacidade para defini-lo como aquele baseado no fluxo da informação esperada, assim compreendido e definido como “integridade contextual”.

Em linhas gerais, entende-se o fator tempo como imprescindível à realidade contextual, sendo certo que seu transcurso pode ocasionar a ruptura do fluxo da informação, notadamente quanto à pertinência lógica de sua subsistência.

O Direito não é fixo e há que se acompanhar a fluência do ritmo do comportamento humano, em especial nos temas relativos aos direitos da personalidade, de relevância universal.

Mais de um século atrás, Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis já tocavam nesse aspecto, ao considerar que a definição e a natureza da proteção à privacidade devem ser revistas e atualizadas de tempos em tempos (“That the individual shall have full protection in person and in property is a principle as old as the common law; but it has been found necessary from time to time to define anew the exact nature and extent of such protection”).⁵⁵

No estágio atual, o conceito de direito ao esquecimento ainda não está totalmente formado.

Trata-se de instituto em construção que, se por um lado, se plasma pelo consagrado princípio da dignidade humana, de outro, encontra resistência a outro direito de similar relevância, tal seja o atinente à própria informação, assim entendido, como já ponderado, na inteireza da definição, o direito de informar e o direito de ser informado.

É certo que, em termos práticos, a possibilidade de rápida propagação da informação enfraquece parcialmente o debate por questões eminentemente técnicas, concernentes às dificuldades de sua contenção.

Peculiaridades sob a ótica individual, entretanto, mantêm necessário o debate e não invalidam a discussão.

⁵⁵ WARREN, Samuel D.; LOUIS D. BRANDEIS. The right to privacy. *Harv. L. Rev.*, v. 4, p. 193, 1890.

O apagamento de dados

Yésica Toscanini é uma modelo argentina, nascida em 1986. Entre outros trabalhos de destaque, Yésica fotografou para a revista *Sports Illustrated* nos anos de 2006 e 2007^{56,57} e para o catálogo da marca *Abercrombie & Fitch* (2006), além de haver contracenado com Enrique Iglesias no videoclipe da canção “Do you know?”, no ano de 2007.

Apesar da inegável fama, não é possível qualquer acesso à sua imagem se houver busca do seu nome pela ferramenta *Yahoo!* dentro do território argentino. Ao proceder a tal tentativa, o internauta obterá a informação de que a imagem não está disponível devido a ordem judicial.

Em termos concretos, referida medida judicial pouco ou nada significa, na medida em que a modelo poderá ser encontrada por meio de outras ferramentas de busca, ainda que no país de origem. E isto porque a ação foi proposta unicamente contra tal empresa.

Referida situação, porém, é de extrema relevância e não poderá ser ignorada no exame das questões afetas ao direito ao esquecimento.

Os detalhes do processo judicial que a modelo promoveu contra a *Yahoo!* são desconhecidos, assim como sua própria motivação. Inviabiliza-se, portanto, qualquer valoração acerca das razões de decidir.

De todo modo, dessa decisão judicial, pode ser extraída ao menos uma importante conclusão: a de que é possível, do ponto de vista técnico, o bloqueio de determinada informação pesquisada por meio de ferramentas de busca.

E a relevância desse aspecto diz respeito justamente ao argumento contrário à defesa do direito ao esquecimento, sob a acepção de sua impossibilidade técnica.

É certo que imagens armazenadas da modelo ou de qualquer pessoa podem ser facilmente transmitidas a terceiros. Não se ignora, porém, que, em raríssimas e especialíssimas hipóteses, tal possibilidade de bloqueio pode ser o instrumento facilitador de direito de proteção à imagem e de outros correlatos atributos.

⁵⁶ Disponível em: <http://sportsillustrated.cnn.com/vault/swimsuit/modelfeatured/yesica_toscanini/2006/model/index.htm>.

⁵⁷ Disponível em: <http://sportsillustrated.cnn.com/vault/swimsuit/modelfeatured/yesica_toscanini/2007/model/index.htm>.

De saída, não é difícil imaginar, como já ponderado, a situação do condenado criminalmente que já cumpriu integralmente a sua pena e que ainda se encontra atrelado à informação de processo penal já extinto.

Em tais hipóteses, quer-nos parecer inarredável a aplicação do direito ao esquecimento.

Com efeito, não existe, ao menos à luz do ordenamento jurídico brasileiro, qualquer direito assegurado a terceiros no que toca ao conhecimento da vida pregressa do reabilitado.

O intuito ressocializador da reabilitação criminal prevista no art. 93 do Código Penal, o qual guarda estreito laço com o princípio constitucional da dignidade humana, assegura ao condenado verdadeiro direito de sigilo quanto a seu passado.

Nos Estados Unidos, país vanguarda no campo das liberdades individuais, já há lei que permite o apagamento de dados da internet.

Em setembro de 2013, o governador da Califórnia, Jerry Brown, aprovou a Lei 568⁵⁸, que garante aos adolescentes o direito de remover informações disponibilizadas na internet, por meio de qualquer plataforma.

Referida lei, que ficou conhecida como a que concedeu um “*eraser button*” às crianças e jovens de até dezoito anos, é a primeira no país a prever referida possibilidade. De acordo com o governador, as implicações da lei obrigarão as empresas a incluírem um botão facilitador do apagamento de dados.

No interregno entre a promulgação da lei e a sua entrada em vigor no início de 2015, sobreveio, precisamente em maio de 2014, a emblemática decisão nominada como *Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, da Corte de Justiça da União Europeia⁵⁹, por meio da qual foi reconhecida a responsabilidade da empresa quanto ao apagamento de dados pessoais, ao argumento de que “é o operador do motor de busca quem determina as finalidades e os meios dessa atividade e, deste modo, do tratamento de dados pessoais que ele próprio efetua no contexto dessa atividade e que deve, conseqüentemente, ser considerado ‘responsável’ por esse tratamento por força do referido artigo 2º, alínea d” da Diretiva 95/46/CE.

⁵⁸ Disponível em: <<http://legiscan.com/CA/text/SB568/id/883962>>.

⁵⁹ Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070en.pdf>>.

Enquadrou-se, pois, a atividade do operador do motor de busca no conceito de “tratamento de dados” dado pela Diretiva.

Por decorrência de referida decisão judicial, a empresa Google passou a publicar as estatísticas relativas aos pedidos de remoção com similar fundamento, tornando públicos, outrossim, os informes relativos aos deferimentos administrativos sob seus critérios, e o que pode ser facilmente visualizado no *Transparency Report*.⁶⁰

Nas informações coletadas na página em janeiro de 2016, constatou-se que, do universo de pedidos formulados por cidadãos europeus, foram removidas administrativamente 479.078 URL's (*Uniform Resource Locator*) desde o advento de referida decisão, o que corresponde a 42,4% do material avaliado.

A plataforma traz igualmente as estatísticas relativas a outros países não abrangidos pela decisão, sendo certo que, quanto a estes, se restringe a atender às informações atinentes aos pedidos fundados em direitos autorais e às solicitações governamentais.⁶¹

Por fim, anota-se que o Google, em situações excepcionais, remove outros conteúdos a pedido de interessados, notadamente quando há informações pessoais que possam resultar em dano financeiro ou fraude.⁶²

Há quem defenda que referida espécie de direito, ao menos no âmbito dos Estados Unidos, confronta-se com a Primeira Emenda, notadamente no que pertine a aspectos relacionados à liberdade de imprensa.

Em outra ponta, há quem se arrisque a afirmar que referida possibilidade de apagamento de dados decorre de condição implícita da contratação entre a empresa e o usuário da Internet.

O Professor Robert Kirk Walker, em seu artigo “*The Right to Be Forgotten*”⁶³, bem desenvolve a questão e dá a ela o tratamento sob a ótica contratual para concluir que o direito em questão se alinha com os preceitos da privacidade, notadamente quanto há erro ou vício e, o mais importante, quando não subsiste legítimo interesse de manutenção dos dados na rede.

Por um lado, há que se reconhecer que, a princípio, inexistente qualquer vedação à divulgação de fatos verdadeiros, notadamente quando

⁶⁰ Disponível em: <<https://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/?hl=pt-BR>>.

⁶¹ Disponível em: <<https://www.google.com/transparencyreport/>>.

⁶² Disponível em: <<https://support.google.com/websearch/answer/2744324>>.

⁶³ 64 Hastings L.J. 257

não se vislumbra caráter explorativo ou vexatório. Nesse aspecto, reside o ponto central da defesa da ilimitada amplitude da informação.

Por outro lado, afigura-se perfeitamente sustentável que, para a divulgação, há de estar presente o componente do mínimo interesse público, de modo que, inexistente este, se minimiza o direito de informação sob a aceção de que esta, no caso concreto, é capaz de ensejar injustificado dano.

No Brasil, o caso mais emblemático de que se tem notícia diz respeito à ação promovida pela atriz e apresentadora brasileira Maria da Graça Xuxa Meneguel em face de Google Brasil Internet Ltda.

O Juiz de primeiro grau de jurisdição deferiu o pedido de tutela antecipada, determinando que a provedora se absteresse de disponibilizar aos seus usuários, no site de buscas Google, quaisquer resultados ou *links* na hipótese de utilização de específicos critérios combinatórios relacionados ao filme “Amor, Estranho Amor”. O TJRJ deu parcial provimento ao agravo de instrumento interposto pelo Google, restringindo a liminar apenas às imagens expressamente referidas pela parte agravada.

Ao final, foi dado provimento ao Recurso Especial apresentado pela provedora, ao argumento de que, identificada a URL (*Uniform Resource Locator*) da página que disponibilizou o conteúdo, não subsistiria razão para demandar contra quem tão somente atuou como facilitador por meio da ferramenta de busca.⁶⁴

Por evidente, a pequena extensão deste artigo não permite a análise aprofundada dessa decisão e nem a menção a outros casos similares. De todo modo, o que releva aqui apontar é a inegável e crescente tendência atinente à possibilidade de apagamento de dados, fenômeno este que já vem ocorrendo com frequência até mesmo sem a necessidade de provocação judicial.

O ressurgimento de dados antigos

Em março de 2013, foi aprovado, no Brasil, o Enunciado 531 do Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal (CJE/CJF), nos seguintes termos: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

⁶⁴Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj/inteiro-teor-22026859>>.

Menos de três meses depois, o Superior Tribunal de Justiça decidiu dois emblemáticos casos, ambos de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, nos quais foi reconhecido que a antiguidade do fato torna preponderante o direito ao esquecimento em confronto com o direito de informação.⁶⁵

O primeiro caso foi promovido contra a Globo Comunicações e Participações S/A⁶⁶ e diz respeito à menção que esta fez, no programa denominado “Linha Direta”, a pessoa que houvera figurado como suspeita de participação no crime que ficou conhecido como “Chacina da Candelária”, ocorrido em 1993. O episódio foi veiculado em 2006 e trouxe à tona a referência em questão, com a expressa informação do nome do autor da demanda.

Muito embora a emissora tenha sido leal à verdade, já que esclareceu acerca da absolvição do autor quanto à participação no evento criminoso, entendeu o STJ que, ainda assim, referida invocação ofendia os direitos da personalidade, entre os quais o da privacidade, sob a acepção de que o revolver dos fatos foi gravoso ao autor.

E, de outra parte, afastou-se, no caso concreto, a preponderância de possível interesse público sobre o direito do autor de ser esquecido.

Nessa demanda, assim, a emissora foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais.

No segundo caso, tratou-se de pretensão posta pela família de vítima de brutal assassinato ocorrido em 1958, também em face da Rede Globo⁶⁷. A emissora, décadas depois do crime, relatou o caso no programa “Linha Direta – Justiça”, o que teria ensejado dor e transtornos a seus familiares.

Embora a Corte tenha reconhecido igualmente o direito ao esquecimento, afastou a indenização pecuniária à família da vítima, sob o fundamento de que, dada a antiguidade do fato, grande parte da dor ora sentida pelos entes próximos já havia se esvaído, pelo que o desconforto não ensejava reparação.

Embora as soluções dos processos sejam distintas, releva o fato de que, em ambos, foi reconhecido expressamente o direito ao

⁶⁵ “Não se pode, pois, nestes casos, permitir a eternização da informação. Especificamente no que concerne ao confronto entre o direito de informação e o direito ao esquecimento dos condenados e dos absolvidos em processo criminal, a doutrina não vacila em dar prevalência, em regra, ao último.”

⁶⁶ RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7).

⁶⁷ RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0).

esquecimento como fundamento às pretensões formuladas, e o qual, na forma do quanto já ponderado neste trabalho, diz respeito à desconexão temporal de fato verídico, que é capaz de ofender direitos da personalidade.

Evidentemente, não há fórmula rígida para o estabelecimento de critérios, notadamente quanto à definição do que seja relevante do ponto de vista histórico, a tornar subsistente o interesse público.

Anote-se, ademais, que há infinitas possibilidades que ensejam a invocação do direito ao esquecimento, entre as quais, em linhas gerais, podem ser elencadas a título exemplificativo, as relativas a arrependimento, cumprimento de sentença civil ou criminal, absolvição, mera desconexão temporal ou até mesmo inexistência de culpa ou consentimento para a existência da informação.

A título de exemplo desta última hipótese, menciona-se o caso de James William Sidis, criança-prodígio americana que se notabilizou em tenra idade, e que teve sua vida exposta pela imprensa muitos anos depois, quando já houvera caído no anonimato.⁶⁸ Verifique-se que, neste caso, a vítima não deu causa à informação, na medida em que se tornou famosa sem consentimento válido, já que tal ocorreu na fase da infância.

Sendo assim, apenas por meio do exercício de ponderação entre todos esses direitos de igual dimensão, chegar-se-á ao justo resultado, no caso concreto, no que pertine à possibilidade de que a imprensa dê divulgação, no momento atual, quanto a fatos obsoletos.

É de anotar, ademais, que fatos de relevância histórica não se sujeitam, a princípio, ao direito em questão, porquanto, no que se refere a estes, há o perene interesse público, que cede frente ao interesse individual.

O exercício de ponderação, nesses casos, reside na compreensão da distinção entre o que seja real interesse público ou mero interesse do público.

⁶⁸ Sidis v F-R Publishing Corporation 311 U.S. 711 61 S. Ct. 393 85 L. Ed. 462 1940 U.S.

6. Conclusão

Para bem enfrentar o tema em qualquer um dos sistemas jurídicos mencionados, é necessário compreender, por primeiro, a importância do princípio da liberdade de imprensa, paradigma das sociedades democráticas modernas.

Ademais, há de se observar que o direito à informação, mais amplo que a própria liberdade de imprensa, acha-se garantido e titularizado a quaisquer pessoas, sejam elas propagadoras ou receptoras de informação.

Por fim, deve ser anotado que o direito à privacidade assume igual importância no cenário e acha-se também assegurado a todos os cidadãos, com restritas exceções.

O reconhecimento, pois, do direito ao esquecimento em uma determinada hipótese concreta reclama a análise de todos esses elementos para a definição, ao final, do fator preponderante em termos de interesse.

No mais, se antes parecia impossível tal espécie de invocação, a qual era sistematicamente objetada pela mera veracidade do fato, hoje, se consolidam como vetores primordiais a conexão temporal e a dignidade humana, que funcionam como verdadeiras balizas à necessária ponderação.

Por fim, anota-se que, como nesta era da informação inexistem fronteiras físicas ou limites de territorialidade em termos concretos, reclama-se uniformidade global quanto à compreensão desses conceitos, sob pena de ineficácia de uma determinada decisão.

Prescinde o tema, pois, de discussão e de amadurecimento para a harmonização desses conceitos em termos universais.

É o que fica aqui proposto.

Referências bibliográficas

ASANTE, C. E. *Press freedom and development*. Greenwood Press, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2004.

BERT-JAAP, Koops. *Forgetting footprints, shunning shadows: a critical analysis of the 'right to be forgotten' in big data practice*. 2011.

EPPS, Garret. *The First Amendment – freedom of the press – its constitutional history and the contemporary debate*. Amherst: Prometheus Book, 2008.

MURATA, Kiyoshi; Orito, Yohko. *The right to forget/be forgotten, ethics in interdisciplinary and intercultural relations*. 2011.

SIMONIS, Doris. *Inventors and inventions*. Tarrytown: Marshall Cavendish Corporation. 2007.

STEVENSON, R. L. *Global communication in the twenty-first century*. Longman, 1994.

WARREN, Samuel D.; Louis D. BRANDEIS. The right to privacy. *Harv. L. Rev.*, v. 4, p. 193, 1890.

WEAVER, D.H. The press and government restriction: a cross-national study over time. *Gazette*, v. 23, n. 3, p. 152-170, 1977.

III – Direito Internacional

Um novo programa para o Direito Comparado: política, cultura e direito

*Alfredo Attié Júnior*¹

Juiz substituto em 2º grau do TJSP

O presente artigo está baseado em um projeto que escrevi para o desenvolvimento do Direito Internacional da Democracia, a partir da perspectiva do Direito Comparado.²

Aqui, vou me restringir aos aspectos mais ligados ao método, que me levaram a empreender tal projeto original.

A ligação, que propus, entre Direito, Política e Cultura pode soar inusitada para boa parte de meus leitores e leitoras. A escolha que fiz para explorar tal conexão, todavia, foi responsável também pela seleção de minhas fontes, assim como do estilo adotado para a exposição de minhas ideias.

Primeiramente, as fontes. Sua escolha cuidadosa correspondeu a meu compromisso de descrever e determinar os aspectos culturais que, em minha opinião, seriam determinantes para a concepção da prática do Direito e da Política em determinados países ou contextos, pinçados para a finalidade da comparação. Comprometi-me a invocar os atributos particulares que permitiriam a qualquer pessoa identificar a configuração ou desenho de específico fenômeno jurídico e político, que é a constituição de uma identidade internacional de cada país. Digo internacional, e não nacional, porque a construção de uma identidade, isto é, as características de uma unidade constitucional, somente pode ser o resultado de sua comparação com outras unidades, e vice-versa. A identidade de um sistema jurídico é uma imagem que emerge da interação com outros sistemas jurídicos. Não é uma invenção isolada ou

¹ Magistrado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Doutor em Filosofia, Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito, Mestre em Direito Comparado, Titular da Cadeira San Thiago Dantas da Academia Paulista de Direito, Membro do Fórum Global de Direito, Justiça e Sustentabilidade, Pesquisador da USP.

² ATTÍE JÚNIOR, Alfredo. *Towards international law of democracy: a comparative study*. Birmingham: Samford University, Cumberland School of Law, 2014.

uma imaginação autocentrada, expressando apenas interações internas. Não pode ser considerada um monolito, uma vez que a identidade é um processo infindo em construção. Muitas metáforas são passíveis de aplicação, como a influência, o transplante, a recepção, o encontro, a sobreposição, a combinação, a mistura, servindo para entender os fenômenos de interação. O uso dessas metáforas permite ao Direito Comparado lidar com a ideia de sistemas jurídicos híbridos. Com efeito, no desenvolvimento do Direito Comparado, a ideia tradicional de sistemas jurídicos rigidamente separados sob a rubrica de famílias jurídicas, foi superada por uma perspectiva interativa e construtivista. Sistemas legais não apenas interagem uns com os outros, mas também emprestam características uns dos outros, mostrando-se mais permeáveis do que antes se imaginava.

Em decorrência disso, passei a abordar a questão das origens de um sistema político-jurídico em termos de condições culturais, isto é, influências – a perspectiva histórica – e interações – a perspectiva comparada. Além disso, a opção por fontes literárias tem sido, de meu ponto de vista, progressivamente reconhecida como a mais útil para a descoberta e a narração das características das culturas, em seu envolvimento com outros componentes da sociedade humana.

Em segundo lugar, o estilo. Tenho advogado, para o bem e para o mal, a adoção de uma perspectiva não apenas interdisciplinar, mas ensaística para os estudos jurídicos. A era da globalização, na qual a interação entre os diversos atores das relações internacionais caminhou para além das expectativas dos fundadores do Direito Internacional, assim como dos mecanismos de controle que imaginaram para o equilíbrio das condições internacionais, apresenta para a disciplina do Direito Internacional sérios desafios. O mais importante deles, em minha opinião, deveria ser a busca de conceber uma renovada moldura de conceitos e definições, ou seja, prover um vocabulário conceitual que se encaixe nos reais caracteres da vida social internacional: políticos, econômicos, culturais e jurídicos. A moldura conceitual tradicional falhou na tarefa de dispor uma convincente exposição dos fenômenos contemporâneos. Se a nós foi destinada a tarefa de desenhar um novo quadro e providenciar um novo vocabulário conceitual, temos de imaginar um método ou um estilo que conforme a experimentação de diferentes caminhos. Tal método ou estilo é o ensaístico.

Todo método ou estilo tende a modificar o modo como vemos as coisas. O Direito tem tradicionalmente optado pelo pesado estilo dos Tratados. Tal método pode ter sido apropriado para o momento em que

sua ciência, assim como as ciências em geral, havia alcançado um elevado grau de desenvolvimento, de confiança em seus próprios métodos e objetivos. Cientistas e escritores sentiam-se seguros da adequação de seus procedimentos às necessidades das sociedades e do contexto em que trabalhavam. O método ensaístico, pelo contrário, mostra-se mais útil no momento de mudança, quando os métodos e procedimentos das doutrinas estabelecidas e tradicionais são desafiados por desenvolvimentos inusitados da realidade, por mudanças no curso esperado de movimentação das coisas. Em minha opinião, experimentamos exatamente esse momento de mudança na ciência e na arte, assim igualmente no Direito Internacional.

Além disso, escolhi tal caminho não apenas porque me sentia confiante em usar tais fontes e estilo, mas igualmente porque há uma grande diferença, sobretudo no Brasil, entre o Direito que se ensina e que se insere nos livros e nos códigos, e o Direito que ocorre na realidade bastante desigual e fluida dos movimentos da sociedade. Assim, por exemplo, se olhamos para a definição de Democracia nos livros brasileiros, encontraremos apenas uma descrição do que a Constituição diz, que não corresponde à experiência, muito menos ao que efetivamente ocorre.

Mais ainda, não existe uma definição genérica de nenhum dos conceitos empregados pelas ciências política e jurídica. Há, apenas, experiências políticas e jurídicas. Bem por isso, decidi olhar para essas experiências com o auxílio dos literatos, portanto, daqueles que estavam mais aptos e mais abertos a desenvolver uma reflexão original sobre as experiências existentes nos contextos sociais.

Minha proposta específica abrange dois momentos precisos: o Romantismo e o Modernismo. O Romantismo constrói a ideia de nação e explica a emergência do Nacionalismo, enquanto o Modernismo critica tal ideia, tentando demonstrar como as afirmações românticas sobre o Nacionalismo correspondem a, e são produtos de invenção e imaginação.

Com a ajuda de tais escritores, conclui com a definição da vida política vivida, comparando-a com as afirmações clássicas a respeito das características da política. Tentei imaginar um vocabulário apropriado, que permitisse a comparação entre contextos culturais diversos.

Uma parte da vida de todos os dias é política. Está errado afirmar que tudo pertence ao político. Neste último caso, porque indefinida, a política perderia significado. Se admitimos que uma parte da vida é política, então a política passa a ser importante, por compor um de nossos modos de agir, portanto, parte do que somos, parte da política.

E, dentro da política, existem também partes, que são partições dos seres humanos. A política é o ser humano em partes, fragmentado, dito no plural. Sobretudo, ela não se completa no singular. Com o advento do Estado moderno, buscou-se construir uma concepção da política que negasse a pluralidade e que buscasse abranger o todo do ser humano. Ao fazer isso, a política negou a capacidade de diferença. Sobretudo, a capacidade de haver diferenças dentro dela mesma, que expressaria a existência de diferenças a respeito da própria concepção do que seria a política.

O que procurei fazer no interior desse projeto foi demonstrar como se construiu essa ideia de política e direito no singular, para depois desconstruir seu caráter artificial, demonstrando que existe uma política para cada contexto, para cada parte de uma pretensa realidade social. Pretensa porque ela é feita de fragmentos culturais, portanto, de várias culturas, que geram experiências diferentes do político e do jurídico, em conclusão, diferentes políticas e diferentes direitos.

Assim, não existe uma teoria política nem uma teoria jurídica. Nenhuma concepção unitária dá conta de experiências diversas, tais experiências não permitem uma definição única de direito nem de política.

A história e a comparação permitem acompanhar o evoluir e a interação de tais experiências diversas.

Em decorrência disso, meu trabalho buscou demonstrar que a Democracia se diz e se pratica de modo diverso, em contextos diversos. O Direito Internacional da Democracia é uma construção a partir de tais interações. Só existe Direito no Direito Comparado e na perspectiva internacional. Assim como só existe Política a partir da compreensão das interações de diferentes contextos e de seu desenvolvimento histórico.

O Direito Internacional da Democracia é um processo em constante movimento e mudança.

Um primeiro passo é explicar a utilidade e adequação do método comparado para lidar com a interação entre direito, política e cultura. Tal tríade é ao mesmo tempo produto de atos de comparação, e o processo de comparação em si mesmo. Como produto, estabelece práticas, normas e instituições, organiza o espaço público, em que os povos interagem, realizando suas tarefas e desenvolvendo seus objetivos. Como ato de comparação, por outro lado, constitui um constante processo de adaptação, o esforço permanente de legislar sobre o ambiente e o comportamento da ordem social e natural. Ao definir a comparação como um método de pesquisa e reflexão sobre

temas que emergem da realidade cultural, sugeri que a melhor forma de abordagem seria a que se utilizasse da figura de linguagem que, ao mesmo tempo representa com exatidão a comparação e provê um caminho flexível de trabalho com os aspectos da realidade a partir desta perspectiva interdisciplinar. Tal figura é a metáfora, que permite entender a denotação e a conotação dos aspectos da vida pública. A ação humana não é apenas dirigida por escolhas racionais, mas é também resultante de condições emocionais e de avaliação de interesse: a tríade razões, paixões e interesses. É preciso dar relevância aos aspectos não racionais da comunicação humana e construir um modo de concepção que permita o entendimento das paixões. A utilização do método das paixões permite relevar não apenas os emitentes de discursos e suas intenções, mas, sobretudo, a participação efetiva e as intenções dos que ouvem o discurso e são movimentados por eles. Ações e reações. A metáfora permite trabalhar concomitantemente com a realidade e a imaginação.

Finalmente, é possível, a partir de tal método, acompanhar e criar determinadas narrativas, que correspondam ao tema a ser objeto da comparação, no caso, a Democracia, na interação internacional. Neste caso, não se fala mais em vida política deste ou daquele povo, desta ou daquela nação, deste ou daquele Estado, mas das características políticas que resultam da interação entre parte deles ou todos eles.

A ciência da comparação supera a teoria jurídica e política nacional ou doméstica, resultando no abandono do modelo dos sistemas jurídicos artificialmente em si mesmos. Toda ciência é ciência da alteridade.³

Reconhecer a alteridade como aspecto prevalescente nas culturas jurídicas e políticas significa sobrepor às concepções tradicionais o objetivo de encontrar em meio às diferenças e à diversidade dos sistemas jurídicos e políticos formas e condições de diálogo, respeitando a liberdade e relevando a capacidade de contribuição plural para a construção de soluções de problemas internacionais.

Quer isto dizer que a concepção do próprio Direito muda radicalmente, por encaminhar o estudo de contribuições diferentes, e não mais a construção de uma concepção singular a ser imposta, no caminho de uma estandardização da ordem jurídica considerada universal.

³ ATTÍE JÚNIOR, Alfredo. *A reconstrução do direito*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

A universalidade deixa de ser uma imposição para significar a capacidade de amearhar contribuições mais autênticas dos vários agentes da comunidade internacional. O Direito Internacional se processualiza, permitindo a expressão de diversos regimes e sua comunicação, por meio de novas agências, instrumentalizadas por instituições e modos de solução dos conflitos, oriundos das concepções culturais diversas, que debatem e dialogam em novos espaços comuns.

Tais diálogos e debates são resultantes de conflitos mais profundos a respeito da concepção do espaço público, sobretudo internacional, e demandam a construção paulatina de soluções provisórias e decisões que abrangem as pautas das diversas culturas e dos diversos regimes, que resultam do contínuo aprimoramento da capacidade de organização dos agentes.

Isto é efetivamente colocar na pauta internacional não apenas os direitos humanos, mas essencialmente a questão da democracia: Direito Internacional da Democracia.

Qual seja essa Democracia Internacional, será o resultado do embate das alteridades. Para entender essa interação, é necessário compreender porque as identidades internacionais dos vários povos correspondem a um modo de interação interna que gera expressões externas, levando a uma difícil convivência de concepções de mundo. Tal dificuldade somente pode ser superada pela introdução de métodos democráticos de interação.

A Democracia Internacional, como construção e invenção, resultante da interação efetiva, leva à mudança na configuração interna da vida política dos povos. Comparar é ato que reconhece mudanças, mas, sobretudo, gera mudanças. O ato de ler o diverso também gera diversidade. Não é apenas um ato de conhecimento ou reconhecimento, mas, sobretudo, de transformação.

Assim, em conclusão, estudar o Direito Internacional da Democracia, sob a perspectiva do Direito Comparado, é verdadeiramente contribuir para a construção da mesma Democracia.

Deixei de lado, na presente exposição, neste breve artigo, os aspectos relativos ao conteúdo desse novo programa que sugeri, remetendo o leitor e a leitora ao trabalho original para o estudo dos caracteres da Democracia que fiz salientar.

IV – Direito Penal e Processual Penal

Breve análise comparativa dos modelos de valoração e constatação da prova penal – *standards* probatórios – no Brasil, nos EUA e na Itália: crítica à regra *beyond any reasonable doubt* ou *oltre ragionevole dubbio* (além da dúvida razoável)

Andrea Galhardo Palma¹

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução: a valoração judicial: conceito e a concepção contemporânea do modelo racional. 2. Critérios de decisão: *standards* probatórios e a questão do grau de verificação das hipóteses para serem consideradas provadas, adequadas ou refutadas. 3. Direito Comparado: Direito Norte-Americano. BARD (*beyond any reasonable doubt*): além da dúvida razoável como *standard* probatório e evidência legal (*law evidence*). 4. Direito Comparado: Itália e a regra decisória “*oltre ragionevole dubbio*” (além da dúvida razoável). 5. Bases Normativas da Convicção Judicial no Processo Penal Brasileiro: o critério do livre convencimento. 6. Crítica ao critério subjetivo da regra decisória: “para além da dúvida razoável” ou BARD (*beyond any reasonable doubt*). 7. A importância da argumentação e a questão do raciocínio judicial (analítico, dialético, dedutivo, indutivo). 7.1. Crítica ao silogismo judicial. 8. Conclusão. Referências Bibliográficas.

¹ Juíza de direito da 3ª Vara Cível Central da Capital. Graduada pela Faculdade de Direito da USP. Mestranda pelo LLM Program in *International Arbitration and Mediation da Penn State University* (Universidade da Pensilvânia-EUA) 2016-2017. Possui Especialização em estudos processuais penais pela Universidade de Turim - UNICRI/Itália e pela Universidade de Athens-Geórgia EUA. É membro do Comitê gestor do Trinunal de Justiça de São Paulo e Diretora do Capítulo Brasileiro da International Association of Women Judges – CBIWJ para o biênio 2016/2018.

1. Introdução: a valoração judicial: conceito e a concepção contemporânea do modelo racional

A valoração da prova “é a atividade de percepção por parte do juiz dos resultados da atividade probatória que se realiza em um processo,”² e consiste na verificação dos “enunciados fáticos introduzidos no processo através dos meios de prova, assim como no reconhecimento aos mesmos de um determinado valor ou peso na formação da convicção do julgador sobre os fatos que se julgam”³.

Para Taruffo, a valoração da prova “tem por objetivo estabelecer a conexão final entre os meios de prova apresentados e a verdade ou falsidade dos enunciados sobre os fatos em litígio.”⁴

Valorar significa atribuir valor ou peso à prova produzida no processo. Qual o critério ou modelo adequado é grande questão da moderna teoria geral da prova.

Para nós, o modelo racional fundado em critérios lógicos e probabilísticos de verificação dos enunciados fáticos deduzidos pelas partes, é o mais adequado para atingir a verdade processualmente válida. Mais adequado por se tratar de critérios objetivos controláveis *a posteriori* pelas partes e pelos Tribunais quanto à correção da decisão judicial em relação ao material probatório produzido. Isto porque “a concepção racionalista fundamenta a justificação da decisão sobre os fatos provados num método de corroboração de hipóteses, não na crença subjetiva de sujeito algum,”⁵ para ser considerado um fato como provado.

Significa dizer que a atividade valorativa do juiz é cognoscitiva e inferencial, partindo de um acontecimento humano que rompe de algum modo a normalidade, de forma que interesse ao ordenamento penal, dando lugar a uma hipótese acusatória, que “como qualquer hipótese é um enunciado submetido à contrastação,”⁶ que para ser considerada válida deverá ser confirmada pela atividade probatória, refutando a hipótese da defesa e a contraprova por esta apresentada, para se chegar à hipótese considerada provavelmente “verdadeira”, segundo critérios probabilísticos.

² NIEVA FENOL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 34.

³ GASCON, M. *Los hechos en derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 140-141.

⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Parcial Pons, 2008. p. 132.

⁵ BELTRAN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 65.

⁶ IBAÑEZ, Perfecto Andrés; ANDRADE, Lédio Rosa de Andrade (Org. e Trad.). *Valoração da sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 96-97.

Tal modelo rejeita os critérios puramente subjetivos na valoração, fundados puramente na “íntima convicção” ou crenças subjetivas prévias, bem como as teorias subjetivistas que adotam o caráter persuasivo e retórico da atividade probatória.

Ressalte-se que, a concepção subjetivista não está pautada em critérios racionais, havendo um “decisionismo” hermético, nem considera a verdade essencial à finalidade do processo e justiça da decisão, sendo incompatível, a nosso ver, com o Estado Democrático de Direito.

Segundo a moderna teoria, não basta que a valoração judicial seja livre, necessário que seja racional e guiada por critérios que possam ser controláveis pela via da motivação, por meio de um discurso justificativo igualmente lógico e racional.

Nesse sentido, a limitação do convencimento judicial, no momento da valoração das provas, é tão somente quanto à utilização correta das regras da lógica e critérios probabilísticos que confirmem o conjunto dos fatos produzidos no processo.

Contudo, a dificuldade da moderna teoria sobre a concepção racional da valoração da prova é definir quais são esses critérios racionais, emprestando da epistemologia geral os conceitos de probabilidade (matemáticos e estatísticos ou lógicos indutivos) para tentar se chegar a essa verdade aproximada.

Daí a importância, também, dos *standards* de prova ou grau de confirmação dos enunciados fáticos a estabelecer um nível de exigência de comprovação de um fato para ser considerado verdadeiro, no momento da decisão.

Partindo-se da premissa de que a atividade valorativa judicial é cognoscitiva, inferencial no sentido de verificar a provável ocorrência de uma hipótese fática, no caso hipótese acusatória, qual seria o modelo probabilístico mais adequado à demonstração do raciocínio judicial?

Ferrer Beltrán apresenta duas principais concepções sobre probabilidade ou esquemas metodológicos de demonstração do raciocínio probatório utilizado pelo juiz, no momento da valoração:⁷ probabili-

⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 97. O autor, citando Schum (SCHUM, D. A. Probability and the processes of discovery, proof, and choice. *Boston University Law Review*, v. 66, n. 3-4, 1986) afirma que existem cinco grandes escolas de raciocínio probatório: 1) escola de Pascal/Bayes da probabilidade e incerteza - também chamada matemática; 2) a escola de Bacon/Mill/Cohen da probabilidade indutiva; 3) a escola de Shafer/Dempster das crenças não aditivas; 4) a escola de Zadeh da probabilidade e da inferência fuzzy;

dade de eventos ou sucessões e probabilidade de proposições, esta última subdividida em: probabilidade subjetiva e probabilidade lógica ou indutiva.

A probabilidade aplicada a eventos ou sucessões, segundo o autor, mede a frequência com que um evento se produz em uma sucessão de acontecimentos, tendencialmente infinita, dando origem a cálculos matemáticos, para verificar o número de possibilidades de que um evento ocorra comparado com o número de possibilidades de que não ocorra. Cita como exemplo, o jogo de cara ou coroa, sempre que lançarmos a moeda ao ar, a probabilidade de que seja cara ou coroa será sempre de 50% para cada uma, de forma tendencialmente infinita, independentemente do número de vezes que se repita a operação.⁸

Tal probabilidade não seria adequada, segundo Beltrán, para dar conta do raciocínio probatório judicial, porque não diz nada acerca dos fatos individuais que interessam ao processo, mas somente informa o número de vezes em que se dá um evento numa sucessão dada e, para o processo “[...] não importa determinar a frequência com que os homens solteiros maiores de 60 anos, com título universitário e jubilados, matam as suas irmãs, senão se Juan matou a sua irmã (o que, mesmo solteiro ou jubilado, independe daquela frequência).”⁹

Já, a probabilidade aplicada às proposições mede o nosso grau de conhecimento empírico de determinado fato ocorrido – e não meramente de hipóteses tendenciais matematicamente levadas ao infinito –, utilizando uma noção epistemológica de probabilidade, que “gradua as possibilidades de que uma determinada proposição seja verdadeira”.¹⁰

Há duas concepções quanto à probabilidade aplicada a proposições: a subjetiva e a lógica ou indutiva.

Na probabilidade subjetiva, ou chamada bayesiana ou pascalina, parte-se de um cálculo matemático para se verificar o grau de crença racional de uma hipótese em relação a certo elemento do juízo.

5) a escola escandinava do valor probatório. A tese de Schum, segundo Beltrán, é que nenhum desses métodos é capaz de dar conta, de modo geral, do raciocínio probatório, sendo cada uma delas adequada para algum dos tipos de inferência que compõe o raciocínio. Já, Beltrán, considera que a probabilidade indutiva, segundo a fórmula de L. J. Cohen, é a mais adequada para tal fim (tradução livre).

⁸ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 94.

⁹ Idem. Op. cit., p. 98. Tradução livre. O autor cita como partidários desse entendimento: Kayes, Cohen-Nagel; Black, L. J. Cohen, Taruffo; Stein.

¹⁰ Idem. Op. cit., p. 94.

Por meio de uma fórmula denominada teorema de Bayes, estabelecem-se juízos de probabilidade fundados em juízos prévios que combinados com probabilidades, baseadas em frequências estatísticas, chega-se a um resultado provável de ocorrência da hipótese.¹¹

Gascon Abellan afirma que a fórmula bayesiana “permite medir o impacto que sobre a probabilidade subjetiva prévia do fato que se pretende provar, provoca a introdução de ulteriores elementos de prova”¹², partindo da seguinte ideia: “a probabilidade de um evento H, dado um evento E, pode determinar-se em função da frequência estatística com a qual o dado H se verifica E e da probabilidade atribuída precedentemente ao evento H.”¹³

A crítica, a nosso ver mais relevante, que se faz a esse modelo probabilístico é que se parte de uma valoração subjetiva prévia de fatos e de instrumentos estatísticos/matemáticos incompatível com a presunção de inocência no processo penal, na medida em que o teorema de Bayes parte sempre de uma probabilidade prévia/inicial de ocorrência do fato penal.

Para ilustrar o problema, Beltrán cita como exemplo o caso *State v. Skipper*, em que a Corte Suprema do Estado de Connecticut, em 1994, nos Estados Unidos, ao analisar a sentença num caso de estupro em que a vítima teria engravidado, como consequência da relação sexual não consentida, considerou incompatível com a presunção de inocência a probabilidade inicial de 0,5% utilizada pelo perito - ao aplicar o teorema de Bayes, no exame de DNA, presumindo a paternidade do réu, portanto, sua culpabilidade, antes do resultado do exame. Embora o resultado tenha apurado um percentual de 0,9997% da paternidade do réu, o Tribunal anulou o julgamento.¹⁴

Outros problemas da aplicação da probabilidade subjetiva são apontados por Beltrán, citando Cohen,¹⁵ como os da conjunção,

¹¹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 109, nota 82. Segundo o autor, “o reverendo Thomas Bayes (1702-1761) sustentou em um ensaio publicado postumamente em 1763 (“An Essay Toward Solving a Problem in the Doctrine of Chance”), que os juízos de probabilidade, baseados em conjecturas, podiam ser combinados com probabilidades baseadas em frequência mediante uma fórmula que recebeu posteriormente a denominação “teorema de Bayes”. (tradução livre)

¹² GASCON, M. *Los hechos en derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 147-148.

¹³ Idem. *Op. cit.*, p. 147-148.

¹⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 119.

¹⁵ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 115-116.

complementaridade, mas que não serão abordados no presente trabalho, que versa sobre os limites do livre convencimento.

Já, a probabilidade lógica, ou indutiva ou baconiana, defendida por Beltrán, com base na construção teórica de L. J. Cohen,¹⁶ consiste na utilização não matemática do conceito de probabilidade, baseada numa relação lógica de confirmação das proposições com as provas produzidas no processo, valorando cada elemento do juízo ou prova de forma individual e, posteriormente, de forma conjunta para a confirmação de uma hipótese.

A utilização do método indutivo leva em consideração o grau de confirmação que as provas produzidas no processo conduzem a verificação da ocorrência da hipótese que se pretende provar, num juízo de probabilidade lógica ou inferencial, sem utilização de cálculo matemático.

Segundo Gascón Abellán, o esquema valorativo do grau de confirmação exige dois requisitos básicos: o da confirmação e o da refutação.

No primeiro “uma hipótese *h* vem confirmada por uma prova *p* se existe umnexo causal ou lógico entre ambas que faça com que a existência desta última constitua uma razão para aceitar a primeira.”¹⁷ No segundo, uma hipótese será aceita se não for refutada pelas demais provas disponíveis no processo.

Para a autora, esse grau de confirmação aumenta ou diminui conforme a qualidade e quantidade das provas, as inferências que compõem a cadeia de confirmação.¹⁸

O mérito dessa construção é a confrontação de hipóteses com base nas provas produzidas em juízo por meio de um raciocínio indutivo, lógico, de forma objetiva.

Consideramos esse método probabilístico o mais adequado à averiguação da verdade, a partir de elementos disponíveis no processo, pelo método de confrontação, confirmação e refutação de hipóteses, por meio da indução, e não fruto da intuição subjetiva.

¹⁶ L. Jonathan Cohen, na obra “Introduzione alla filosofia dell’induzione e della probabilità” (Epistemologia Giudiziaria – Collana Direta da Giulio Ubertis, 1998) teorizou sobre o problema da valoração do peso de cada prova no raciocínio indutivo, sustentando a teoria da probabilidade denominada baconiana, ligada ao método das variáveis relevantes, por ele considerado peculiarmente idônea para tratar do raciocínio jurídico indutivo, rejeitando a aplicação da probabilidade matemática bayesiana ou pascalina ao raciocínio judicial.

¹⁷ GASCON ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 159, 2005.

¹⁸ GASCON, M. *Los hechos em derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 160.

Mas, não basta a existência de um método probabilístico para se ter certeza da verdade de uma hipótese, necessário estabelecer o grau de probabilidade suficiente para se dar como provada uma hipótese.

Em outras palavras, qual o standard probatório ou modelo de constatação utilizado pelo juiz na valoração (racional e lógica) das provas para se obter um juízo de certeza da condenação ou absolvição?

Para resolver essa questão, a moderna doutrina processual penal, entre vários enfoques, aponta como predominante a teoria dos modelos de constatação ou standards probatórios.

2. Critérios de decisão: standards probatórios e a questão do grau de verificação das hipóteses para serem consideradas provadas, adequadas ou refutadas

No relacionamento entre prova e verdade, a doutrina estabelece momentos ou contextos distintos.¹⁹

Há o momento da descoberta (produção de provas), o momento da valoração e o da decisão, não sendo comum na doutrina nacional fazer-se distinção entre o momento da valoração e o da decisão.²⁰

De fato, o contexto da valoração tem por objeto os meios de prova, que deverão ser valorados segundo regras lógicas e racionais, levando ao convencimento sobre a veracidade ou não de uma determinada afirmação sobre os fatos.

Logo, no momento da valoração da prova, não basta que o raciocínio judicial seja lógico-indutivo ou dedutivo para ser considerada convincente, adequada e provada a hipótese acusatória.

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. São Paulo: Campus Jurídico, 2012. O autor afirma que não é comum a doutrina nacional fazer distinção entre o momento da valoração e o momento da decisão, ensinando que “a atividade valorativa tem por objeto os meios de prova, que deverão ser confrontados e valorados segundo regras lógicas e racionais. A valoração leva à decisão sobre a veracidade ou não de uma determinada afirmação sobre os fatos. Todavia, os momentos de valoração e decisão não se confundem, e, mais relevante do que isso, são regidos por estatutos distintos. O contexto da valoração é eminentemente racional. Em um sistema de persuasão racional, as regras jurídicas não devem ter influência sobre como valorar os meios de prova. Questão diversa diz respeito aos critérios de decisão. Cabe ao legislador, a partir de um determinado valor que deseje tutelar, estabelecer critérios que poderão variar, por exemplo, segundo o bem jurídico em jogo, ou a natureza do processo.”

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. São Paulo: Campus Jurídico, 2012. p. 298.

Necessário que se aponte qual o critério de decisão a ser utilizado, cabendo ao legislador estabelecê-los, conforme os bens jurídicos em jogo, o valor que se pretende tutelar e a natureza do processo.

Valorada a prova, segundo critérios racionais e lógicos, necessário que esta seja confirmada, segundo certos modelos de constatação ou *standards* probatórios (também chamados critérios de convencimento), que determinam o grau de probabilidade, preponderância ou evidência utilizados pelo juiz, para uma hipótese fática ser considerada verdadeira ou muito próximo da certeza.

Os *standards* probatórios, na moderna processualística penal, são conceituados como “modelos de constatação” ou critérios pelos quais o raciocínio judicial, em especial o juízo de fato, é formalizado.²¹

Os *standards* têm a função, também, de permitir o controle da motivação judicial das decisões.²²

Tais modelos de constatação ou critérios decisoriais também permitem exercer certo limite ao convencimento judicial, no campo da valoração da prova, na medida em que regulam o que deva ser considerado provado: acima da dúvida razoável ou não; evidente, preponderante ou provável.²³

Os *standards* estabelecem padrões mínimos e máximos ou graus de probabilidade de um fato para ser considerado provado, os quais guiam as partes e o juiz, sendo debatidas em contraditório.

No processo penal, em geral, o *standard* probatório é elevado, devido à presunção de inocência, reconhecida na maioria dos ordenamentos atuais.

Para ser considerado culpado o réu, a hipótese acusatória deve ser confirmada por uma pluralidade de provas ou dados probatórios que superem a dúvida razoável (*BARD – beyond any reasonable doubt – EUA* ou *al de la della ragionevole dubbio – na Itália*).

²¹ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 18.

²² BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, p. 182, nov. 2007.

²³ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, p. 161-185, nov. 2007. O autor considera que os “standards ou modelos de constatação probatórios são padrões mínimos para aferir a suficiência da motivação de fato das decisões judiciais” (p. 182), funcionando tais modelos como verdadeiro mecanismo de controle da motivação das decisões judiciais. Já, Claudio Papagno considera como verdadeira regra ou limite decisório, cujo posicionamento especificamos no capítulo III.

Já, no processo civil, por exemplo, há quem defenda que, em demanda indenizatória por ato ilícito, o critério seria o da preponderância de provas, para que se considere demonstrado um fato (preponderance evidence: probabilidade de ocorrência de um fato); ou, no caso de improbidade administrativa, o *standard* da prova clara ou convincente (clear and convincent), um pouco mais rigoroso que o primeiro, considerando o interesse público em jogo.

A doutrina processual moderna expõe, como questão prévia à validade das decisões judiciais e respectivo controle pelas partes, via contraditório, que se definam quais os modelos de constatação serão utilizados na formação do juízo de fato. E mais, que o juiz, na sua decisão enuncie o modelo de constatação utilizado para formar seu convencimento, submetendo-o ao contraditório.

Tais modelos de constatação constituem, então, verdadeiros limites ao livre convencimento judicial, ao exigir que a decisão judicial esteja objetivamente justificada, visando eliminar – ou ao menos controlar – eventuais subjetivismos na valoração racional.

A adoção de um ou outro critério (por ex. preponderância de provas ou além da dúvida razoável) terá decisiva influência no resultado concreto da decisão, seja civil ou penal, este último objeto de nossa investigação.

A doutrina sustenta razões de ordem política para que o juiz, como representante legal da administração da justiça, revele qual o modelo de constatação utilizado para justificar o juízo de fato para condenar ou absolver, pois “não se pode admitir que o modelo de constatação utilizado na formação do juízo de fato radique numa pauta individual e não revelada.”²⁴

Logo, somente com a identificação, na decisão judicial, desse modelo, “se impedirá que o indivíduo fique livre do acidente ou da causalidade da subjetividade do juiz”.²⁵

Em outras palavras, será viabilizado o controle de legitimidade da decisão e qual o raciocínio utilizado pelo juiz para considerar o acerto dos fatos da causa penal.

²⁴ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 33.

²⁵ WALTER, Gehard. *Libre apreciación de la prueba*. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Tradução de Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis Librería, 1985. p. 153. KNIJNIK, Danilo. Op. cit., p. 33.

No Brasil, não se exige que o juiz enuncie o modelo probatório ou de constatação nas suas decisões, exigindo-se apenas que a decisão seja motivada com base nas provas dos autos, conforme se infere do art. 381, do CPP e do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal.

Contudo, a jurisprudência brasileira já se pronunciou, ainda que esparsamente, sobre necessidade de identificação do modelo de constatação judicial.

Como exemplo, cita-se a decisão do STJ que anulou condenação criminal baseada em indícios, porque o Tribunal utilizou-se de um modelo de constatação fundado na “alta probabilidade”, quando deveria se valer da “certeza”:²⁶ “[...] A condenação requer certeza, *sub specie universalis*, alcançada com prova válida, não bastando a alta probabilidade ou a certeza subjetiva do julgador.”²⁷

Segundo Gustavo Badaró, o tema dos “*standards* probatórios” ou “modelos de constatação” tem sido praticamente ignorado pela doutrina processual brasileira, que muitas vezes se limita a apreciar a questão sob o enfoque do *in dubio pro reo*, mas não dos diversos graus que se pode exigir do julgador para que considere um fato “provado” ou mesmo para que se tenha como satisfeito um requisito legal de mera probabilidade e não de “certeza”.

Numa escala crescente, pode-se trabalhar com “modelos de constatação” ou “critérios de convencimento”, ou ainda “*standards* probatórios” de (I) simples “preponderância de provas” (*preponderance evidence*), que significa simplesmente a probabilidade de um fato ter ocorrido; (II) “prova clara e convincente” (*clear and convincing evidence*), que pode ser identificado como uma probabilidade elevada; (III) e “prova além da dúvida razoável” (*beyond any reasonable doubt*), como uma probabilidade elevadíssima, que muito se aproxima da certeza.

Não se trata de quantificar, matematicamente, os graus de probabilidade distintos que caracterizam os diversos *standards* ou modelos de constatação, tendo fracassado as tentativas de atribuir valores nu-

²⁶ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 34. O autor também aponta que mesmo nos EUA, em estudo realizado por Diamon, revelou-se que mesmo entre os juizes americanos, habituados à utilização de tais modelos de constatação – a) preponderância; b) prova clara, convincente; c) prova clara, convincente e inequívoca; d) prova acima da dúvida razoável –, existe enorme indeterminação de sentido, não havendo justificação clara do modelo utilizado. A pesquisa envolveu esses quatro modelos de constatação e consta do acórdão dos EUA v. Fático, 458, F. Supp. 388, 410 (E.D.N.Y.1978). Ver também, DIAMOND, Henry. Reasonable doubt: to define or not define, *Columbia Law Review*, v. 90, p. 1728, 1990.

²⁷ REsp. n. 363.548/SC, Rel. Min. Felix Fisher, 5ª Turma do STJ.

méricos, em decimais ou percentuais, ao grau de confirmação que as provas atribuem aos enunciados fáticos.

Mas, ainda que a lei não defina um percentual de convencimento (p. ex.: há probabilidade elevada ou prova clara e convincente de autoria quando se atinge um percentual de 75% de chance de que o acusado seja o autor do delito), isso não invalida a utilidade teórica e prática dos standards probatórios.

Como observa Knijnik, “o fato de não se dispor de uma escala matemática ou métrica não retira o valor da construção, nem joga a teoria dos ‘modelos de constatação’ para o campo da literatura.”²⁸

Badaró também sustenta a existência de graus diferentes de constatação ou convencimento judicial ao longo da persecução penal, não se limitando os *standards* à fase probatória:

[...] Embora a distinção entre os standards costume levar em conta a relevância dos bens tutelados, com a conseqüente diferenciação entre processos de naturezas distintas (p. ex., processos penais, de um lado, e não penais, de outro), nada impede que a técnica dos “modelos de constatação” seja utilizada no processo penal com vista a decisões distintas a serem proferidas ao longo da persecução penal, em especial para distinguir as decisões cautelares com base em juízo de probabilidade, das sentenças de mérito, baseada em provas “além de qualquer dúvida razoável”.

Apenas a título exemplificativo, elencam-se alguns standards ou “modelos de constatação”, diversos da “prova além da dúvida razoável”, diariamente utilizados no processo penal brasileiro: para a prisão temporária bastam “fundadas razões... de autoria” (Lei nº 7.960/89, art. 1o, inc. III), enquanto para a prisão preventiva é necessário “indício suficiente de autoria” (CPP, art. 312); já para a pronúncia não basta – no singular – indício suficiente, sendo exigidos “indícios suficientes

²⁸ BADARÓ, Gustavo R. Ivahy. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, constituição e crítica* – estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 343-364.

de autoria” (CPP, art. 413, caput); por outro lado, para o sequestro, “indícios veementes de proveniência ilícita dos bens” (CPP, art. 126). No incidente de insanidade mental, basta a “dúvida sobre a integridade mental do acusado” (CPP, art. 149, caput). Assim, varia o grau de probabilidade exigida, seja uma simples preponderância de uma hipótese sobre a outra, seja uma probabilidade reforçada ou qualificada.

Além das medidas cautelares, é necessário observar que, ao longo da própria persecução penal, há uma formulação progressiva de juízos sobre o mesmo tema – por exemplo, a autoria delitiva ou a materialidade delitiva – que será objeto da investigação, da admissibilidade da denúncia até se chegar à sentença. Passa-se de um juízo de simples possibilidade, para uma probabilidade, até se chegar à certeza. Para usar uma expressão de Carnelutti, em tais juízos há “*identità di sostanza... ma differenza di dose*”²⁹. Posição em relação a qual concordamos.

Embora o nosso sistema legal não aponte precisamente a existência desses *standards* de prova, não há como negar a existência de diversos graus que se podem exigir do julgador para que considere um fato “provado” ou mesmo para que se tenha como satisfeito um requisito legal de mera probabilidade ou de “certeza”.

Nesse sentido, também, Knijnik, reconhecendo existência desses modelos de constatação fora da categoria do direito probatório, na legislação processual brasileira, com ampla aplicação, por exemplo, na expedição de provimentos liminares, tanto no processo civil e administrativo como no processo penal.

Como exemplos desses modelos de constatação em provimentos sumários, a legislação processual:³⁰

a) no Processo Civil:

a.1) nas tutelas antecipatórias – “prova inequívoca” (art. 273, CPC); a.2) nas cautelares: “fumus bonis iuris” (art. 800, CPC); a.2) Mandados de Segurança: relevância do fundamento (art. 7º, II, Lei 1533/51);

²⁹ BADARÓ, Gustavo R. Ivahy. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, constituição e crítica* – estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 343-364.

³⁰ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 47.

b) no Processo Penal:

b.1) Medida liminar em habeas corpus - “evidência da ilegalidade da coação” (art. 600, § 2º, CPP);
b.2) Concessão de habeas corpus - ausência veemente de porveniência ilícita dos bens (art. 126, CPP);
b.3) Arresto penal - “certeza da infração e indícios veementes de autoria” (art. 134, CPP);
b.4) Sequestro penal - “indícios veementes da responsabilidade” (art. 3º, Decreto-lei n. 3.240/41);
b.5) busca e apreensão - “fundadas razões”(art. 240, CPP);
b.6) prisão preventiva - prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (art. 312, CPP);
b.7) Sequestro de recursos objeto de lavagem de dinheiro - “indícios suficientes” (art. 4º, Lei 9.613/98);
b.8) Revisão Criminal - “decisão contrária à evidência dos autos, elementos “comprovadamente falsos”, descobertas de novas provas da inocência” (art. 621, incisos I, II e III, do CPP).³¹

Abordaremos alguns desses modelos de constatação existentes no Direito comparado (EUA, Itália, Espanha e Brasil), que conduzem (ou deveriam conduzir) o raciocínio judicial na valoração das provas, fazendo crítica em relação especialmente à regra *beyond any reasoble doubt* (além da dúvida razoável).

A premissa básica desses modelos de constatação é a de que toda decisão judicial sobre os fatos envolve certo grau de probabilidade,

³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. São Paulo: Campus Jurídicos, 2013. p. 300. O autor também elenca a título exemplificativo alguns *standards* ou “modelos de constatação”, diversos da “prova além da dúvida razoável”, frequentemente utilizados no processo penal brasileiro: “para a prisão temporária bastam “fundadas razões [...] de autoria” (Lei n. 7916/89, art. 1º, III), enquanto para a prisão preventiva é necessário “indício suficiente de autoria” (CPP, art. 312); já para a pronúncia não basta - no singular - indício suficiente, sendo exigidos “indícios suficientes de autoria (CPP, art. 413, *caput*); por outro lado, para o sequestro, “indícios veementes de proveniência ilícita dos bens) (CPP, art. 126). No incidente de insanidade mental, basta a “dúvida sobre a integridade mental do acusado” (CPP, art. 149, *caput*). Nas diversas situações mencionadas há variações do grau de probabilidade exigida, desde uma simples preponderância de uma hipótese sobre a outra, até uma probabilidade reforçada ou qualificada. Além das medidas cautelares, é necessário observar que, ao longo da própria persecução penal, há uma formulação progressiva de juízos sobre o tema - por exemplo, a autoria delitiva ou a materialidade delitiva -, que será objeto de investigação, da admissibilidade da denúncia até se chegar à sentença. Passa-se de um juízo de simples possibilidade para uma probabilidade, até se alcançar a certeza. Para usar a expressão de Carnelutti, em tais juízos há “*identità di sostanza... ma differenza di dose.*”

já que impossível reconstituir o passado, limitando-se a certeza a um juízo do provável, e porque, “num sistema em que os fatos são examinados por homens falíveis, em oposição aos julgamentos pelas ordálias, que reclamam a assistência divina, é sabido que, mesmo nas melhores circunstâncias, erros acontecem.”³²

A teoria dos modelos de constatação nos juízos de fato pretende suprir a tarefa de criar critérios para guiar o juiz ou identificar o modelo utilizado por este para proferir as decisões sobre os juízos de fato, tanto nas causas penais como nas cíveis; sendo próprio da razão humana fazer tais distinções: i) é provável que algo tenha ocorrido; ii) é altamente provável que algo tenha ocorrido; iii) é quase certo que algo tenha ocorrido; iv) é praticamente impossível que algo tenha ocorrido, sendo os quatro modelos acima citados uma pauta mínima necessária contra o arbítrio judicial na valoração da prova, facilitando a dialética via contraditório.³³

Nos juízos penais, considerando que quase todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos elegem como princípio constitucional a presunção de inocência (*in dubio pro reo*) como ponto de partida nas persecuções criminais, o modelo de constatação utilizado é sempre elevado, superando o juízo de preponderância, beirando quase a certeza com vistas à superação da dúvida razoável.

Em outras palavras, exige-se para o juízo de fato um verdadeiro limite: que o convencimento judicial supere a dúvida e se aproxime tanto quanto possível do grau elevado de probabilidade tendente à certeza.

Questão interessante é saber se caberia ao legislador infraconstitucional estabelecer para o processo penal standards de prova igual ou inferior ao BARD (*beyond any reasonable doubt*).

Tal norma positivada atingiria efetivamente o objetivo de criar uma pauta objetiva que escalonasse os graus de probabilidade para se considerar tal fato como provado ou verdadeiro? E em que medida possibilitaria o controle da valoração judicial?

³² BROOK, James. Inevitable errors: the preponderance of evidence standard in civil litigation. *Tulsa Law Journal*, v.18, p. 79, 1983. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 34.

³³ MacBAINÉ, C. M. A. Op.cit., p. 1295, 1293. Ver também KNIJNIK, Danilo, *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 43.

Consideramos que se o modelo de constatação igual ou inferior ao BARD fosse legislado no processo penal brasileiro, a exemplo do processo penal italiano, seria mais um instrumento a favor das partes na verificação do grau de probabilidade utilizado pelo juiz para considerar tal fato como verdadeiro ou provado.

Mas não seria por si só suficiente, por ser difícil, ou até mesmo impossível traçar um esquema abstrato que permitisse quantificar o convencimento judiciário, razão pela qual se pode pretender no máximo o fornecimento de pautas, ou critérios auxiliares à atividade judicial em questão.³⁴

Em outras palavras, uma vez que o juiz tenha proferido sua decisão de acordo com o grau de probabilidade legislado para o caso concreto (civil ou penal), aplicar-se-á determinado critério (além da dúvida razoável, mediante prova clara e convincente ou preponderância de provas) para se considerar o fato como provado, para os fins de resolver o conflito.³⁵

Contudo, o fato de legislar sobre os diferentes standards de prova ou modelos de constatação no juízo penal ou civil, não excluiria a natureza subjetiva dos critérios de probabilidade e mesmo do raciocínio judicial.

Os quatro modelos de constatação mais comuns no Direito Comparado resumem-se a: I – preponderância de provas; II – prova clara e convincente (intermediário); III – prova clara, convincente e inequívoca, e IV – prova acima da dúvida razoável.

O modelo da preponderância de provas (*preponderance of evidence, or preponderance of probability; balance of probabilities; or greater weight of evidence*) é aplicado no processo civil, especialmente no sistema norte-americano, em que são discutidas questões meramente processuais, e por exigir um grau menos elevado de “certeza”, bastando o juízo de fato consistente em dar por provado o que é “mais provável do que não”, sendo o “quantum de prova” exigido idêntico para autor e réu.

Dependendo do direito tutelado na esfera cível, transcende a esfera do meramente patrimonial exigindo-se, doutrinariamente, graus maiores de preponderância: prova clara e convincente, ou prova clara

³⁴ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 46.

³⁵ McCAULIFF, C.M.A. Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees? *Vanderblit Law Review*, v. 35, p. 1295, 1982.

convincente e inequívoca. Tratando-se a doutrina de estabelecer um grau intermediário superior ao de preponderância de prova e inferior ao grau exigido para “além da dúvida razoável.”³⁶

Citam-se como exemplos, considerando a relevância dos bens tutelados, alguns processos cíveis especiais: a destituição de pátrio poder, a fraude negocial e improbidade administrativa, este último com reflexos penais, cuidando a doutrina de elevar o grau de probabilidade para tais juízos de fato utilizando-se as expressões: “altamente provável”, ou expressões como “prova clara e convincente”, “clara cogente e convincente, de forma gerar forte presunção”.

Essa construção dos graus de “preponderância de prova”³⁷ é bem evidenciada no sistema norte-americano (EUA) para os processos cíveis,³⁸ característico do sistema adversarial fundado na *law evidence*, adotado também pelo modelo inglês da *Common Law*.

O método clássico é o teorema de Bayes, que propõe a aplicação da probabilidade clássica, entendida como a relação entre o número de casos possíveis: a partir de uma análise estatística entre o número de casos favoráveis e o número de todos os casos possíveis, entre os fenômenos de massa, para se verificar com que frequência certo tipo de evento se verifica, num percentual matemático.

A possibilidade de se empregarem dados estatísticos como provas diretas de acontecimentos singulares é há muito tempo objeto de discussão, prevalecendo a tendência ao reconhecimento de que isto é racionalmente possível somente em casos muito particulares, e somente quando ocorrem condições específicas de validade de cálculo estatístico e possibilidade de referência deste ao caso concreto.³⁹

Outra vertente da probabilidade quantitativa é a denominada evidentiary value model ou quantificação matemática da evidência, de origem escandinava, proposta por Per Olof Ekelöf e desenvolvida por Sören Halldén e Martin Edman, a qual compartilha das mesmas premissas

³⁶ READON, George. Evidence: proof beyond any reasonable doubt in civil cases. *University of Florida Law Review*, v. XXVII, p. 261, 1974. Ver também KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 39.

³⁷ HONNER v. FLINN. A preponderance of clear and convincing evidence. *Maine Law Review*, v.28, p. 242, 1976.

³⁸ McCAULIFF, C.M.A. Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees”. *Vanderbilt Law Review*, v. 35, p. 1303, 1982.

³⁹ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 251-252.

fundamentais da teoria bayesiana, mas levando em consideração os elementos de prova existentes, não somente frequências de bases (dados estatísticos, por exemplo, 80% dos ônibus são azuis).⁴⁰

Critica-se o método da probabilidade matemática, ante a impossibilidade de se impor um cálculo preciso dos aspectos metajurídicos do raciocínio do juiz no momento da valoração dos fatos,⁴¹ porque se funda na ilusão de que tudo o que pode ser quantificado numericamente é mais racional do que aquilo que não é “contado”.

⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 45-47. Segundo o autor, “a Evidentiary Value Model (EVM) compartilha das premissas fundamentais da teoria bayesiana: 1) o objeto de nossas crenças são proposições que exprimem hipóteses e informações sobre a verdade das hipóteses; 2) a nossa fé na verdade das proposições é quantificável por meio de cálculos de probabilidade; 3) o cálculo de probabilidade é um sistema de lógica no qual podemos demonstrar, dedutivamente, que o crer com um certo grau de probabilidade na verdade de certas proposições implica que possamos crer em certo grau em certas outras proposições; 4) o teorema de Bayes é a regra para calcular a probabilidade de que uma certa proposição A seja verdadeira, dado que se conhece que é verdadeira uma proposição B, que contém informações relevantes para a verdade A. A diferença da EVM em relação à teoria clássica bayesiana consiste na observação de que, sendo a proposição A um *factum probandum* e B um *factum probans*, o que é relevante e interessa ao juiz não é tanto estabelecer a verdade da proposição A, mas, sim, estabelecer que existe uma apropriada relação probatória entre A e B (v. nota 108, *Ônus da prova no processo penal*, p. 45). O raciocínio probatório, segundo EVM, é composto de três elementos. O primeiro é o tema de prova que deve ser demonstrado. O segundo elemento são os fatos probatórios. E o terceiro e último elemento é um mecanismo probatório, que diz que um fato probatório é causado pelo tema de prova (v. nota 110, *Ônus da prova no processo penal*, p. 46). Enquanto para a teoria clássica bayesiana o que importa é estabelecer o grau de probabilidade da proposição A segundo a frequência de bases (por exemplo, 80% dos ônibus são azuis), a EVM tem por finalidade estabelecer o grau de probabilidade segundo o qual os elementos de prova disponíveis confirmam a proposição A. Seu ponto positivo é exatamente este, considerar o valor que cada elemento de prova tem em relação à hipótese, coloca no centro do problema o mecanismo probatório, fazendo depender deste suporte que é dado à hipótese sobre o fato (v. nota 111, *Ônus da prova no processo penal*, p. 46). Assim, elimina-se um dos principais problemas da teoria de Bayes, que desconsidera ou subvaloriza os elementos de prova, ao determinar a probabilidade da hipótese, utilizando frequência de base (v. nota 112, *Ônus da prova no processo penal*, p. 46). Ao levar em conta elementos de prova existentes, a teoria ganha em concreteude, afastando-se do abstrativismo do modelo bayesiano (v. nota 113, *Ônus da prova no processo penal*, p. 46).

⁴¹ TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. São Paulo, *Revista Forense*, n. 355, p. 116, maio-jun. 2001. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de. Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012, Entende o autor que “a racionalização dos aspectos metajurídicos do raciocínio do juiz abre, portanto, numerosas perspectivas de indubitável interesse, mas também dá motivo a uma série muito ampla de problemas de árdua solução, referentes não apenas à validade dos conhecimentos científicos utilizados no processo, como também a aspectos importantíssimos do modo como o juiz realiza seu mister e elabora suas avaliações. A resposta científica à necessidade da certeza e confiabilidade do raciocínio decisório é, pois, importante sempre que ela seja realmente possível, mas, sem dúvida, ela não pode ser considerada como uma solução fácil e completa de todas as dificuldades que se enfrentam para formular a decisão”.

No mesmo sentido, Badaró considera que:

[...] muitas vezes, não se dispõe de uma base de dados relativas à frequência geral dos fenômenos do tipo daquele que se precisa verificar. De outro lado, mesmo nos casos em que seja disponível a base rate information, ela pode ser irrelevante para o caso concreto. Se não há tal base de dados, a teoria já se mostra inaplicável. De outro lado, mesmo nos casos em que a base rates information esteja disponível, ela se mostra irrelevante se, por exemplo, não houver dúvida de que o acidente foi provocado por um ônibus azul.⁴²

O caso paradigmático foi *People v. Collins*: trata-se de um caso de roubo, no qual a vítima declarava ter sido autora uma moça loira com rabo de cavalo, que fugiu em um veículo amarelo dirigido por um homem negro. Um cálculo estatístico indicou uma em doze milhões a possibilidade de outras pessoas em tais condições, além dos acusados, tendo o júri condenado os acusados.⁴³

A Suprema Corte da Califórnia anulou a decisão, afastando a possibilidade do julgamento *by mathematics*, por falta de prova dos pressupostos da decisão, que mesmo se fossem corretos, não foram considerados independentes.

Não se despreza, necessariamente, o método matemático, que pode ser útil para estabelecer-se o grau de confirmação de um enunciado, mas não como prova absoluta, precisa de sua ocorrência cuja convicção sobre a confirmação deve surgir de uma análise racional das “inferências lógicas que levam a quantidade e qualidade das provas disponíveis, que se referem àquele enunciado, seu grau de confiabilidade e sua coerência;”⁴⁴ não sendo, portanto, o método matemático o único critério ou caminho.

⁴² BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 41.

⁴³ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Standards probatórios no processo penal*. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, p. 174, nov. 2007.

⁴⁴ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 252.

Nos processos criminais, o modelo de constatação do juízo de fato é bem mais elevado, superior ao juízo do provável ou da preponderância. Construindo-se na doutrina e jurisprudência americanas o conceito de prova “além da dúvida razoável”, identificado como BARD – *beyond any reasonable doubt*.

Por esse modelo de constatação, adotado nos EUA (*beyond any reasonable doubt* – BARD), especialmente para os casos de *trial by jury*, e também na Itália (art. 533, do CPP, italiano – “*al de la oltre ragionevole dubbio*”), o juiz para considerar o réu culpado deve avaliar as provas além da dúvida razoável, significando dizer que tal grau de convicção quanto às provas produzidas é superior aos *standards*: preponderância de prova, prova clara convincente ou convincente/inequívoca.

Na Espanha e Brasil não se aplica, expressamente, tal *standard* probatório, subsistindo na primeira as “*reglas da sana crítica*”, dos arts. 316, 2 e 376, da Ley de Enjuiciamiento Civil, equivalente ao livre convencimento motivado no Brasil (art. 381, do CPP; 458, II, CPC), exigindo-se apenas a motivação de fato e de direito das decisões sem, contudo, exigir qual o modelo de confirmação fático utilizado pelo julgador para ser considerado provado tal fato, havendo ampla discricionariedade judicial.

Considera-se, “além da dúvida razoável” um modelo de constatação subjetivo, já que a conceituação do que venha ser “dúvida razoável” é assaz difícil e imprecisa, levando a jurisprudência americana, ao longo dos séculos, a tentar construir o conceito, na tentativa vã de desfazer a subjetividade ínsita.

Todos os modelos de constatação, sem exceção, são critérios abertos, elásticos ou pautas para guiar o juiz e as partes no exercício do convencimento sobre o juízo de “certeza” dos fatos, reconhecendo-se a dificuldade em precisá-los, ante o grau de subjetivismo; porque diferentemente das regras legais não são passíveis de subsunção típica dos comandos legais.

Em tópico próprio, desenvolvemos crítica específica sobre esse *standard de prova*, ainda utilizado nos países da *Common Law* e alguns países europeus, como já citados.

Por ora, basta a enunciação dos modelos existentes para evidenciar que o raciocínio judicial deve ser guiado não só por regras lógicas (indutivas, dedutivas, etc.), mas também por certos modelos de confirmação ou *standards* probatórios, reconhecidos legal ou

jurisprudencialmente, a legitimizar seu convencimento e possibilitar o controle pelas partes, via contraditório, e também pelo duplo grau de jurisdição.

3. Direito Comparado: Direito norte-americano. BARD (*beyond any reasonable doubt*): além da dúvida razoável como *standard* probatório e evidência legal (*law evidence*)

O sistema adversarial norte-americano, de natureza jurisprudencial, estabelece certo equilíbrio das partes na produção das provas, cabendo a elas buscar “evidências legais” a fim de demonstrar a validade de seus argumentos, em especial nos julgamentos feitos pelo *jury* (*trial by jury*).

No campo penal, a existência do *standard: beyond any reasonable doubt* (além da dúvida razoável), para estabelecer-se a culpabilidade do acusado, surgiu a partir de 1850, não sendo mais suficiente para os julgamentos do Júri a “certeza moral” dos jurados; era necessário um grau mais elevado de confirmação dos fatos, evidência que superasse a dúvida razoável.

Em outras palavras, os jurados eram advertidos de que só pronunciassem o veredito de condenação, equacionando o juízo de certeza à regra da superação da dúvida razoável.

Essa regra foi reconhecida como *standard* para a condenação penal em todas as cortes territoriais e dos Estados, bem como as cortes federais, que incorporaram de maneira uniforme a necessidade de advertência dos jurados, antes do pronunciamento dos veredictos, de que para condenar o acusado era necessário advertir os jurados de que para condenar exigia-se certeza moral ou certeza além de uma dúvida razoável.

Em famoso caso de 1850, o juiz Shaw, presidente da Corte Suprema Judiciária de Massachussets, resumiu bem essa equação: certeza x superação da dúvida razoável, num precedente (*Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. 320 (1850)), que passou a ser utilizado por mais de cinquenta anos, definindo o que seria a dúvida razoável:

[...] O que é a dúvida razoável? É um termo que se utiliza com frequência, que provavelmente se entende muito bem, mas não se pode definir

facilmente. Não é uma mera dúvida possível, porque tudo relativo às questões humanas e que depende da evidência moral está exposto a alguma dúvida possível imaginária. É aquele estado do processo em que a comparação e a consideração completas de toda a evidência, deixam as mentes dos jurados em condições de não poderem dizer que sentem uma convicção perdurável, com certeza moral, acerca da verdade da imputação. Todas as presunções da lei que não dependem de prova estão previstas a favor da inocência; e toda pessoa se presume inocente até que se demonstre sua culpabilidade. Se, todavia, há uma dúvida razoável sobre tal prova, o acusado tem o direito a beneficiar-se dela mediante a absolvição. Pois, não é suficiente estabelecer uma probabilidade – por mais que seja uma probabilidade forte que surge da teoria das possibilidades – acerca de que há mais chances de que o fato imputado seja verdadeiro que não seja –; mas a evidência deve estabelecer a verdade do fato com uma certeza razoável e moral, uma certeza que convença e dirija o entendimento, e que satisfaça a razão e o juízo daqueles que têm que atuar completamente sobre a base da evidência (...)⁴⁵

Tal precedente foi amplamente utilizado, tanto pelos tribunais locais dos Estados, como pelas cortes federais desde meados do séc. XIX até meados do séc. XX, encontrada nos precedentes do sistema da *Common Law*.

Em meados de 1970, o caso *in re Winship*, modificou a orientação da Suprema Corte, que passou a exigir dos juízes que instruísem os jurados sobre a necessidade de condenarem somente além da dúvida razoável, sob pena de revogação das decisões pelo *Jury*.

Num ato criativo, tal precedente jurisprudencial passou a considerar constitucional a existência desse *standard* de prova, não mencionado pela constituição americana, gozando a regra “*beyond any*

⁴⁵ LAUDAN, Larry. El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal. In: _____. *Es razonable la duda razonable?* Tradução de Jose R. Beguelin. Buenos Aires: Hamurabi, 2011, p. 125-126. Versão original em inglês publicada em *Legal Theory*, v. 9, p. 295 ss, 2003.

reasonable doubt” (BARD) de status constitucional por mais de 30 anos a partir de então.⁴⁶

Mas, a falibilidade também desse standard é inconteste, dado o grau de subjetivismo, fazendo com que muitos juízes, ao tentarem explicar o conceito de dúvida acima do razoável, confundissem os jurados que ao invés de condenar, absolviam, ou vice-versa.

Contudo, o critério “*beyond any reasonable doubt*” (BARD) permanece ainda vigente nos EUA e demais países da *Common Law* como standard probatório ou regra de julgamento.

4. Direito Comparado: Itália e a regra decisória “*oltre ragionevole dubbio*” (além da dúvida razoável)

No sistema processual italiano atual, pós-reforma do Código de rito de 1930, estão bem definidas as quatro fases do procedimento probatório: *ricerca*, *ammissione*, *assunzione* e *valutazione delle prove*, sujeitas ao princípio da legalidade desde a colheita do material, sua aceitação até a valoração na fase decisória.

O Código Processual Penal italiano atual é de 1988 e estabelece como regra a iniciativa probatória das partes, restringindo os poderes instrutórios do juiz a casos excepcionais e subsidiários em relação à atividade das partes.⁴⁷

⁴⁶ LAUDAN, Larry. El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal. In: _____. *Es razonable la duda razonable?* Tradução de Jose R. Beguelin. Buenos Aires: Hamurabi, 2011. p. 128. Versão original em inglês publicada em *Legal Theory*, v. 9, p. 295 ss, 2003.

⁴⁷ O art.190 estabelece que “le prove sono ammesse a richiesta di parte”. Trata-se de regra geral, mas excepcionada pelo próprio legislador no art. 507: “[...] *terminada l’acquisizione delle prove, Il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di officio l’assunzione di nuovi mezzi di prove*”. Ver também BADARÓ, Gustavo Henrique R. I., Ônus da prova no processo penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 140-141, apontando que para boa parte da doutrina italiana, o art. 507, do CPP italiano, teve por função impedir que houvesse uma total disponibilidade das partes sobre a prova, o que seria incompatível com a obrigatoriedade da ação penal. Nesse sentido, BADARÓ cita MANZIONE, Commento... p. 389; AMODIO, Il modelo accusatório statunitense..., p. XLVII; SCCELLA, I residuali poteri..., p. 1210; RANDAZZO, L’interpretazione..., p. 2238; BASSI, Principio dispositivo..., p. 1372 e PLOTINO, Assunzione delle prove..., p. 233. Em sentido contrário, para Ferrua (I poteri probatori..., p. 1082): “*la ripartizione dei poteri probatori tra parti e giudice è un tema epistemologico, riguarda la tecnica di accertamento, i mezzi di verifica dell’accusa formulata*”. E conclui: “*nulla vieta che dove l’azione penale è obbligatoria, si instauri un regime monopolistico delle parti nella produzione delle prove o comunque si escluda il potere giudiziale di supplenza; e viceversa che, dove l’azione disponibile, si riconoscono ampi poteri istruttori al giudice*”.

A regra do art. 190, segundo a doutrina italiana, foi apontada como típica expressão do processo acusatório, havendo uma mudança em relação ao Código Processual Penal de 1930, no qual predominava os poderes instrutórios do juiz.

A Constituição italiana, em vigor, estabelece expressamente o princípio da presunção de inocência ou “*principio di non considerazione di colpevolezza*”, conforme art. 27, *comma 2*, da Constituição Italiana.⁴⁸

Para transpor essa presunção, verdadeiro limite ao arbítrio judicial, a convicção do julgador e as provas produzidas no processo devem ir além da dúvida razoável (“*oltre ragionevole dubbio*”), já que a dúvida razoável enseja a absolvição do acusado.

Tal *standard* de prova foi importado dos Estados Unidos, do sistema adversarial, consubstanciado na law evidence em que a construção jurisprudencial do BARD (*beyond any reasonable doubt*) ou além da dúvida razoável exige que o juiz ou jurado valora as provas com grau de confirmação beirando a certeza.

Critério assaz subjetivo, na medida em que a definição do que venha ser razoável ou não para uns, pode não ser para outros, deixando no caso à valoração das provas de possuir um critério de racionalidade objetiva, sujeitando-a a íntima convicção do juiz ou do jurado.

É evidente que no sistema italiano a aplicação regra da dúvida razoável exige do juiz togado, diferentemente do *trial by jury* norte-americano, a motivação das decisões e demonstração do exame das provas produzidas nos autos a justificar sua decisão.

Mas, ainda assim, a regra da dúvida razoável remanesce subjetiva e pouco confiável à confirmação de um fato como verdadeiro.

Na realidade, segundo Michele Taruffo – citando Ferrer Beltràn –, o grau de confirmação de um enunciado deriva de inferências lógicas que levam em conta a quantidade e a qualidade de provas disponíveis que se referem àquele enunciado, seu grau de confiabilidade e sua coerência.

Trata-se de uma análise racional que se funda em argumentos e contra-argumentos, valorações e confrontos, ao cabo da qual se

⁴⁸ Art. 27: *La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. (Codice Penale e Procedura Penale e Leggi Complementari. 32. ed. Casa Editrice La Tribuna, 2011).*

estabelece qual o grau de fundamento racional que aquele enunciado tem.⁴⁹

Segundo tais inferências lógicas sobre as provas produzidas, é dever do magistrado absolver na falta, insuficiência ou contraditoriedade das provas seja quanto à existência do fato crime, sua autoria ou imputabilidade do réu, senão superada a dúvida razoável sobre a culpabilidade do réu.

“*Oltre ragionevole dubbio*”, ou além da dúvida razoável, tornou-se expressa como regra legal decisória, até então só utilizada casuisticamente na jurisprudência, prevista no art. 533, do diploma processual penal italiano, com redação dada pela reforma de 2006, considerada como inovação.

Dispõe o art. 533, do Código de Processo Penal Italiano: “*Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestandogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza*”.

Tal dispositivo deve ser interpretado em consonância com os do art. 425, *comma* (excludentes de crime ou culpabilidade), art. 409 (decisão sobre arquivamento) combinados com art.125 (formas de provimentos judiciais – sentenças judiciais e órgãos colegiados), todos do Código de Processo Penal Italiano, os quais delimitam as hipóteses legais de existência ou não do crime ou da culpabilidade, sentença e motivação.

Tal regra constitui espécie de limite ao livre convencimento e ao arbítrio judicial, na medida em que juntamente com os princípios da presunção de inocência, favor rei, do *in dubio pro reo*, do ônus da prova a cargo da acusação e a obrigação da necessária motivação lógico racional das decisões judiciais, disposto no art. 192, 1º *comma*, ao dispor que: “*Il giudice valuta la prova dando conta nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati (art. 546, lett. e, 606; lette e)*,”⁵⁰ controlam a atividade judicial no momento valoração do material probatório que deve ser expressa motivada e logicamente nas decisões.⁵¹

⁴⁹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 252.

⁵⁰ ALIBRANDI, Luigi (Coord.). *Codice penale e di procedura penale e leggi complementari*. 31. ed. iacenza: Casa Editricela Tribuna, 2011, p. 364.

⁵¹ PAPANNO, Claudio. L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie. Milano: Giuffrè, 2009. p. 422-423. (Studi di diritto processuale penale-raccolti da Giovanni Conso, 109). [...] *Nel nucleo centrale dei principi cui nostro sistema processuale ha aderito, nel delineare il quadro delle regole legale decisorie, si collocano la presunzione di innocenza dell'imputato, l'onere della prova a carico dell'accusa, l'annunziamento del principio in dubio pro reo recepto*

5. Bases Normativas da Convicção Judicial no Processo Penal Brasileiro: o critério do livre convencimento

A Constituição de 1988 adotou sistema acusatório, em que estão bem definidas as posições de acusar, julgar e defender,⁵² e a legislação infraconstitucional momentos processuais distintos: fase da postulação, instrução e decisão, donde se insere o sistema probatório brasileiro e suas fases: admissão/exclusão, produção e valoração das provas.

O Código de Processo Penal prevê a existência de um momento valorativo judicial, expresso no art. 155, ao dispor que:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A reforma processual penal empreendida pela Lei 11.690/2008 deu nova regulamentação na disciplina da prova, delimitando também o alcance da expressão “livre convencimento”.

Na redação anterior, disposta no art. 157, do CPP, *in verbis*: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”, a extensão da expressão “livre apreciação da prova”, muitas vezes abria margem para interpretação de que, no juízo de fato, quaisquer elementos de convicção poderiam ser considerados independentemente se produzidos durante a instrução, sob o crivo do contraditório ou não.

Com a nova regulamentação foi afastada a confusão, ainda muito frequente na prática judicial entre livre convencimento e liberdade de prova, considerando que o livre convencimento é exercido no momento

dall'art.530 commi 2 e 3 c.p.p. e, infine, la garanzia che tutte Le compendia, dell'obbligo di motivazione e della giustificazione razionale della decisione, a norma dell'art.111, comma 6, Cost e 192 comma 1 c.p.p.”; questi fondamentali principii, che per la giurisprudenza più illuminata, si trovano in diretta ed essenziale correlazione com la regola della razionalità della decisione, sono la diretta derizzazioni di quei valori potenti, messi irrimediabilmente in gioco dal processo penale, che seconda la dottrina, devono rappresentare l'asse portante del sistema decisionale di ogni sistema processuale civilmente organizzato.

⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 141.

da valoração e incide apenas sobre as provas produzidas em contraditório e, só excepcionalmente, sobre os elementos de informação colhidos durante a investigação.⁵³

Não significa, portanto, possibilidade de utilização, pelo juiz, de outras fontes de conhecimento.

Parece que o sentido da expressão “livre convencimento” dado pela norma concerne à liberdade de seleção e de valoração dos elementos probatórios regularmente introduzidos no processo, sob o crivo do contraditório, que para nós será exercida de forma racionalizada, por meio de critérios de probabilidade lógica indutiva, conforme explicitado anteriormente.

Controle esse que, segundo Michele Taruffo, é denominado “controle de racionalidade” exercido, seja na fase da admissão, seleção e utilização do material probatório relevante para a decisão, num juízo prévio ao momento da valoração; seja, posteriormente, no momento da avaliação do material probatório e exame da motivação.⁵⁴

Trata-se, segundo o citado jurista, de liberdade orientada que não equivale à discricionariedade absoluta ou arbitrariedade subjetiva, significando que o juiz deve utilizá-la com objetivo de alcançar uma determinação tendencialmente verdadeira dos fatos da causa por meio de critérios racionais de valoração.⁵⁵

O juiz é livre nos limites da lei⁵⁶ e da racionalidade, sendo este o sentido do livre convencimento.

⁵³ GOMES FILHO, Magalhães A. et al. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e projetos de reformas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 248-249.

⁵⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba sobre los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002. p. 402-403. Tradução livre: “*El principio de la libre convicción del juez supone también la libertad de este de escoger, entre el material probatorio incorporado a la causa, los elementos que considere significativos y determinantes para la decisión sobre el hecho [...]. Si, [...] se parte de la premisa de que la libertad de elección de los elementos de prueba relevantes para la decisión puede y debe ser ejercida de forma racional y controlable, entonces cambia completamente: resulta sensato hablar de garantía del principio de contradicción entre las partes a los efectos de la elección del juez, pero, la relativa libertad del juez resulta un aspecto natural y no particularmente peligroso de la discricionariedad del juez orientada hacia una determinación verdadera y racionalmente fundada de los hechos. [...] Em efecto, si se concibe la valoración de las pruebas em términos racionales, tiene exigir que el juez enuncie los criterios que ha adoptado para valorar las pruebas y, sobre esta base, justifique el juicio de hecho.*”

⁵⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba sobre los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002. p. 401.

⁵⁶ IACOVIELLO, Alessandro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997. p. 763. “*Il giudice è libero nei limiti della legge*”. Tradução livre: “*Il principio del libero convincimento - l'esperienza lo insegna - assume sovente intonazioni soggettive,*

Sobre a normatividade dos limites ao livre convencimento judicial em nosso ordenamento, podemos identificar os limites probatórios constitucionais e infraconstitucionais e os decisórios, estes consubstanciados nos princípios e regras de julgamento que conduzem à atividade judicial no momento da decisão, cujos exemplos citamos no tópico precedente.

Necessário ressaltar que a reforma processual de 2008 enfatizou a regra de julgamento prevista no art. 156, do CPP, como colorário lógico do princípio-garantia da presunção de inocência consagrado no art. 5º, inc. LVII, da CF/88: “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”; e pela Convenção Americana dos Direitos Humanos.

A redação original dispunha:

Art. 156 – A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A Lei 11.690/2008, mantendo a regra da distribuição, alterou para:

Art. 156 – A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz, de ofício:
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

psicologiche. In questa versione, è arbitrio, l'intime conviction a dominare a fase decisionale. Si scopre, in questo senso, un libero convincimento forgiato sui canoni del "potere" che perde sua valenza di principio ermeneutico cui conformare ogni snodo decisionale del processo, acuendo l'imprevedibilità della decisione(ver nota de rodapé, n. 13, Iacoviello). Come si vede, la versione soggettivistica del libero convincimento fomenta un irrazionalismo decisório che accentua la componente di incertezza fisiologicamente correlata al decidere.Per scongiurare questa condizione di arbitrio va implementata, con forza, la versione legale del libero convincimento, in cui 'il giudice è libero nei limiti della legge'."

Essa importante regra conduz a atividade judicial ao longo da persecução criminal, ainda na fase investigativa, culminando com a fase decisória, sem prejuízo do exercício do poder instrutório do juiz para, em caráter excepcional, determinar produção antecipada de provas e afastar a dúvida razoável, sobre ponto relevante da causa penal.

Discute-se sobre a existência de um verdadeiro ônus probatório no processo penal, com a inovação da redação dada pelo legislador.

Parte da doutrina entende não ser possível transpor a regra pura e simples de conceitos fixados no processo civil em que ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos do direito afirmado, enquanto ao réu, a dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333, CPC), sendo a regra de julgamento subjacente: toda alegação não comprovada deve ser tida como contrária à realidade dos fatos; assim, o fato não provado por quem tinha o ônus de fazê-lo é inexistente.⁵⁷

Isso, porque no processo penal a busca pela verdade real e a tutela da liberdade do indivíduo fazem com que o juiz também adote uma postura instrutória tendente a esclarecer os fatos submetidos a julgamento, em busca da verdade; e não sendo possível, persistindo a dúvida, independentemente da regra de distribuição de ônus, o réu será absolvido por falta de provas.

A absolvição aí será não em consequência da regra da distribuição do ônus, como opera no processo civil, mas em razão do princípio do *indubio pro reo*, decorrência lógica do princípio da presunção de inocência.⁵⁸

Em outra linha doutrinária, o ônus substancial da prova caberia ao Ministério Público, o qual deve provar a presença de todos os elementos de fato sobre os quais se funda a pretensão punitiva e também a inexistência de qualquer elemento que obste o surgimento dessa pretensão.⁵⁹

Para Magalhães, seja como for, através da negação completa do ônus da prova no criminal ou pela atribuição integral do encargo ao órgão da acusação, resulta que no processo penal a dúvida acerca da existência de qualquer fato deve sempre favorecer o acusado, até

⁵⁷ GOMES FILHO, Magalhães A. et al. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e projetos de reformas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 256-257.

⁵⁸ DIAS, Jorge Figueiredo. Ônus de alegar e de provar em processo penal? *Revista de Legislação e Jurisprudência*, p. 105-140, 1971.

⁵⁹ GOMES FILHO, Magalhães A. Op. cit., p. 257. e BETTIOL, Giuseppe. La regola "*in dubio pro reo*" nel diritto e nel processo penale – scritti giuridici. Padova: Cedam, 1966. v. 1, p. 315.

porque a presunção de inocência constitui garantia de não intervenção do *ius puniendi* em casos de duvidosa legitimidade.⁶⁰

Entendemos, como o autor, que independente da regra do ônus da prova a cargo da acusação ou de ambas as partes, presente a dúvida razoável, outra solução judicial não será que a absolvição por insuficiência de prova.

E o art. 156, II, do CPP bem consagrou a importância da superação da dúvida razoável, de fato relevante, tanto que com a Lei 11.690/2008 acrescentou-se como hipótese absolutória, no inc. VI, do art. 386, do CPP a fundada dúvida sobre a existência de circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, levando a crer que o juízo condenatório deve ir além da dúvida razoável, que vem sendo aplicada pelos nossos Tribunais.

A adoção da superação da dúvida razoável para autorizar a condenação, a exemplo da presunção de inocência, constitui verdadeiro *standard* probatório a limitar o convencimento judicial e a orientar a determinação judicial dos fatos.

A regra “além da dúvida razoável” ou BARD (*beyond any reasonable doubt*), advinda do sistema probatório norte-americano, criação da doutrina e jurisprudência do final do séc. XVIII, constitui verdadeiro *standard* probatório, na medida em que requer um grau particularmente elevado de confirmação probatória da culpabilidade do imputado, que tende à certeza, na tentativa de reduzir ao mínimo a condenação de um inocente.⁶¹

Verdadeiro limite ao convencimento, na medida em que o grau elevado de confirmação exigido no processo penal requer que o juiz ao analisar os enunciados fáticos ou as hipóteses fáticas, as quais podem ser verdadeiras ou falsas, decida de tal forma a resolver a incerteza indo além da dúvida razoável, atribuindo a cada hipótese o grau de confirmação competente segundo as provas produzidas no processo.

Esse *standard* probatório, considerado também critério de racionalidade judicial, não é isento de severa crítica, dado o grau de subjetividade e ausência de clareza do que venha a ser “além da dúvida razoável”, principalmente se pensarmos que nos júris os jurados não motivam seus vereditos.

⁶⁰ GOMES FILHO, Magalhães A. et al. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e projetos de reformas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 257.

⁶¹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 253.

6. Crítica ao critério subjetivo da regra decisória: “para além da dúvida razoável” ou BARD (*beyond any reasonable doubt*)

A ideia de que a condenação do imputado exige, no processo penal, elevado grau de confirmação e a tentativa de estabelecer critérios objetivos, por vezes probabilísticos (como, por ex., teorema de Bayes), do quanto de prova ou quais provas seriam suficientes para se alcançar a certeza ou a verdade de um fato, ainda que provável, levou a doutrina a questionar o conteúdo e o alcance da regra: para além da dúvida razoável, como parâmetro para atingir um veredito justo no juízo penal.

A noção de culpabilidade “além da dúvida razoável” é por si só subjetiva, obscura e incoerente, segundo Larry Laudan, que analisou sistematicamente como evoluiu na jurisprudência e doutrina norte-americanas, durante cento e cinquenta anos, tal *standard* probatório denominado BARD (*beyond any reasonable doubt*).

Historicamente, o BARD foi introduzido no começo do séc. XIX, nos casos de Júri, para instar os jurados a distinguir entre dúvidas triviais, infáveis ou infundadas, que não deveriam impedir a condenação, e dúvidas razoáveis capazes de impedi-la.⁶²

O sintoma do problema era a dificuldade de se explicar aos membros do júri o que significava decidir além da dúvida razoável ou o que significava “dúvida razoável”, fazendo com que juízes, ao instruírem os jurados sobre o significado, utilizassem interpretações e noções distintas, ora aproximando da certeza moral, ora da probabilidade ou mera crença, deixando a cargo do estado mental dos jurados o seu alcance.⁶³

Outro problema identificado no sistema americano era como os juízes ou tribunais de apelação podiam verificar se o BARD fora aplicado efetivamente pelos jurados, ou se estes respeitaram as instruções dadas pelos juízes, já que estes não motivam seus vereditos.⁶⁴

⁶² LAUDAN, Larry. El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal. In: _____. *Es razonable la duda razonable?* Tradução de Jose R. Beguelin. Buenos Aires: Hamurabi, 2011. p. 194-195. Versão original em inglês publicada em *Legal Theory*, v. 9, p. 295 ss, 2003.

⁶³ LAUDAN, Larry. El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal. In: _____. *Es razonable la duda razonable?* Tradução de Jose R. Beguelin. Buenos Aires: Hamurabi, 2011. p. 194-195. Versão original em inglês publicada em *Legal Theory*, v. 9, p. 120-133, 2003.

⁶⁴ TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre “por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es estándar”, de Larry Laudan. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 120. 2005.

Larry Laudan fez um levantamento crítico das interpretações discrepantes da jurisprudência americana quanto ao significado da expressão além da dúvida razoável ou simplesmente dúvida razoável, chegando à conclusão de que não é um *standard* de prova bem justificado e adequado para ser usado em todos os casos penais, por carecer de racionalidade objetiva, reconhecendo o subjetivismo das decisões sobre os fatos, muito característico do sistema americano, apesar da regra da *law evidence* ou evidência legal das provas.

Em outras palavras, a noção de razoável ou não pertine ao estado mental do julgador, que se não expresso ou motivado pelas regras da evidência probatória, será de difícil alcance ou controle; e no caso do jurado tal convencimento não precisa ser motivado, não se podendo distinguir em determinado veredicto se a dúvida é irracional ou não, já que não exige seja a dúvida expressa; podendo a culpabilidade ser decidida pelo juízo de mera crença ou mera dúvida.

Conclui Laudan, que um *standard* subjetivo de prova, tal como o BARD norte-americano e inglês (também adotado por alguns países da Europa Continental, como Itália e França – com algumas nuances), consubstanciado na confiança subjetiva na crença dos jurados a respeito da culpabilidade do imputado, de acordo com a análise da “evidência” das provas produzidas pelas partes, não é confiável, por carecer de significado e clareza.

Também, o autor critica a pretensa formulação objetiva dos *standards* de prova pautados unicamente na probabilidade matemática, citando como exemplo o teorema de Bayes, consistente num critério quantitativo da evidência das provas para se chegar a um juízo de condenação, cujo percentual seria de 90% a 95%.⁶⁵

⁶⁵ LAUDAN, Larry. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2011. p. 61. Sobre a existência desses dois tipos de estándares de prova: quantitativa (além da dúvida razoável) e qualitativa (probabilístico) ensina que: “[...] *el sistema anglosajón o el sistema continental hay, esencialmente, dos clases de discursos bastante bien definidos acerca del estándar de prueba (EDP). El primero se desarrolla principalmente en la sala, entre jueces y jurados, y las decisiones de los tribunales de apelación. Aquí la pauta general es configurar el EdP em términos cualitativos: desde este punto de vista, aquel a quien corresponda juzgar los hechos deberá condenar al acusado solo en el caso en que concorra una “certeza moral” o una “certeza que va más allá de la Duda razonable” de que el acusado cometió el delito. El juez espera tener una “convicción íntima” acerca de esa culpabilidad o (como en México) tener lo que El considera una “prueba plena” de la culpa de acusado. El outro discurso acerca del EdP tiende a ocurrir entre juristas académicos-anglosaxiones y continentales- cuya preferència decidida es hablar de los EdP como se fueran probabilidades (bayesianas) posteriores. En este segundo caso, la idea es que EdP establece un umbral de probabilidad (generalmente entre 90% y 95%) que debe lograrse para que se justifique que el juzgador de los hechos condene o acusado. Estos dos discursos, el práctico y el*

Michele Taruffo, analisando criticamente o modelo norte-americano do BARD, estabelece como questão central da formulação os jurados, cidadãos comuns, os quais decidem, sem fundamento na racionalidade ou objetividade.

Mas, segundo suas próprias inclinações subjetivas e não necessitam motivá-las, porque faz parte da construção norte-americana, que gozam de legitimação política social e não epistêmica, sendo a subjetividade intrínseca à função que exercem, quase como ato de fé e confiança da sociedade em suas decisões.⁶⁶

Significa dizer que a escolha do modelo foi feita há séculos, não pela objetividade ou racionalidade das decisões do júri, mas pela legitimidade ético-política, advinda do consenso social norte-americano.

A existência de um critério subjetivo de valoração, que dispensa a motivação – portanto sem qualquer controle – das decisões que condenam ou absolvem, não está longe de conduzir ao arbítrio e a incertezas.

Daí porque a pura e simples transposição teórico-normativa do BARD ao sistema processual penal brasileiro e europeu continental (italiano, francês e alemão) deve ser vista com cautela, devendo-se levar em conta a existência da magistratura togada, composta por juízes profissionais, técnicos de carreira, treinados para valorar jurídica e racionalmente as provas produzidas nos autos, motivando sua escolha e, portanto, justificando a eventual existência de dúvida razoável ou não a concluir pela condenação ou absolvição, racionalizando no caso concreto a regra “além da dúvida razoável”, verdadeiro standard elevado de prova, a exemplo da presunção de inocência.⁶⁷

acadêmico, nos están enteramente separados. El que llamaré “estandar de prueba académico” ha delineado tipicamente el trabajo estándar del juez sobre la base de alguna afirmación según la cual la prueba más Allá de toda duda razonable (en adelante: MATDR) debería ser entendida como el equivalente de un EdP de 90%. [...] nos és mio objetivo procurar reconciliar estas tensiones entre un estándar cualitativo y uno cuantitativo” (p. 61-62). Faz crítica depois sobre falibilidade de ambos, carecendo objetividade e clareza.

⁶⁶ TARUFFO, Michelle. Tres observaciones sobre “por qué un standard de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 120, 2005.

⁶⁷ TARUFFO, Michelle. Tres observaciones sobre “por qué un standard de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 122, 2005. Nesse sentido o autor expõe: [...] *Los términos de lo problema cambian si adoptamos un punto de vista teórico-normativo y se piensa en un criterio equivalente al del BARD que pueda funcionar en un sistema procesal distinto del norte-americano. Si se piensa, por ejemplo, en un modelo procesal de civil law como el italiano, el francés o el alemán, hay al menos tres factores que deben tomarse en consideración: a) el juez es un jurista profesional, de carrera, al que podría*

Na busca de um critério “objetivo” de valoração da prova alternativo ao BARD, Laudan ainda faz referência crítica ao conceito de plausibilidade proposto por Ron Allen.

Segundo Allen (seguido por outros doutrinadores americanos), o conceito de valoração probatória seria holístico em oposição à valoração detalhada e individual de cada uma das provas, consistindo a decisão final na eleição, entre distintas narrações relativas ao conjunto dos fatos de uma controvérsia, daquela mais plausível, mais capaz de dar um sentido coerente aos fatos narrados.⁶⁸

Tal concepção derivou da ideia de que os jurados norte-americanos quando analisam a prova (*trier of fact*), observam-na em seu conjunto, segundo seus padrões culturais e dentro da cultura média, sem analisá-las individualmente.

Contudo, critica-se exatamente tal critério “holístico” por deixar de analisar a credibilidade de cada uma das provas, dos fatos efetivamente demonstrados, principalmente por serem os jurados juízes leigos, e tais decisões não estarem isentas de subjetividade na escolha do fato plausível, considerado “normal” naquela situação, segundo a própria reserva de tipos ideais de comportamento, trama de fatos ou de caracteres típicos, dentro da cultura média, num certo momento, sobre cuja base se interpreta e compreende a realidade.⁶⁹

darse una preparación teórica suficiente y hacerle entender qué se pretende cuando se exige una valoración de la prueba según el standard del BARD o según cualquier outro estándar de prueba que se considere adecuado; b) dado que no existe el jurado en esos ordenamientos, es el propio juez que debe aplicar el estándar de prueba en sus decisiones. La decisión se toma, pues, por un juez “profesionalizado”, habituado a desarrollar la actividad de valoración de la prueba y posiblemente entrenado para afrontar y resolver las dificultades lógicas y epistemológicas que esta actividad implica. El trier of fact, por tanto, no es un ciudadano cualquiera, ingenio e inculto, incapaz de comprender instrucciones complicadas y, por ello, “condenado” a decidir según sus propias impresiones subjetivas, sino un “técnico” experto, al que se puede exigir que aplique criterios de valoración sofisticados; c) Last but not least, el juez del civil law está obligado, incluso por normas constitucionales, a ofrecer una motivación detallada, racional y “objetiva” de sus propias decisiones. Esta obligación afecta de forma particular a las decisiones de las cuestiones de hecho y a la valoración de la prueba. En otros términos, el juez está obligado a “objetivar” su propia decisión sobre los hechos, indicando los criterios seguidos y argumentando las razones por las que ha considerado que un determinado hecho estaba probado o no probado. Es especialmente a través de la obligación de motivar las decisiones sobre los hechos que los ordenamientos de civil law pretenden evitar que las decisiones sean tomadas según el arbitrio subjetivo del juez, y conseguir, en cambio que se funden en argumentaciones justificativas.

⁶⁸ TARUFFO, Michelle. Tres observaciones sobre “por qué un standard de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 122, 2005.

⁶⁹ TARUFFO, Michelle. Tres observaciones sobre “por qué un standard de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 122-124, 2005.

A plausibilidade ou não de uma ou mais narrativas fáticas não pode ser adotada como razão autônoma, suficiente, independente e desligada das provas que as compõe, sendo a “verdade” o critério de correspondência entre ambas.

Conclui-se, portanto, não haver um critério de avaliação ou modelo de constatação preciso, que possa tornar isento de subjetividade a valoração judicial do conjunto probatório, eis que os *standards* existentes não satisfazem a “necessidade de objetividade”, sendo a motivação o mecanismo de controle pelo qual se fiscaliza o conteúdo das justificações das decisões e sua racionalidade lógica e jurídica, segundo o material probatório produzido.

Logo, como forma de controle das decisões dos juízes e do exercício o livre convencimento em nosso sistema brasileiro e, também no europeu continental, exige-se a motivação das sentenças e dos julgados da corte de apelação quanto à valoração das provas produzidas em juízo, seu grau de confirmação e evidência.

7. A importância da argumentação e a questão do raciocínio judicial (analítico, dialético, dedutivo, indutivo)

O problema da identificação de como se constrói a argumentação do raciocínio judicial envolve antigas questões concernentes à lógica aristotélica, que distingue raciocínio analítico e dialético, ambos silogísticos.⁷⁰

O analítico, também considerado forma simbólica, caracteriza-se pela relação direta, na transferência das premissas às conclusões, sem compromisso com a validade ou veracidade das inferências, isto é, a forma do raciocínio lhe garante a validade (lógica formal), quase como uma simbologia algébrica, sendo indiferente se a premissa é verdadeira ou falsa.

Já, o raciocínio dialético, denominado entinema, exige premissas que não podem prescindir da veracidade ou plausibilidade das asserções, trazendo em si razões de valor, que se distinguem da lógica formal acima explicitada.

⁷⁰ IACOVELLO, Alessandro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997. p. 160-161.

Ambos, analítico e dialético, utilizam a dedução como via conclusiva.

Mas, mesmo considerando tais atributos da lógica aristotélica como instrumentos de justificação do percurso de um raciocínio, a atividade valorativa judicial é mais complexa, porque faz inferência das causas possíveis ou prováveis do fenômeno, aliados ao material probatório colhido, devendo valorar o peso de cada uma na observância do modelo legal de “*aprezzamento*” (aquisição, produção).

Diferentemente de hipóteses, trata-se de fatos possíveis ou prováveis a serem verificados, valorados, como um método retrospectivo guiado por inferências dedutivas ou indutivas produzidas pelas partes, no exercício da dialética processual, num procedimento de investigação histórica (“*a ritroso*”), que deve conduzir ao mais alto grau de credibilidade racional, como modelo de justificação racional exteriorizado na motivação.⁷¹

O método retrospectivo do juiz será guiado por inferência dedutiva ou indutiva combinada, nas mais variadas formas, conforme percentual mais ou menos elevado de contribuição dialética (do contraditório), no procedimento de verificação retrospectiva, que deve conduzir ao mais alto grau possível de credibilidade racional, e por isso a certeza processual.⁷²

Não se descarta que essa atividade mental, lógica do convencimento é permeada por valores hermenêuticos, variadas formas de interpretação das normas e das provas colhidas nos autos, incidindo sobre a escolha das premissas e também na conclusão do raciocínio judicial.⁷³

Necessário considerar, neste ponto, que a atividade interpretativa é carregada de juízos de valor, que muitas vezes conferem à atividade judicial a função criadora do direito, pois a interpretação implica valoração, eleição e decisão de quem também traz consigo seus valores ideológicos e culturais.

⁷¹ IACOVIELLO, Alessandro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997. p. 161.

⁷² IACOVIELLO, Alessandro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 161. (Tradução livre): “*Il metodo restrospectivo del giudice sara guidato dall’inferenza deduttiva o induttiva combinata nelle più varie forme, che diversamente si atteggiavano e si configurano in ragione del Tasso più o meno elevato do apporto dialético (quindi, di contraddittorio) nel procedimento di verifica a ritroso, che deve condurre al più alto grado possibile di credibilità razionale, e quindi alla c.d certeza processuale*”.

⁷³ IACOVIELLO, Alessandro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997. p. 162.

Citam-se, como exemplos vivos, as construções jurisprudenciais, que estabelecem limites de conteúdo às normas ou fixam seus conceitos.

Recordemos as definições de violência presumida, para se definir a existência ou não do crime de estupro ou atentado violento ao pudor contra menores de 14 anos etc.

Daí porque, não se pode falar em convencimento puramente lógico-mecânico de dedução de certas conclusões a partir de determinadas premissas, limitando o raciocínio judicial ao “silogismo puro.”⁷⁴

No campo penal e processual penal, ainda que se considere o método de interpretação como restrito ao exame da legalidade, a justaposição do fato típico à norma, haverá influência desse conteúdo axiológico, eis que o direito “é uma constante criação humana dificilmente reduzível a uniformidade e critérios taxativos de ordenação.”⁷⁵

A manifestação mais adequada desse pensamento é representada pela teoria tridimensional do direito, que considera que no direito confluem três dimensões indissociavelmente relacionadas: norma (dimensão normativa), fato social (dimensão fática ou sociológica), e valor jurídico (dimensão valorativa ou axiológica).⁷⁶

Considerando então o grau de subjetivismo das interpretações dos fatos e normas, entendemos, portanto, como G. Orrù, que o raciocínio judicial e, em consequência, o convencimento, não é resultado só da dedução lógica a partir de uma norma legal, mas decorre da argumentação dialética em que prevalece a lógica do razoável, em que não se obterá uma certeza evidente, irrefutável (“*apodítica*”, em italiano), mas plausível, provável, aceitável.⁷⁷

⁷⁴ OBANDO, M. Ana Elena; FACCIO, Alda; FRIES, Lorena. *Género e derecho*. Santiago de Chile: Studios de Género, 1999. p. 165. (Colección Contraseña). “*Por muchos años se há negado la función creadora de los y las juezas, como si la interpretación se tratar de una tarea técnica y no política, o como si para cada caso solo existiese una sola interpretación dogmáticamente correcta. Hoy sabemos, que la interpretación implica valoración, elección y decisión y que quienes interpretan son simples seres humanos cargados de valores ideológicos y culturales. Hasta la misma filosofía del derecho contemporánea há reconocido que el empleo de los llamados “metodos de interpretación” presupone posturas valorativas*”.

⁷⁵ SORIANO, Ramon. *Compendio de teoria generale del derecho*. Barcelona: Ariel, 1986. p. 11-14.

⁷⁶ Miguel Reale foi quem elaborou as bases metodológicas da teoria tridimensional do direito, em suas duas obras de 1968: “Teoria Tridimensional do Direito” e “O Direito como Experiência”, da qual nos filiamos.

⁷⁷ ORRÙ, G. La logica del ragionevole nel processo di convincimento del giudice. *Jus*, fasc. 1, p. 111, 1988.

7.1. Crítica ao silogismo judicial

Atribui-se a adoção da técnica de argumentação do silogismo à influência histórica do pensamento filosófico iluminista greco e latino, encampado por Cesare Beccaria,⁷⁸ no intuito de dar cientificidade ao exercício da atividade judicial e evitar o intuicionismo e aspectos irracionais no momento da decisão.

Segundo esta construção silogística do pensamento, evidenciada por Paolo Tonini⁷⁹, e criticada por parte da doutrina⁸⁰, para se convencer o juiz primeiramente verifica a ocorrência do fato histórico (materialidade-premissa menor) atribuído ao imputado, e se este é o responsável (autor); em segundo lugar interpreta a norma incriminadora para obter o fato típico (subsunção-premissa maior).

Depois valora se o fato histórico acertado é conforme o fato típico previsto pela lei, concluindo pela condenação ou absolvição.

O silogismo judicial assim considerado, já pelos iluministas, partia do pressuposto que o juiz era apenas “a boca da lei”, cuja missão era tão só – por meio desta atividade lógica – aplicar o direito ao caso concreto, sem contar os aspectos psicológicos, os valores sociais de determinada época e a construção sempre lacunosa das leis, com termos elásticos, dando margem a indeterminações a exigir interpretações distintas dependendo do olhar do julgador.⁸¹

⁷⁸ BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Livorno, 1764, par. 4. “In ogni delitto si deve fare dal giudice un silogismo perfetto: la premessa maggiore deve’essere la legge generale; la premessa minore, l’azione conforme, o no, alla legge; la consequência, la liberta o la pena”. [...] Quando un código fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de cittadine, e giudicarle conformi alla legge scritta, [...] allora i cittadini non sono soggetti alle piccoli tirannie di molti”.

⁷⁹ TONINI, Paolo. *La prova penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 2000. p. 27-28. Tradução livre: “Il giudice, in primo luogo, accerta se è avvenuto il fatto storico, che è stato addebitato all’imputato e se questi ne è responsabile; in secondo luogo interpreta la norma incriminatrice al fine di ricavarne qual è il fatto tipico; infine, valuta se il fatto storico, che ha accertato, è “conforme” al fatto tipico previsto dalla legge. In stretta sintesi, la decisione è stata definita um “silogismo”: il fatto storico, ricostruito attraverso le prove, è la premessa minore; la norma incriminatrice è la premessa maggiore; la conclusione consiste nel valutare se il fatto storico rientra nella norma incriminatrice. [...] Dal punto de vista formale, la decisione pronunciata dal giudice, in base alle prove che sono state acquisite nel corso del processo, ricostruisce il fatto storico commesso dall’imputato (motivi “in fatto”); quindi interpreta la legge e precisa il “fatto tipico” previsto dalla norma penale incriminatrice (motivi “in diritto”); in fine valuta se il fatto storico rientra nel fatto tipico”.

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 58-59.

⁸¹ NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 454-455. (Studi di Diritto Processuale Penale, 37).

Em outras palavras, o conteúdo subjetivo de cada decisão judicial, de como se forma convencimento, decorre de aspectos que fogem à lógica racional e necessariamente passa pelo conteúdo indeterminado das leis, passível de interpretação não unívoca, e nesse sentido se faz crítica a essa construção “perfeita” do Iluminismo.

Acentuando o caráter de subjetividade do conhecimento judicial, Luigi Ferrajoli critica a imagem proposta por Cesare Beccaria, do juiz como “investigador imparcial do verdadeiro”, fundamentalmente ingênua, na medida em que:

Toda reconstrução judicial minimamente complexa dos fatos passados equivale, em todo o caso, à sua interpretação, que é obtida pelo juiz a partir de hipóteses de trabalho, que ainda quando precisadas ou modificadas no curso da investigação, o levam a valorizar algumas provas e a descuidar-se de outras, e o impedem, às vezes, não apenas de compreender, mas inclusive de ver dados disponíveis em contraste com elas. Em todo juízo, em suma, sempre está presente uma dose de preconceito.⁸²

À subjetividade do juiz soma-se à subjetividade de muitos meios de prova, como os testemunhos, os reconhecimentos, as acareações, perícias, documentos, interrogatórios (estes fontes de prova) utilizados pelo “juiz historiador”, que podem refletir pontos de vistas parciais, emocionais ou interessados de que os haja realizado.

Daí porque se distingue o conhecimento judicial, do saber científico, a verdade substancial da verdade processual, reconstruída, “fabricada” processualmente, tanto mais provável, quanto maior forem as garantias do juízo, do contraditório, da oralidade, da imediatidade e da publicidade das provas, características do modelo acusatório, em detrimento do modelo inquisitivo, em que as provas são admitidas e produzidas em segredo.

Paradoxalmente, embora tais garantias legitimem juridicamente a atividade judicial de reconstrução dos fatos, restringem do ponto de vista epistêmico a correta reconstrução histórica dos fatos, priorizando outros valores em detrimento da verdade.

⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 58-59.

Beltrán cita como exemplos a proteção do sigilo de determinadas comunicações (ex., advogado e cliente), a proteção dos direitos individuais, a celeridade processual.⁸³

Gascón Abellán utiliza a expressão garantias antiepistêmicas para demonstrar que impedem a reconstrução histórica fidedigna dos fatos.⁸⁴

Mas, não é porque o conhecimento judicial, a valoração/convenimento, tenha o seu grau de subjetivismo que o sistema processual esteja comprometido.

O sistema normativo penal da estrita legalidade e as garantias processuais penais constituem verdadeiro contrapeso ao exercício arbitrário da busca, desenfreada, decisionista da “verdade”, a limitar, segundo nossa visão, o exercício do livre convencimento judicial, constituindo limite ao arbítrio, às decisões sem respaldo em provas colhidas segundo o modelo legal ou em desacordo com o procedimento legalmente previsto.⁸⁵

Inser-se entre os diversos princípios garantistas (legalidade estrita, a materialidade, a lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência, devido processo legal, etc.), que Luigi Ferrajoli assinalou como esquema epistemológico de identificação do ilícito penal, orientado a assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo do Estado e da tutela do cidadão contra arbitrariedade.⁸⁶

⁸³ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 31-32.

⁸⁴ GASCON, M. *Los hechos en derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 51.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 47. Equaliza a questão do subjetivismo do conhecimento judicial e a busca da verdade: “Foi o mérito do pensamento penal do Iluminismo o reconhecimento dos nexos entre garantismo, o convencionalismo e o cognitivismo jurisdicional, de um lado, e entre despotismo, substancialismo extralegal e decisionismo valorativo, de outro. A tese aqui que sustentarei é no sentido de que esses nexos não são excluídos pela impossibilidade epistemológica, antes mesmo que prática, de um perfeito cognitivismo judicial. Por certo, o modelo iluminista da perfeita ‘correspondência’ entre previsões legais e fatos concretos e do juízo como aplicação mecânica da lei é uma ingenuidade filosófica viciada pelo realismo metafísico. [...] Na realidade, pode-se demonstrar que, ainda quando o controle empírico dos procedimentos probatórios e interpretativos, nos quais consiste a aplicação da lei, encontre limites insuperáveis, pelo menos o modelo se torna assegurado nestes limites precisamente pelo sistema normativo das garantias de estrita legalidade e de estrita jurisdicionalidade e de seu grau de efetividade. De acordo com isso, dizemos que as garantias legais e processuais, além de garantias de liberdade, são também garantias de verdade; e que ‘saber’ e ‘poder’ concorrem em medida diversa no juízo, segundo aquelas sejam mais ou menos realizáveis”.

⁸⁶ Idem. Op. cit., p. 38.

Embora tais garantias deem legitimidade e racionalidade ao sistema, dificultam a rigor a busca da verdade, não se podendo comparar a figura do juiz com a de um historiador. Este não está submetido a limitações temporais em seu estudo, tampouco sua atividade está regradada, nem se excluem de sua análise elementos de juízo relevantes epistemologicamente.⁸⁷

A teoria do silogismo judicial constitui uma das teorias do discurso justificativo da atividade judicial, mas não é a única válida, que a doutrina identifica como sendo a que expressa uma postura sistemático-dedutiva, de matriz juspositivista, cuja premissa maior é dada pela norma que se deve aplicar ao caso concreto; a premissa menor seria os fatos relevantes já comprovados, e a conclusão constituída pela decisão dos fatos concretos.

Surge a rigor, em contraposição a outra grande teoria, de natureza retórica, assistemática, que leva em consideração os valores que influenciam a atividade judicial, nascida da crise do positivismo jurídico clássico, no séc. XX, e do surgimento da teoria dos valores, pondo ênfase na relevância que assumem os fatores tópicos, retóricos e argumentativos.⁸⁸

Segundo Michele Taruffo, a teoria que identifica a estrutura do juízo como silogismo judicial teve o papel dominante por muito tempo na doutrina europeia, especialmente na Alemanha e na Itália, mas não sem crítica, por considerar um modelo lógico-estrutural limitado que carece de idoneidade frente à complexidade do raciocínio judicial. Para Taruffo, ainda, o silogismo é um método de justificação da decisão, que ocorre em momento ainda posterior ao da valoração e decisão propriamente dita.⁸⁹

A crítica mais contundente que se faz ao silogismo judicial é de que sua representação é falsa, porque a atividade judicial não se limita puramente à lógica-racional, e é incompleta, por não expressar a complexidade da atividade criativa do juiz, não levando em conta o elemento voluntarista que está compreendido na decisão, mas apenas

⁸⁷ BELTRAN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 34. Ver também nota de rodapé 17. O autor faz interessante observação quanto à adoção da analogia da atividade do juiz com o historiador feita por alguns doutrinadores como Calamandrei, Munõz Sabaté; bem como de filósofos da ciência como Cohen-Nagel; Rescher-Joint; cita também os doutrinadores críticos dessa ideia da atividade do juiz tal historiador, como Twining e Taruffo.

⁸⁸ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011. p. 151-153.

⁸⁹ Idem. Op. cit., p. 151.

o cognoscitivo, cujo valor seria descritivo limitado à relação entre norma e realidade concreta.⁹⁰

Contudo, o mérito de adotar o silogismo judicial como técnica de argumentação e motivação da sentença esteve em buscar método lógico de justificação das decisões, com respaldo na atividade probatória. Tendo, na atualidade, um valor de instrumento apto a tornar objetivamente verificável a correção de uma interferência a partir de premissas aceitas como certas.⁹¹

Necessário frisar que o silogismo na atividade decisória, conquanto seja possível, não é o único instrumento lógico necessariamente utilizável pelo juiz, havendo outros meios de argumentação jurídica. Sendo o melhor método àquele lógico ou indutivo que expomos quando tratamos da probabilidade lógica ou indutiva defendida por Beltrán, com base na teoria formulada por J. L. Cohen.

Em essência, aponta Michele Taruffo, a utilidade da dedução silogística na estrutura do juízo tende a se reduzir à fase em que se instaura o vínculo entre a norma já selecionada para solucionar a lide e os fatos comprovados, coincidindo-a com o momento da subsunção.

O autor faz, ainda, observações quanto à utilidade desse recurso argumentativo nos juízos de fato, entre elas: instrumento pouco flexível e muito formal; a natureza tautológica e a conseqüente falta de valor heurístico do silogismo, e o risco de deformações de juízo, que está implícito no uso indiscriminado e incauto de dita forma lógica, como a atribuição de status de certeza a uma conclusão que na realidade não existe; a excessiva automaticidade e o formalismo do iter lógico, etc., havendo outros recursos lógicos para justificação da decisão e sua motivação quanto à certeza ou verdade jurídico-processual alcançada.⁹²

Posicionamento com o qual concordamos, em especial porque a decisão que recorre à justificação lógico-formal não está isenta de apreciação psicológica e influência do contexto social e histórico em que se vive, tampouco dos valores trazidos pelos juízes em suas decisões.

⁹⁰ TARUFFO, Michele. La motivación de la sentencia civil. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011, p. 154. FAZZALARI, E. *Il giudizio civile di cassazione*. Milan: Giuffrè, 1960, p. 88 ss. FAZZALARI, E. *La giurisdizione volontaria – profilo sistematico*. Padova: Cedam, 1953, p. 136 ss.

⁹¹ GIANZI, Giuseppe. Natura e controllo del vizio di motivazione delle sentenza penali. *Rivista Processuale Penale*, p. 500-501, 1960. Cf. GOMES FILHO, Magalhães A. et al.; MOURA, Maria Tereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e projetos de reformas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 149.

⁹² TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011, p. 158-160.

Concluindo, a fim de controlar o subjetivismo da atividade decisória/judicial, os sistemas processuais modernos não descaram de disciplinar os diversos momentos da atividade judiciária, seja por meio das regras legais probatórias (na fase da admissão, exclusão e produção de provas), das regras lógicas e epistemológicas (na fase da valoração), seja pelas de regras decisórias (presunção de inocência, ônus da prova a cargo da acusação, obrigação de motivação, princípio do favor rei, etc.), no momento da decisão.

A ideia de fundo dessa “racionalidade lógica judicial” é de que o convencimento judicial, na valoração da prova, seja livre e efetuado sem pressões externas, sem a predeterminação legal do valor persuasivo das provas,⁹³ característico do antigo “sistema da prova legal”.

Mas, seja exercido dentro da legalidade probatória consubstanciada nas regras de admissão/exclusão e produção do material probatório, e de natureza decisória, submetidas ao controle das partes, por meio da motivação.

Por meio desta se evidenciará se o raciocínio judicial observou ditas regras legais num processo entendido como dialético, a impedir o arbítrio.⁹⁴

Logo, mesmo sendo a valoração uma atividade mental exclusiva do juiz, inacessível, ignorada dos outros sujeitos do processo, uma zona em que além do aspecto lógico-racional, convergem, inevitavelmente, também a intuição do intérprete, as suas ideologias e seus valores, seja de natureza jurídica e extrajurídica,⁹⁵ é limitada aos cânones legais

⁹³ PAPAGNO, Claudio. L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie. Milano:Giuffrè, 2009. p. 428. (Studi di diritto processuale penale-raccolti da Giovanni Conso, 109). Tradução livre: “L’ideia di fondo, in un processo inteso come dialético delle parti, è quella del personale convincimento del giudice nell’attività valutativa della prova, che deve essere effettuata secondo i canoni della razionalità, senza che il giudice subisca pressioni esterne; così, da una parte, si esclude qualsiasi predeterminazione “legale del valore persuasivo delle prove” (IACOVIELLO, Alessandro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997) e, “dall’altra, si vincola l’operato del giudice alla necessaria accettabilità razionale della decisione”.

⁹⁴ Neste sentido, concordando com tal ideia PAPAGNO, Claudio. L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie. Milano: Giuffrè, 2009, p. 431-432. (Studi di diritto processuale penale-raccolti da Giovanni Conso, 109).

⁹⁵ PAPAGNO, Claudio. L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie. Milano: Giuffrè, 2009. p. 432-433. (Studi di diritto processuale penale-raccolti da Giovanni Conso, 109). Tradução livre: “[...] Il momento valutativo é un’area esclusiva del giudice, inaccessibile e ignota agli altri soggetti del processo e llo stesso legislatore. Una zona in cui, oltre all’aspetto logico- razionale, convergono, inevitabilmente, ache l’intuizione dell’interprete, le sue ideologie e i suoi valori sai di natura giuridica che extragiuridica.”

(regras probatórias e decisórias) e controlável pelo dever de motivação, colorário direto do princípio da necessária justificação lógico-racional das decisões judiciárias, que em nosso ordenamento é elevado à categoria de garantia constitucional.⁹⁶

Embora essa atividade mental do juiz, de natureza lógico-racional, seja livre na forma como se exterioriza o respectivo convencimento, é limitada ao conjunto probatório regularmente admitido no processo, às regras legais de natureza probatória e às de natureza decisórias (regras de julgamento), além dos princípios e garantias constitucionais que informam o sistema processual penal em nosso ordenamento jurídico e naqueles que adotam o sistema garantista (acusatório).

8. Conclusão

Nos juízos penais, considerando que quase todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos elegem como princípio constitucional a presunção de inocência (*in dubio pro reo*) como ponto de partida nas persecuções criminais, o modelo de constatação utilizado é sempre elevado, superando o juízo de preponderância, beirando quase a certeza com vistas à superação da dúvida razoável.

Embora o nosso sistema legal não aponte precisamente a existência desses *standards* de prova, não há como negar a existência de diversos graus que se podem exigir do julgador para que considere um fato “provado” ou mesmo para que se tenha como satisfeito um requisito legal de mera probabilidade ou de “certeza”.

No Brasil, não se exige que o juiz enuncie o modelo probatório ou de constatação nas suas decisões, exigindo-se apenas que a decisão seja motivada com base nas provas dos autos. Contudo, a jurisprudência brasileira já se pronunciou, ainda que esparsamente, sobre a necessidade de identificação do modelo de constatação judicial.

Conforme afirmamos, o art. 156, II, do CPP bem consagrou a importância da superação da dúvida razoável, de fato relevante, tanto que com a Lei 11.690/2008 acrescentou-se como hipótese absoluta, no inc. VI, do art. 386, do CPP a fundada dúvida sobre a existência de circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, levando

⁹⁶ Dispõe o art. 93, inc. IX, CF/98: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

a crer que o juízo condenatório deve ir além da dúvida razoável, que vem sendo aplicada pelos nossos Tribunais.

A adoção da superação da dúvida razoável para autorizar a condenação no Brasil ou nos EUA, a exemplo da presunção de inocência, constitui verdadeiro *standard* probatório a limitar o convencimento judicial e a orientar a determinação judicial dos fatos.

A regra “além da dúvida razoável” ou BARD (*beyond any reasonable doubt*), advinda do sistema probatório norte-americano, criação da doutrina e jurisprudência do final do séc. XVIII, constitui verdadeiro *standard* probatório, na medida em que requer um grau particularmente elevado de confirmação probatória da culpabilidade do imputado, que tende à certeza, na tentativa de reduzir ao mínimo a condenação de um inocente.

Verdadeiro limite ao convencimento, na medida em que o grau elevado de confirmação exigido no processo penal requer que o juiz, ao analisar os enunciados fáticos ou as hipóteses fáticas, as quais podem ser verdadeiras ou falsas, decida de tal forma a resolver a incerteza indo além da dúvida razoável, atribuindo a cada hipótese o grau de confirmação competente segundo as provas produzidas no processo.

Contudo, a inquestionável subjetividade do modelo de constatação ou critério de decisão do BARD (ou da regra “além da dúvida razoável”), evidenciada na mencionada crítica de Laudan, não leva à existência de um modelo seguro, mas passível de falhas, e por isso necessário identificar o raciocínio lógico judicial e o critério de decisão adotado, em consonância com a prova dos autos, para evitar o arbítrio das decisões judiciais.

Referências bibliográficas

- ANDRIOLLI. *Apunti di diritto processuale civile*. Itália: Jovene, 1964.
- ALIBRANDI, Luigi (Coord.). *Codice penale e di procedura penale e leggi complementari*. Piacenza: Casa Editrice la Tribuna, 2011.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Introducción a la teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- AMODIO, Ennio. Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo. *Revista di Diritto Processuale Penale*, 1999.
- _____. Motivazione della sentenza penale. In: ENCICLOPEDIA di Diritto. Milano: Giuffrè, 1977.
- _____. Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza. *Rivista Italiana di Diritto Penale*, v. 16, p. 311, 1973.
- _____. L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria. *Rivista Diritto Processuale*, 1970.
- ARONNE, Ricardo. *O principio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. Direito a um julgamento por um juiz parcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, contribuição e crítica – estudos em Homenagem ao prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. p. 343-364.
- _____. *Processo Penal*. São Paulo: Campus Jurídico, 2012.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, nov. 2007.
- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- BROWN, Guillermo. *Limites a la valoración de la prueba en el proceso penal*. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007.

BROOK, James. Inevitable errors: the preponderance of evidence standard in civil litigation. *Tulsa Law Journal*, v.18, 1983.

BRUGGER, S. I. Walter. Dicionário de Filosofia, p. 484. Enciclopédia Saraiva do Direito, “Verdade”, v. 77, p. 67.

BULYGIN, Eugénio. Sull’interpretazione giuridica. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Ricardo (Org.). *Analisis e diritto*. Torino: Gianppicheli, 1992.

CALOGERO, Guido. *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*. Padova: Cedam, 1974.

CAUDAS, Aulete. *Dicionário digital*. Lexikon, 2012.

CATENA, Victor Moreno et al. *El nuevo proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

CEDON, Paolo; (Trattati a cura di.) Mario Conte, Maurizio Gemeli, Fabio Licata. *Le prove penali*. Milano: Giuffrè, 2011.

CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale profilo istituzionale*. Torino: Utet Giuridica, 2012.

CHIAVARIO, Mario (Coord.). *Nuove tecnologie e processo penale – giustizia e scienza: saperi diversi a confronto*. Torino: Giappichelli, 2006.

COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Ricardo. Razionalità e legalità nel giudizio penale. In: BASCIU, M. (Org.). *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino*. Padova: Cedam, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo C.P.P. *Revista Italiana e Procedura Penale*, v. 33, n. 1, p. 113-47, 1990.

CORDERO, Franco. *Procedimento penal*. Bogotá: Temis, 2000. títulos I e II.

CRISTIANI, Antonio. *Le modifiche al nuovo processo penale e la giurisprudenza costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1993.

DAMASKA, Mirjan. *Evidence law adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997.

DELMAS-MARTY, Mireille (Org). *Procesos penales de Europa*. Zaragoza: Edijus, 2000.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Ônus de alegar e de provar em processo penal?* *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 1971.

_____. *Diritto processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1974. v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. I.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de derecho procesal: pruebas judiciales*. 10. ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1994. título II.

ESTRAMPES, Manuel Miranda. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Handcover, 1997.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 7. ed. Padova: Cedam, 1994.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Novos perfis da reação defensiva à imputação. Tese apresentada para concurso de professor titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000, p. 18, nota 13.

_____. *Provas no processo penal – estudo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Direito processual penal internacional*. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GAITO, Alfredo. *I giudizi semplificati*. Padova: Cedam, 1989.

_____. *La prova penale*. Torino: Utet Giuridica, 2009.

GARDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; NILS-ERIC, Sahlin. *La teoria del valore probatorio – aspetti filosofici, giuridici e psicologici*. Milano: Giuffrè, 1997.

GASCON, Marina Abellan. *Los hechos en derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

_____. Sobre la posibilidad de formular estándares de prova objetivos. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 127-139, 2005.

GIANZI, Giuseppe. Il dibattito: la valutazione della prova e la decisione. In: CANZIO, Giovanni; FERRANTI, Donatella; PASCOLI, Alessandro (Org). *Contributi allo studio del nuovo código di procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1989.

_____. Natura e controllo del vizio di motivazione delle sentenze penali. *Rivista Processuale Penale*, 1960.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHEL, Luiz Flávio; MORAES, Maurício Zanóide de (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas do processo Penal – as novas leis de 2008 e projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina: Argentina, Brasil e Código Modelo para Ibero-América. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 120-34, abr./jun. 1990.

_____. *O processo em evolução*. São Paulo: Forense Universitária, 1996.

_____. As reformas processuais penais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Scarance Antonio. *Recursos no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUEDES DINIZ, Clarissa. *Persuasão racional e limitações probatórias – enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. 2013. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

HEIDEGGER, Martin. *Vom wesen der wahrheit*. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção Os Pensadores, v.45).

HONNER v. Flinn. *A preponderance of clear and convincing evidence*. *Maine Law Review*, v. 28, 1976.

IACOBONI, Alessandro. *Prova legale e libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 2006.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; ANDRADE, Lédio Rosa de (Org.). *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

LANGBEIN, John H. Langbein. The Germain advantage in civil procedure. *The University of Chicago Law Review*, v. 52. p. 864, 1985.

LAUDAN, Larry. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal (presentación y aporte de Edgar R. Aguilera García)*. Buenos Aires: Hamurabi, 2011.

LESSONA, Carlos. *Teoría general de prueba en derecho civil o exposición comparada de los principios de la prueba y sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemanha etc.* Traducción de Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1957.

LOPES JUNIOR, Aury. *Sistema de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MANZINI, Vincenzo. *Istituzioni di diritto processuale penale*. Padova: Cedam, 1967.

McCAULIFF, C.M.A. Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees. *Vanderbilt Law Review*, v. 35, 1982.

MacCORMICK, Neil. La congruenza nella giustificazione giuridica. In: BESSONE, M.; GUASTINI, R. (Org.). *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*. Padova: Cedam, 1994.

MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MAZZARESE, Tecla. Scoperta vs giustificazione – una distinzione dubbia em tema di decisioni giudiziali. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (Org.). *Analisi e diritto*. Torino: Giappichelli, 1995.

MELENDI, Sentis Santiago. *La prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1978.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NIEVA FENOL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974. (Studi di Diritto Processuale Penale, 37).

NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

NUVOLONE, Pietro. Bewesverbote im Strafvertfaren der Länder des romanischen Reschkreises. Gutacheten in Verhandlungen des 46. DJT, t. I, part 3 A.

OBANDO, M. Ana Elena; FACCIO, Alda; FRIES, Lorena. *Género e derecho*. Santiago de Chile: Studios de Género, 1999.

ORRÙ, G. La logica del ragionevole nel processo di convincimento del giudice. *Jus*, fasc. 1, 1988.

PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milano: Giuffrè, 2009. (Studi di diritto processuale penale-raccolti da Giovanni Conso, 109).

PATTARO, Sandra Tugnoli; La giustificazione nella scienza: riflessioni per um confronto con l'etica e il diritto. In: GIANFORMAGGIO, Letizia; LECALDANO, Eugenio (Org.). *Etica e diritto: le vie della giustificazione razionale*. Roma: Laterza, 1986.

PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. *Revista di Diritto Processuale*, v. 40, n. 3, p. 480-519, 1985.

_____. Decisione giudiziaria e verità scientifica. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 8, 2005.

_____. *Le prove – parte generale*. Milano: Giuffrè, 2010.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

READON, George. Evidence: proof beyond any reasonable doubt in civil cases. *University of Florida Law Review*, v. XXVII, 1974.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolagem de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.

SAMMARCO, Angelo Alessandro. *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2001.

SATTA. *Diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1975.

SAUVEL, Tony. Historie du jugement motive. *Revue de Droit et de la Science Politique en France et a l'Etranger*, v. 61, p. 5-53, 1955.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Constitución y Leyes, 1990.

SIRACUSANO. Delfino. I provvedimenti penali e le motivazioni implicite, "per relationem" e sommarie. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penali*, v. 1, p. 349, 1958.

SORIANO, Ramon. *Compendio de teoria generale del derecho*. Barcelona: Ariel, 1986.

SOTTANI, Sergio. *Le impugnazioni penali* – trattato diretto da Alfredo Gaito. Torino: Utet, 1998.

TAORMINA, Carlo. *Il regime della prova nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 2007.

TARUFFO, Michele. Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 3, p. 483-465, 1967.

_____. Prove atipiche e convincimento del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 28, pt. 2, p. 389-434, 1973.

_____. Il diritto a la prova nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 39, n. 1, p. 74-120, 1984.

_____. La giustificazione delle decisioni fondate su Standards. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Ricardo (Org.). *L'analisi del ragionamento giuridico*. Torino: Giappicheli, 1989. v. 2.

_____. Libero convincimento del giudice: I) diritto processuale civile. In: ENCICLOPEDIA Giurídica Treccani. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990. v. XVII, p. 1-3.

_____. La prova dei fatti giuridici. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. Senso comum, experiênciã e ciênciã no raciocínio do juiz. *R. Forense*, São Paulo, n. 355, maio-jun. 2001.

_____. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trota, 2002.

_____. Tres observaciones sobre "por qué un *standard* de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", de Larry Laudan. *Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho*, v. 28, 2005.

TARUFFO, Michele. *La semplice verità – il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009.

_____. *La motivación de la sentencia civil*. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011.

_____. *Uma simples verdade – o juiz e construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. La valutazione delle prove. In: TARUFFO, Michele (a cura di). *La prova nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 2012. cap. IV, p. 207-272.

TONINI, Paolo. *La prova penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 2000.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. 1987. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1987.

UBERTIS, Giulio (Coord.). *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1992.

VERGINE, Francesco. *Sistema delle prove e interventi del giudice*. Bari: Cacucci, 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación dela prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Traducción de Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis Librería, 1985.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e extraordinário – XII – Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de Recurso Especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

WRÓBLEWSK, Jerzy. Justification of legal decisions. *Revue Internationale de Philosophie*, v. 33, n. 127-128, p. 277, 1979.

ZAZA, Carlo. *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*. Milano: Giuffrè, 2008.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Leis criminalizando o casamento entre negros e brancos nos Estados Unidos. Estudo de precedentes no Estado do Alabama e na Suprema Corte americana

*Jeremy W. Richter*¹
Professor de Direito

*Paulo Cesar Batista dos Santos*²
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Origens históricas; 3. Os primeiros precedentes no Estado do Alabama. “*In adultery or fornication*”; 4. O caso *Pace v. State*. Primeira oportunidade em que a Suprema Corte Americana enfrentou o tema do *interracial marriage*; 5. Os primeiros passos da virada: *McLaughlin v. Florida*; 6. O fim da proibição. *Loving v. Virginia*; 7. As implicações pós-*Loving*; 8. Conclusão.

1. Introdução

O dia era 7 de novembro do ano 2000. A população do Estado do Alabama acabara de decidir, em votação apertada de 59,49% contra 40,51%, que o artigo 4º § 102 da Constituição estadual estava revogado. Até aquela data, o Alabama era o último estado que ainda possuía a previsão constitucional que proibia o casamento entre negros e brancos.³

¹ J.D., Samford University, Cumberland School of Law, M.A., University of Alabama at Birmingham, B.S., Tennessee Temple University, membro da Alabama Bar Association, Alabama Defense Lawyers Association, Claims and Litigation Management Alliance e National Association of Subrogation Professionals.

² Pós-graduado pela Escola Superior do Ministério Público Federal, Brasília-DF, mestrando em Masters of Comparative Law pela Cumberland School of Law, Samford University, EUA, e pela Universidade de Cambridge, Inglaterra.

³ Dizia a Constituição do Alabama, de 1901, que: “§ 102, Art.4. *The legislature shall never pass any law to authorize or legalize any marriage between any white person and a negro, or descendant of a negro*”/O Legislativo nunca deverá aprovar qualquer lei autorizando ou legalizando qualquer casamento entre uma pessoa branca e um negro, ou descendente de negro (tradução livre).

Antes da votação, o então Procurador-Geral do Estado, Bill Pryor, apoiava a revogação de tal dispositivo. Ainda assim, havia grupos sintonizados com os ideais confederados, aproximadamente 200 membros do *Southern Party*⁴, que eram contra a mudança, sob o argumento de que a população do Sul não queria que seus filhos tivessem casamentos inter-raciais. Os próprios negros também não queriam a integração, propagavam os integrantes do *Southern Party*⁵.

Fazia mais de 30 anos que a Suprema Corte dos Estados Unidos havia decidido que qualquer lei proibindo o casamento inter-racial, o *interracial marriage*, seria inconstitucional. Contudo, mesmo assim, muitas leis com essa proibição ainda insistiam em existir.

Para riscar de vez essa odiosa referência racial de sua Constituição, o Estado do Alabama tinha somente dois caminhos: elaborar uma nova Constituição ou fazer um referendo com a população, para que fosse votada a sua revogação. A segunda opção foi a escolhida.

Contudo, até que se chegasse a esse referendo, que significou a queda de um dos últimos resquícios de uma triste passagem da história americana, foi preciso atravessar um século de grandes transformações, uma sangrenta guerra civil e, mais que isso, uma reviravolta no pensamento da Suprema Corte. Foi uma longa caminhada que, ao que tudo parecia, não teria um final feliz.

2. Origens históricas

A miscigenação nos Estados Unidos tem suas causas muito ligadas, naturalmente, à mão de obra escrava na extinta colônia britânica, recém-declarada independente no final do século XVIII.

O uso de escravos, sabidamente, não era uma característica marcante dentro do modelo de colonização do Hemisfério Norte, onde não havia escassez de mão de obra de cidadãos vindos das nações colonizadoras. Bem ao contrário, na Inglaterra, a emigração de mão de obra às colônias era incentivada, o que gerou grande fluxo de imigrantes ingleses à América do Norte.

⁴ Partido político com atuação exclusiva na região Sul dos Estados Unidos, que apoiava o direito de os estados preservarem suas raízes regionais. Atualmente, tal partido existe oficialmente somente nos estados da Flórida, Geórgia, Carolina do Norte e Mississipi.

⁵ Disponível em: <http://cjonline.com/stories/100500/new_marriageban.shtml#Vlemv3arTDC>. Acesso em: 10 set. 2015.

Contudo, especialmente nos estados do Sul dos Estados Unidos, o modelo de colonização ganhou maiores características das colônias portuguesas, cujos principais elementos eram, além da própria escravidão, o pacto colonial, o latifúndio e a monocultura, ao contrário do modelo econômico característico dos estados do Norte, com prevalência do comércio, indústria e pequenas propriedades rurais.⁶

Esse desenrolar histórico gerou constantes tensões entre os estados do Sul e do Norte, quando o tema da escravidão sempre estava em pauta, com uma forte oposição a esse modelo pelos estados mais industrializados, que acabaram por fundar o Partido Republicano, em 1854.

Ao mesmo tempo, a Suprema Corte da época mostrava-se mais próxima ao ideário sulista, num cenário de profunda desagregação do sistema político-partidário do então Presidente James Buchanam, o que se mostrou assente no julgamento do caso *Dred Scott v. Sandford*.⁷

Com a eleição do Republicano Abraham Lincoln, em 1860, e a declaração de independência dos estados da Carolina do Sul, Geórgia, Alabama, Flórida, Mississipi, Louisiana, Virgínia e Texas, formando os Estados Confederados, eclodia a grande Guerra Civil Americana, em 1861.

Finda a cruenta guerra com a rendição dos Estados Confederados em 1865, e diante do fortalecimento político e industrial dos estados do Norte e o declínio dos estados do Sul, começava uma nova guerra: a luta dos negros pela efetiva cidadania⁸.

Proclamada a 13ª Emenda à Constituição Americana, em 1865, considerada a primeira das emendas da Reconstrução⁹, foi extinta a escravidão¹⁰.

⁶ IZECKSOHN, Vitor. Escravidão, federalismo e democracia: a luta pelo controle do estado nacional norte-americano antes da secessão. *Topoi*, v. 4, n. 6, p. 47. Disponível em: <http://www.revistatopoi.org/numeros_antigos/Topoi06/topoi6a2.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2015.

⁷ 60 U.S 393 (1857), quando a Suprema Corte decidiu que, mesmo que *Dred Scott*, um escravo nascido nos Estados Unidos, tivesse residido em estados onde a escravidão era ilegal, ele não seria um homem livre, tampouco seria considerado cidadão a ponto de poder reivindicar algum direito perante um tribunal federal.

⁸ KARNAL, Leandro. *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2008. p. 45.

⁹ Período em que, entre outras mudanças políticas e sociais, houve o retorno gradual dos estados confederados à federação.

¹⁰ Constituição dos EUA, 13ª Emenda: "*Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.*" / Nem a escravidão nem o trabalho involuntário, exceto como punição por crime cometido pela parte que foi considerada culpada, poderá existir dentro dos Estados Unidos ou em qualquer outro lugar sujeito à sua jurisdição (tradução livre).

Em seguida, com o advento da 14^a Emenda¹¹, o Congresso Americano declarou que todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, sem qualquer restrição, eram iguais. É a denominada *Equal Protection Clause*.

Esse cenário fez com que os estados do Sul definitivamente dessem início a uma série de medidas que buscavam, segundo sua linha ideológica, a *preservação da sociedade*.

A própria 14^a Emenda, ao criar o direito ao voto e estipulando que cada estado teria representação proporcional à sua população, já restringiu a participação dos estados do Sul, que tinham sua população predominantemente negra e, conseqüentemente, estariam com a sua representatividade limitada no Congresso, já que os negros não eram tidos como *cidadãos* no Sul.

O contexto histórico de instabilidade política, então existente, evidenciaria que os formuladores da 14^a Emenda evitaram assegurar expressamente a igualdade plena, levando-se em conta a flagrante ambigüidade na sua redação, como bem destaca Glidden¹², o que foi combustível para o crescimento da doutrina do *Separate But Equal* ao longo das próximas décadas.

3. Os primeiros precedentes no Estado do Alabama. “*In adultery or fornication*”

A partir de 1865, começaram a ser aprovadas diversas leis de preservação da sociedade branca, os chamados *Black Codes*, que tinham como objetivo principal explorar e controlar os ex-escravos, chamados de *freedmen*, que eram submetidos às mais diversas proibições, como, por exemplo, de cultivar suas próprias culturas ou mesmo de entrar em algumas cidades sem prévia autorização.

¹¹ Diz a 14^a Emenda: “*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*”/Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, ou sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que elas residem. Nenhum estado deverá editar qualquer lei que possa restringir os direitos e imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá qualquer Estado privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição o direito legal de igualdade. (tradução livre).

¹² GLIDDEN, William B. *Congress and the Fourteenth Amendment: enforcing liberty and equality in the states*. Plymouth: Lexington Books, 2013. p. 34.

Mesmo após o período de *Reconstrução* pelo Presidente Andrew Johnson, e nada obstante a ratificação da 14ª Emenda, em 1868, passou a ser regra nos estados do Sul códigos e leis estaduais tipificando algumas condutas com base apenas na raça.

Naquele momento, a maior preocupação dos estados do Sul era a preservação da pureza da raça branca. Consequentemente, não se admitia a possibilidade de miscigenação entre negros e brancos, o que fez com que fossem imediatamente tomadas medidas pelos legislativos locais de tipificação da união entre negros e brancos.

O primeiro tipo penal no Alabama, com previsão expressa de crime para o casamento, união ou adultério entre negros e brancos, foi o Código Criminal de 1866¹³, reafirmado em vários dispositivos até 1896. Em arremate, como dito na introdução, a Constituição do Estado do Alabama, de 1901, também previu expressamente a proibição do casamento entre negros e brancos.

Na medida em que as primeiras condenações criminais foram acontecendo, o tema começou a chegar à Suprema Corte do Estado do Alabama.

O primeiro deles foi em 1868, quando Thornton Ellis (um homem negro) e Susan Bishop (uma mulher branca) foram condenados por violação à § 3602 do Código Penal estadual.

Houve recurso à Suprema Corte do Alabama¹⁴, sob a alegação de ofensa à 14ª Emenda, o que foi negado pelos seus *Justices*, em 1º de junho de 1868, sob o argumento de que o código não previa uma pena para uma raça específica, mas para a miscigenação de raça, o que significava que somente era crime se feita entre pessoas de raças diferentes.

O Tribunal ainda afirmou que as mulheres e homens negros cometiam exatamente o mesmo crime e recebiam as mesmas dos brancos, não havendo se falar em discriminação. Mais do que isso, segundo a

¹³ Alabama Penal Code of 1866 § 61: *If any white person and any negro, or the descendant of any negro, to the third generation inclusive, though one ancestor of each generation was a white person, intermarry, or live in adultery or fornication with each other, each of them must, on conviction, be imprisoned in the penitentiary, or sentenced to hard labor for the county, for not less than two, nor more than seven years.* / Se qualquer pessoa branca e qualquer negro, ou descendente de qualquer negro, até terceira geração inclusive, ainda que um ancestral de qualquer geração tenha sido uma pessoa branca, casarem-se, ou viverem em adultério ou fornicação entre si, cada um deles deverá, se condenados, ser preso em penitenciária, ou sentenciado a trabalhos forçados para o condado, por não menos de dois, e não mais que sete anos (tradução livre).

¹⁴ *Ellis v. State*, 42 Ala. 525, 526-27 (1868).

Corte Suprema estadual, o adultério entre pessoas da mesma raça recebia a mesma pena do que entre pessoas de raças distintas:

A norma diz que toda pessoa de “qualquer raça ou cor” “deverá estar sujeita às mesmas punições e penas que qualquer outra pessoa [...]”. O adultério entre pessoas de diferentes raças é o mesmo crime se cometido entre pessoas brancas ou negras, e sujeito à mesma punição.¹⁵

Em 1872, a Suprema Corte do Alabama voltou a enfrentar o tema no caso *Burns v. State*.¹⁶

Dessa vez, houve uma interpretação mais restrita quanto à acusação de *interracial marriage*, absolvendo *Burns* com base numa análise estritamente contratual do casamento. Como um mero contrato, tal conduta não se enquadraria no tipo penal de adultério. Disse a Corte que: “O casamento é um contrato civil [...]. A lei se destina a acabar com as distinções de raça e cor, no que diz respeito aos direitos garantidos por ela. Ela não tinha por objetivo criar uma mera igualdade das raças em referência a outra”¹⁷.

Em 1877, ou seja, apenas cinco anos depois de *Burns*, numa Corte já modificada, houve o julgamento do caso *Green v. State*.¹⁸

Aaron Green (um homem negro) e Julia Atkinson Green (uma mulher branca) foram condenados por se casarem, em ofensa ao Código Penal do Alabama de 1876, § 4189.

A Corte de *Green* disse que a interpretação em *Burns* foi muito restrita e ilógica, já que a 14ª Emenda não vedava o uso de raça para proibição de casamentos.

Enquanto em *Ellis*, a Suprema Corte disse que a raça não estava proibida de constituir elemento de tipo no caso de adultério, agora,

¹⁵ *Ellis* p. 525/527. *That act requires that persons of “every race and color” “shall be subject to like punishment, pains and penalties, and to none other.”[...] Adultery between persons of different races is the same crime as to white persons and negroes, and subject to the same punishment.* (tradução livre).

¹⁶ *Burns v. State*, 48 Ala. 195 (1872).

¹⁷ *Burns* 195, 197 (1872). *Marriage is a civil contract [...] The law intended to destroy the distinctions of race and color in respect to the rights secured by it. It did not aim to create merely an equality of the races in reference to each other.* (tradução livre).

¹⁸ *Green*, 58 Ala 190, 191 (1877).

em *Green*, foi dito que também não estava vedado o uso de raça para proibir casamentos miscigenados. Deu, assim, uma interpretação mais ampla em relação a *Burns*, e muito mais ampla em relação a *Green*.¹⁹

Continuando, os *Justices* firmaram que o casamento não era um mero contrato, mas a mais importante instituição civil na sociedade. E se Deus criou as raças diferentes, era natural que não houvesse essa mistura num instituto também criado e defendido por Deus.

Concluindo, a Corte do Alabama afirmou que a antimiscigenação era benéfica para a paz e felicidade dos negros e também dos brancos. Em arremate, disse que, se Deus criou as duas raças distintamente, então elas deveriam ser tratadas de forma distinta.²⁰

4. O caso *Pace v. State*. Primeira oportunidade em que a Suprema Corte Americana enfrentou o tema do *interracial marriage*

Na sequência dos precedentes acima, houve um caso que ganhou relevância não só para o Estado do Alabama, mas também para todos os Estados Unidos: *Pace v. State*, de 1881.²¹

Tonny Pace (um homem negro) e Mary Ann Cox (uma mulher branca) viviam, segundo a acusação, em *estado de fornicação e adultério*, ou seja, não eram efetivamente casados. Foram condenados por isso.

Tal condenação foi mantida pela Suprema Corte do Alabama, fazendo valer o Código então vigente (§ 4189) e tornando definitiva a pena de dois anos de prisão aplicada aos dois.

¹⁹ *Green v. State*, 58 Ala. 190, 192 (1877): *This seems to us a very narrow and an illogical view of the subject. And it might, perhaps, be a sufficient answer to it to say: What the law declares to be a punishable offense, is, marriage between a white person and a negro [...] and each of them is punishable for the offense prohibited, in precisely the same manner and to the same extent. There is no discrimination made in favor of the white person, either in the capacity to enter into such a relation, or in the penalty.* / Parece-nos um ponto de vista muito estreito e ilógico do assunto. E poderia, talvez, ser uma resposta suficiente para dizer: O que a lei afirma ser punível é o casamento entre uma pessoa branca e um negro [...] e cada um deles é punido pelo mesmo crime, precisamente da mesma forma e na mesma medida. Não há discriminação feita em favor da pessoa branca, quer na capacidade de entrar numa tal relação, quer na pena. (tradução livre).

²⁰ Em *Green*, foi decidido: “Said the Supreme Court of Pennsylvania, in a recent case: “*Why the Creator made one white and the other black, we do not know; but the fact is apparent, and the races are distinct, each producing its own kind and following the peculiar law of its constitution.*” / Disse a Suprema Corte da Pensilvânia, num caso recente: “Por que Deus fez um homem branco e outro negro não sabemos; mas o fato é claro e as raças são distintas, cada uma produzindo sua própria espécie e seguindo a lei peculiar da sua constituição.” (tradução livre).

²¹ *Pace*, 69 Ala. 231, 231 (1881).

Pela primeira vez, um recurso envolvendo o *interracial marriage* e sua tipificação como crime foi aceito pela Suprema Corte dos Estados Unidos²². Os recorrentes argumentavam que suas condenações ofendiam a *Equal Protection Clause*, prevista na 14ª Emenda.

Contudo, a Suprema Corte dos Estados Unidos confirmou a condenação, reproduzindo o argumento de que a seção questionada não era contra nenhuma pessoa ou raça em particular, e que a punição de cada pessoa, seja branco ou negro, era exatamente a mesma.

Esse foi o único precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos por mais de 80 anos.

5. Os primeiros passos da virada: *McLaughlin v. Florida*

Passados 83 anos depois Pace, em 1964, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no auge dos movimentos pelos direitos civis dos negros, precisou enfrentar novamente o tema do *interracial marriage*. Agora, o caso era *McLaughlin v. Florida*²³.

Dewey McLaughlin, um homem negro, foi condenado por viver em união estável (*cohabitation*) com uma mulher branca, chamada Connie Hoffman, em Miami Beach-FL²⁴.

Em 1964, a Suprema Corte era composta pelos Justices: Earl Warren (*Chief Justice*), Hugo Black, William O. Douglas, Tom C. Clark, John M. Harlan II, William J. Brennan Jr., Potter Stewart, Byron White e Arthur Goldber.

No julgamento, desta vez, a Suprema Corte entendeu que a lei da Flórida claramente tratava casais de raças distintas diferentemente de casais com a mesma raça e, por isso, era inconstitucional, já que ofendia a 14ª Emenda.

Justice White assim se manifestou na decisão, na qualidade de *Associate Justice*:

²² Pace v. Alabama, 106 U.S. 583 (1883).

²³ McLaughlin, 379 U.S. 184 (1964).

²⁴ Dizia a lei da Flórida 798.05 que: “Any negro man and white woman, or any white man and negro woman, who are not married to each other, who shall habitually live in and occupy in the night-time the same room shall each be punished by imprisonment not exceeding twelve months, or by fine not exceeding five hundred dollars”/Qualquer homem negro ou mulher branca, ou qualquer homem branco e mulher negra que não forem casados um com o outro, que estiverem vivendo com coabitação, deverá cada um ser punido com prisão, não excedendo a 12 meses, ou por multa, não excedendo 500 dólares. (tradução livre).

Quando a lei estabelece um tratamento desigual sobre aqueles que cometeram intrinsecamente o mesmo crime, e esteriliza um e não o outro, ela comete uma discriminação injusta como se tivesse escolhido uma determinada raça ou nacionalidade para o tratamento opressivo.²⁵

Naquela época, a Suprema Corte americana já aplicava às leis que usavam a raça como diferenciação o chamado *strict scrutiny*, ou seja, uma análise mais restrita na interpretação de determinada norma, a fim de concluir ou não por sua inconstitucionalidade.

Isso significava que qualquer classificação com base exclusivamente na raça seria constitucionalmente suspeita e estaria sujeita ao mais rígido escrutínio. Concluindo-se pela ofensa à *Equal Protection Clause* e, assim sendo, a norma foi classificada como sendo uma *improper racial classification*.

Contudo, ainda assim, a Suprema Corte não estava decidindo sobre a proibição de casamentos entre pessoas de raças distintas, mas de união estável; sobre casamento, isso só ocorreria três anos depois.

6. O fim da proibição ao *interracial marriage*. *Loving v. Virginia*

Entre 1944 e 1964, ano do julgamento do caso *McLaughlin*, 12 estados americanos já haviam revogado suas leis antimiscigenação ou as tiveram declaradas inconstitucionais por suas Supremas Cortes.²⁶

Em 1958, Mildred Jeter (uma mulher negra) e Richard Loving (um homem branco) se casaram em Washington, DC, onde não era proibido o casamento entre negros e brancos. Contudo, após se casar, o casal retornou ao seu estado de origem, a Virgínia, e lá foi denunciado, processado e condenado pelo crime de *interracial marriage*, com base no Código Penal do Estado da Virgínia.²⁷

²⁵ *McLaughlin v. State of Fla.*, 379 U.S. 184, 194, 85 S. Ct. 283, 289-90, 13 L. Ed. 2d 222 (1964). *When the law lays an unequal hand on those who have committed intrinsically the same quality of offense and sterilizes one and not the other, it has made as an invidious a discrimination as if it had selected a particular race or nationality for oppressive treatment.* (tradução livre).

²⁶ Eram eles: Arizona, Califórnia, Colorado, Idaho, Indiana, Maryland, Montana, Nebraska, Nevada, Dakota do Norte, Oregon, South Dakota, Utah e Wyoming.

²⁷ 20-58 do Código Penal da Virgínia.

O Juiz do caso (*Trial Judge*), Leon M. Bazile, em sua decisão, reforçou o raciocínio de que:

Deus Todo Poderoso criou as raças branca, negra, amarela, malaia e vermelha, e as colocou em continentes separados. Salvo para interferência na sua criação, não haveria motivo para tais casamentos. O fato Dele ter separado as raças mostra que Ele não tinha a intenção de que as raças fossem misturadas.²⁸

O caso foi levado à Suprema Corte dos Estados Unidos e a condenação foi revertida, à unanimidade, em 12 de junho de 1967. Naquele ano havia ocorrido uma mudança na composição da Corte em relação ao caso *McLaughlin*. O *Justice* Arthur Goldberg fora substituído pelo *Justice* Abe Fortas.

Segundo a decisão de reforma da condenação, as leis da Virgínia sobre casamento de pessoas negras e brancas ofendiam o devido processo legal (*Due Process of Law*) e a *Equal Protection Clause*, que derivavam da 14^a Emenda.

Justice Earl Warren, então *Chief Justice*, afirmou que:

O casamento é um dos direitos civis básicos do homem, fundamental para nossa total existência e sobrevivência. [...] Para negar esse direito fundamental sob a insustentável base na classificação racial reforçada por essas leis, classificação essa totalmente ofensiva ao princípio da equidade, presente no coração da 14^a Emenda, é o mesmo que privar todos os cidadãos residentes nos estados à liberdade, sem o devido processo legal. A 14^a Emenda exige que a liberdade de escolha para casar não seja restringida por discriminações em razão de raça. Sob a nossa Constituição, o direito

²⁸ No texto original: “*Almighty God created the races white, black, yellow, malay and red, and he placed them on separate continents. And but for the interference with his arrangement there would be no cause for such marriages. The fact that he separated the races shows that he did not intend for the races to mix.*” (tradução livre). Disponível em: <http://www.encyclopediavirginia.org/Judgment_Against_Richard_and_Mildred_Loving_January_6_1959>. Acesso em: 2 out. 2015.

de casar ou não com uma pessoa de outra raça não pode ser suprimido pelo Estado. As condenações devem ser revertidas. É uma ordem.²⁹

Assim decidindo, a Suprema Corte finalmente reverteu o entendimento vetusto de *Pace*, expressamente declarando a inconstitucionalidade de todas as leis que ainda existissem que proibissem ou criminalizassem a união entre negros e brancos.

7. As implicações pós-*Loving*

Numa clara insurgência contra a decisão da Suprema Corte, alguns estados não revogaram suas leis antimiscigenação imediatamente. Ao contrário, Juízes espalhados pelos Estados Unidos continuavam a aplicá-las, como se não existisse a referida declaração de inconstitucionalidade. Isso ocorreu, por exemplo, no Estado do Alabama.

Em 1970, foi preciso a propositura de uma ação por parte da Administração Federal do Presidente Nixon, perante o *US District Court for the Northern District* do Alabama, que resultou na determinação para que o Juiz G. Clyde Brittain, do Condado de *Calhoun*, assim como todo Estado do Alabama, obedecesse a decisão de declaração de inconstitucionalidade de suas leis antimiscigenação.³⁰

²⁹ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12, 87 S. Ct. 1817, 1824, 18 L. Ed. 2d 1010 (1967). No texto original: "Marriage is one of the 'basic civil rights of man', fundamental to our very existence and survival. [...] To deny this fundamental freedom on so unsupportable a basis as the racial classifications embodied in these statutes, classifications so directly subversive of the principle of equality at the heart of the Fourteenth Amendment, is surely to deprive all the State's citizens of liberty without due process of law. The Fourteenth Amendment requires that the freedom of choice to marry not be restricted by invidious racial discriminations. Under our Constitution, the freedom to marry or not marry, a person of another race resides with the individual and cannot be infringed by the State. These convictions must be reversed. It is so ordered."

³⁰ *United States v. Brittain*, 319 F. Supp. 1058 (N.D. Ala. 1970). Decidiu a Corte Federal: "A judgment will be entered, declaring null, void and violative of the Fourteenth Amendment of the Constitution the Alabama laws in question; enjoining the State of Alabama, its officers, agents, employees, and their successors, and all those acting in concert or participation with them from enforcing or giving any effect to such laws; and requiring the Attorney General of the State of Alabama to advise the Judges of Probate of the several counties of Alabama of the invalidity of Title 14, Section 361, 1940 Code of Alabama under the decision of this Court." /O julgamento declara nulo, sem efeito e em violação à 14ª Emenda da Constituição as leis do Alabama em exame; ordenando-se ao Estado do Alabama, suas autoridades, agentes, funcionários e seus sucessores, e todos aqueles que agirem com eles, de executar ou dar qualquer efeito a tais leis; e impondo ao Procurador-Chefe do Estado do Alabama advertir todos os juizes dos condados do Alabama sobre a invalidade do Título 14, Seção 361, 1940 Código de Alabama, nos termos da decisão desta Corte. (tradução livre).

Mesmo assim, embora não mais aplicada, a previsão constitucional de crime para o casamento entre negros e brancos, como dito no capítulo inicial, perdurou por mais 30 anos, até ser finalmente revogada no ano 2000.

8. Conclusão

Eduardo Appio assevera que o ponto de partida da 14^a Emenda se encontra nos pressuposto “da própria divindade da vida humana, ou seja, o fato de que todos os seres humanos são dotados de determinadas características que os distinguem dos demais seres e que, portanto, são destinatários naturais da mesma atenção”.³¹

A cláusula de igualdade, a *Equal Protection Clause*, insere-se nesse contexto histórico, político e jurídico acima narrado em breves considerações. Essa cláusula, sem dúvida, traduz um dos pilares da nação americana, e, mais do que isso, de todos os estados democráticos de direito, que têm como uma das premissas o império da lei e o princípio da isonomia.

Sua melhor interpretação foi construída com o tempo, passando por Juízes que não a viam com os mesmos olhos que a vemos hoje. Isso não significa que os intérpretes daquela época eram pessoas cruéis ou merecedoras de repúdio da sociedade atual. Sem uma detida análise do contexto daquela época, qualquer crítica mais contundente seria precipitada.

Em verdade, aquela sociedade e seus juízes formavam suas convicções e tomavam suas decisões inseridos num outro cenário social e histórico que lhes permitiam imaginar que, ao referendar leis que tornavam crime a união entre negros e brancos, estavam preservando a Constituição e a sociedade.

Graças a essa evolução de pensamento, questões como essas aqui apresentadas, envolvendo o *interracial marriage*, ainda continuaram a influenciar toda a nação e sua Suprema Corte, como recentemente se viu na decisão que julgou constitucional o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Vale sempre a precisa lição de Appio, ao afirmar que: “O princípio mais importante do sistema constitucional norte-americano é o da equidade (*fairness*), ou seja, o direito do cidadão a um tratamento com igual consideração e respeito”.³²

³¹ APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. Prefácio de Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 195.

³² Op. cit., p. 196.

Bibliografia

APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. Prefácio de Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

APTHEKER, Herbert. *Uma nova história dos Estados Unidos: a era Colonial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

BRADBURY, Malcolm; TEMPERLEY, Howard. *Introdução aos estudos americanos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1981.

BURNS, W. Haywood. *The voices of negro protest in America*. London: Oxford University Press, 1964.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

GLIDDEN, William B. *Congress and the Fourteenth Amendment: enforcing liberty and equality in the states*. Plymouth: Lexington Books, 2013.

IZECKSOHN, Vitor. Escravidão, federalismo e democracia: a luta pelo controle do estado nacional norte-americano antes da secessão. *Topoi*, v. 4, n. 6, jan.-jun. 2003. Disponível em: <http://www.revistatopoi.org/numeros_anteriores/Topoi06/topoi6a2.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2015.

JUNQUEIRA, Mary A. *Estados Unidos: a consolidação da Nação*. São Paulo: Contexto, 2001.

KARNAL, Leandro. *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: Finatec, 2008.

Buscas domiciliares sem mandado e provas ilícitas: reflexões acerca do julgamento do Recurso Extraordinário 603.616, à luz do Direito dos Estados Unidos

Warrantless home searches and unlawful evidences: reflections about the judgement of the Extraordinary Appeal 603.616, in the light of the United States Law

*Thiago Baldani Gomes De Filippo*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. Buscas e apreensões nos EUA. 2.1. Breves apontamentos históricos e contextualização: considerações sobre a *exclusionary rule*. 2.2. Hipóteses de dispensa de mandados: *consent*, *plain view* e *open view*. 3. Buscas domiciliares sem mandado e a posição do Supremo no julgamento do Recurso Extraordinário 603.616. 4. Necessidade de densificação de parâmetros diante do conflito entre liberdade individual e persecução penal: o papel do STF como Corte Suprema de unificação do Direito. 5. Conclusão.

¹ Mestre em Direito Comparado pela Samford University, Cumberland School of Law. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Assis (SP). Juiz Docente Formador da Escola Paulista da Magistratura nas áreas de Penal, Processo Penal, Infância e Juventude e Idoso. Coordenador do Núcleo de Direito Comparado Brasil-EUA da Escola Paulista da Magistratura.

Resumo: este trabalho objetiva tecer considerações acerca da utilização de provas ilícitas no processo penal e, especialmente, no que diz respeito às provas colhidas por ocasião de buscas e apreensões despidas de mandado judicial. Para tanto, inicialmente são feitas algumas reflexões sobre a jurisprudência dos EUA, principalmente da Suprema Corte, relativamente à compreensão da ilicitude das provas, seus efeitos e as exceções pelas quais são introduzidas no processo. Quanto às buscas, o estudo faz alusões a teorias que admitem sua realização sem mandado judicial. Em seguida, o trabalho analisa a tese fixada pelo STF sobre o tema, para concluir que seu conteúdo não satisfaz os reclames da esperada segurança jurídica.

Palavras-chave: provas; ilicitude; buscas e apreensões; insegurança.

Abstract: this work aims to establish some considerations concerning to the use of unlawful evidences in the criminal procedure and, especially, in which it concerns to those obtained during warrantless searches and seizures. Therefore, some initial considerations are made of the U.S. jurisprudence, mainly their Supreme Court's decisions about the comprehension of unlawfulness itself, its effects and exceptions. In which it refers to searches, this work analysis the warrantless searches theories. As it follows, it focuses on the STF thesis about the unlawful evidences, and concludes that it did not meet the wanted legal certainty requirements.

Keywords: evidences; unlawfulness; searches and seizures; uncertainty.

Resumen: este trabajo tiene como objetivo hacer consideraciones al respecto de las pruebas ilícitas en el proceso penal y, en especial, en lo que dice respecto a las pruebas recogidas en ocasiones de búsqueda y aprehensión sin mandato judicial. Para ello, se realizan algunas reflexiones acerca de la jurisprudencia de los EEUU, principalmente de la Suprema Corte, relativa a la comprensión de la ilicitud de las pruebas, sus efectos y las excepciones por las cuales son introducidas en el proceso. Con relación a las búsquedas, el estudio hace alusión a las teorías que admiten su realización sin el mandato judicial. Luego, el trabajo analiza la tesis fijada por el Supremo Tribunal Federal sobre el tema, para concluir que su contenido no satisface los reclamos de la esperada seguridad jurídica.

Palabras clave: pruebas; ilicitud; búsquedas y aprehensiones; inseguridad.

1. Introdução

A inviolabilidade domiciliar é garantia fundamental, prevista no art. 5º, XI, da Constituição, que prescreve: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.” A proteção constitucional se relaciona intimamente com o direito à privacidade e à intimidade dos indivíduos que habitam uma casa², podendo-se cogitar de uma “privacidade espacial”, ao lado da “privacidade em geral”³, que já é contemplada pelo inciso X do mesmo artigo.⁴

Tratando-se de um valor fundamental, a garantia da inviolabilidade domiciliar deve ser interpretada em sua máxima efetividade,⁵ circunstância que conduz, por um lado, (1) a uma interpretação extensiva do conceito de casa e, por outro, (2) a uma interpretação *restritiva* das hipóteses de inviolabilidade.

Quanto à extensão do termo “casa”, o Supremo Tribunal Federal já fixou que ele também compreende qualquer aposento ocupado de habitação coletiva, como quartos de hotel.⁶ A inviolabilidade também se estende às partes não cercadas da residência, como as garagens, quintais e jardins, além de *trailers*, domicílios profissionais, como os escritórios de advocacia⁷ e, mais amplamente, a todos aqueles lugares em que esteja presente o critério de *fechamento ao público*.⁸ Nessa

² Intimidade e privacidade são dois valores vizinhos, mas o primeiro possui amplitude menor que o segundo, apesar de nele estar contido. Tudo o que é íntimo é também afeto à vida privada, porém o contrário não é verdadeiro. Por exemplo, as relações de trabalho, de estudo etc. são afetas à privacidade, mas não dizem respeito à intimidade (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 160.).

³ MARTINS, Leonardo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 287.

⁴ 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 decorrentes de sua violação.”

⁵ O princípio da máxima efetividade “é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça a maior eficácia aos direitos fundamentais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 227.).

⁶ STF, HC 90.376/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 3.4.2007.

⁷ STF, HC 82.788/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 2.6.2006.

⁸ MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 286.

ótica, o art. 150, §§ 4º e 5º, do Código Penal parece ter sido absolutamente recepcionado pela ordem constitucional atual.⁹

Se a inviolabilidade é a regra, a Constituição tratou de fixar as hipóteses permissivas de ingresso em casa alheia, independentemente de consentimento do morador:¹⁰ (1) flagrante delito; (2) desastre; (3) para prestar socorro; (4) por determinação judicial, somente durante o dia.¹¹ Este último caso, o único submetido à cláusula de reserva jurisdicional, encontra-se regulamentado pelos artigos 240 e seguintes do Código de Processo Penal, que autoriza a expedição de mandados judiciais quando houver *fundadas razões*¹² para prender criminosos e, em termos genéricos, apreender coisas relacionadas a condutas criminosas.

Pois bem. O presente trabalho, no primeiro momento, visa tecer considerações acerca das provas ilícitas no processo penal¹³, a partir do enfoque trazido pelo Direito dos EUA, cuja importância se revela não apenas porque suas teorias foram incorporadas em nosso sistema jurídico pela Lei 11.690/2008, mas também porque a jurisprudência de sua Suprema Corte tem estabelecido parâmetros mais seguros acerca da prescindibilidade de mandados judiciais para a realização de buscas e apreensões, a partir de duas teorias (*open view doctrine e plain view doctrine*), construção esta que não está sistematizada em nosso Direito. A compreensão dessas teorias também se faz necessária para refletirmos sobre o julgamento do Supremo Tribunal Federal, no bojo de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (Recurso

⁹ § 4º. “A expressão ‘casa’ compreende: I – qualquer compartimento habitado; II – aposento ocupado de habitação coletiva; III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.” § 5º. “Não se compreendem na expressão ‘casa’: I – hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n. II do parágrafo anterior; II – taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.”

¹⁰ A regra é a inviolabilidade, de modo que, se houver dissenso entre os habitantes, deve prevalecer a vontade daquele que se opõe ao ingresso de terceiro à casa.

¹¹ Para alguns, dia deve ser o período compreendido entre 6h e 18h; para outros, o critério deve ser o *físico-astronômico*, à medida que dia é o período entre a aurora e o crepúsculo. (MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 176).

¹² Obviamente, para que a autoridade aponte suas *razões fundadas* para acreditar que naquela casa exista alguém que deva ser preso ou algum objeto apreendido, deve haver algum trabalho investigativo preliminar.

¹³ Neste sentido, longe de discussões doutrinárias, nos apegaremos à definição legal de provas ilícitas prevista no art. 157 do CPP (“[...] provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”), sem embargo das críticas a ela lançadas por doutrina de escol, justamente porque o texto deixou de distinguir as violações à lei material e processual, já que, para estas, admite-se que a nulidade seja sanada, refazendo-se o ato, nos termos do art. 573, *caput*, CPP (GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antônio M.; FERNANDES, Antônio S. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 127.).

Extraordinário 603.616), que pretendeu estabelecer parâmetros para a análise da licitude de entrada forçada em domicílio sem lastro em mandado judicial competente. Após analisarmos o julgamento de mencionado caso, refletiremos acerca do papel do STF como Corte Suprema de unificação do Direito Constitucional, para concluirmos que esta função não foi bem desempenhada na fixação da tese em análise, porque não trouxe a almejada segurança jurídica.

2. Buscas e apreensões nos EUA

2.1. Breves apontamentos históricos e contextualização: considerações sobre a *exclusionary rule*

Nas duas décadas que antecederam a independência dos EUA, a Inglaterra passou a intensificar sua política de arrecadação de receitas, prática que contou com a resistência dos patriotas, que se negavam a pagar os impostos. Com isso, rotineiramente, a Coroa expedia os chamados *writs of assistance*, ordens dadas aos xerifes locais para que auxiliassem os agentes britânicos na busca de mercadorias contrabandeadas. Esses *writs* eram uma espécie de mandados genéricos, porque não especificavam o lugar, coisas a serem apreendidas ou os indivíduos que seriam abordados. Pelo contrário, eles conferiam poder para que os agentes realizassem as buscas onde quer que encontrassem o ilícito e, além disso, sua validade era indefinida, vigendo por todo o lapso daquele reinado existente no período em que foi expedido, mais seis meses.¹⁴

Essas ordens genéricas eram veículo ideal para o cometimento de abusos e arbitrariedades por meio de agentes policiais mal-intencionados. Obviamente, contaram com o repúdio dos líderes revolucionários de então, que a tinham como uma prática opressiva, irrazoável e injusta.¹⁵ Por isso, em várias ocasiões houve resistência veemente ao cumprimento dessas diligências, principalmente em Massachusetts, onde,

¹⁴ Na própria Inglaterra, era prática comum a expedição de mandados genéricos (general warrants) para a apreensão de publicações sediciosas. (FRAENKEL, Osmond K. Concerning searches and seizures. *Harv. L.Rev.*, v. 34, p. 361, p. 362-63, 1920.).

¹⁵ BRADLEY, Gerard V. The constitutional theory of the Fourth Amendment. *Scholarly Works*, Paper 773, 1989. Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/773>. Acesso em: 11 dez. 2015.

devido à oposição popular mais ferrenha a partir de 1765, esses *writs* passaram a ser virtualmente inexecutáveis.¹⁶

Por isso, não é surpresa que a *Bill of Rights* tenha se ocupado de garantir a inviolabilidade contra buscas irrazoáveis, época em que a maioria dos estados editou cartas de direitos fundamentais e em todas elas havia previsões semelhantes a essa.¹⁷ Textualmente, a 4ª emenda à Constituição dos EUA estabelece que:

O direito do povo de ser inviolável em seus corpos, casas, papeis e propriedades contra buscas e apreensões irrazoáveis não deve ser desrespeitado, e nenhum mandado deve ser expedido se não houver causa provável, embasada em juramento ou afirmação, com descrições particularizadas do lugar em que haverá a busca, e indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.¹⁸

Diferentemente de nosso art. 5º, XI, o texto não determina quais buscas devam ser precedidas de mandados e, tampouco, estabelece a autoridade estatal que deva expedir-las, não parecendo tão óbvio que a competência devesse somente ser exercida por juizes, já que na Inglaterra de então esse poder normalmente estava centrado nas mãos de certos agentes da Coroa.¹⁹ Atualmente, inclusive, algumas leis estaduais dos EUA atribuem essa competência aos chamados “juizes de paz” (*justices of the peace*), servidores que não apenas celebram casamentos, mas também exercem parcela de poder jurisdicional, relativamente a

¹⁶ HUBBART, Phillip A. *Making sense of search and seizure law: a fourth amendment handbook*. Durham: Carolina Academic Press, 2005. p. 31.

¹⁷ BRADLEY, Gerard V. Op. cit. Curiosamente, ao mesmo tempo em que havia a repudia generalizada a mandados genéricos, muitas leis estaduais admitiam uma série de situações que poderiam ser objeto de buscas, apreensões ou prisões, independentemente de mandado. Por exemplo, havia uma lei de Connecticut (1751 Act) que autorizava *sheriffs*, policiais de menor autoridade (*constables*), jurados e outras autoridades locais (seriam os *tithing men*, chefes de família encarregados de fiscalizar o comportamento de seus vizinhos) a prenderem sem mandado quando vissem ou soubessem que alguém viajou desnecessariamente aos sábados (idem, ibidem).

¹⁸ Tradução livre. No original: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

¹⁹ AMAR, Ahhil Reed. Fourth amendment first principles. In: LEE, Cynthia (Ed.). *The fourth amendment: searches and seizures - its constitutional history and contemporary debate*. Amherst: Prometheus Books, 2011. p. 30. (Bill of Rights Series).

casos que envolvam infrações penais de menor gravidade (misdemeanors) e outras causas cíveis menos complexas (*small claims*).²⁰ É o que ocorre, por exemplo, no Estado de New Hampshire.²¹

A 4ª emenda estabelece a garantia da inviolabilidade contra buscas e apreensões irrazoáveis e preceitua que mandado algum deve ser expedido sem que exista causa provável (*probable cause*), mas não esclarece qual seria a consequência processual acerca da utilização de uma prova obtida ao arrepio dessas garantias. Em 1914, mais de um século após a edição da mencionada emenda, a Suprema Corte, no julgamento de *Weeks v. United States*²², decidiu que as provas obtidas em violação à 4ª emenda não poderiam ser utilizadas, como regra, em processos criminais. Trata-se da *exclusionary rule* que, à época de *Weeks*, já era adotada por 16 legislações estaduais, consideradas as suas variações.²³ Expressamente, a decisão também firmou que seus efeitos se estendiam apenas aos processos federais, reconhecendo que a 4ª emenda não se autoaplicava aos Estados, de modo que era, em tese, possível que provas obtidas ilicitamente por agentes estaduais daqueles estados que não adotavam a *exclusionary rule* fossem validamente utilizadas em processos criminais federais, situação que ficou conhecida como *silver platter doctrine* (“doutrina da badeira de prata”).²⁴

Aliás, foi apenas em 1968, durante o mandato do *Chief Justice Warren*²⁵, que a Suprema Corte decidiu que a 4ª emenda se aplicaria amplamente a todos os estados da federação, no julgamento do conhecido caso *Mapp v. Ohio*²⁶, época em que a *exclusionary rule* já era adotada pela maioria das legislações estaduais.²⁷

²⁰ Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Justice_of_the_peace>. Acesso em: 26 dez. 2015.

²¹ Section 595-A:1. Issuance of Search Warrants; Purposes. Gencourt.state.nh.us. 29 August 1969.

²² 232 U.S. 383 (1914).

²³ HUBBART, Phillip. Op. cit., p. 334.

²⁴ Idem, ibidem. p. 334. A “doutrina da bandeja de prata” somente foi rechaçada em *Elkins v. United States* (364 U.S. 206 (1960)).

²⁵ Earl Warren exerceu a presidência da Suprema Corte entre 1953 e 1969, período conhecido como o de maior ativismo judicial já visto na história dos EUA. Foram decididos casos emblemáticos, que marcaram a história do direito constitucional daquele país e do mundo todo, como *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483 (1954)), que reconheceu inconstitucional a separação de crianças brancas e negras em escolas públicas e determinou a adoção de política pública inclusive, a fim de que se corrigisse essa distorção, afastando-se a regra do “separados, mas iguais”, reconhecida em *Plessy v. Ferguson* (1896); o próprio caso *Mapp*, que adotou a extremada *exclusionary rule*, para coibir abusos policiais; *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436 (1966)), que estabeleceu a necessidade de o investigado ser advertido de seu direito de permanecer calado e se consultar com seu advogado, entre tantos outros.

²⁶ 367 U.S. 643 (1961). A decisão aclarou a imperatividade da 4ª emenda para todos os Estados da Federação, por força do disposto na 14ª emenda (*incorporation doctrine*).

²⁷ HUBBART, Phillip. Op.cit., p. 335.

Evidentemente, a *exclusionary rule* representa um custo social muito significativo, porque impede que indivíduos respondam por crimes que efetivamente cometeram, conduzindo a uma indesejada sensação de impunidade e injustiça. Todavia, conforme entendeu a Suprema Corte em *Mapp*, trata-se do instrumento mais eficaz para se garantir a efetividade da 4ª emenda. Caso contrário, a garantia por ela estabelecida se reduziria a mero “jogo de palavras”.²⁸ Como enfaticamente estabeleceu a Suprema Corte em *Elkins v. United States*, “[a] regra [exclusionary rule] é calculada para prevenir, não reparar. Seu objetivo é impedir – impor respeito à garantia constitucional pela única maneira eficaz disponível – removendo o incentivo de desrespeitá-la.”²⁹

De fato, a celeuma acerca do assunto é enorme nos EUA. De acordo com Guido Calabresi, a regra é o termômetro mais sensível para se distinguir os liberais dos conservadores, muito mais até que as opiniões sobre o aborto, Direito e economia, ou sobre *Bush v. Gore*, já que, invariavelmente, para os liberais a *exclusionary rule* é um pilar do direito à privacidade, afigurando-se essencial para proteger os indivíduos dos comportamentos arbitrários da polícia; para os conservadores, contudo, é uma regra absurda, por meio da qual criminosos violentos ficam impunes, porque os tribunais preferem formalidades em detrimento da verdade.³⁰

Ponderamos que a inutilização não se restringe à prova obtida ilicitamente, em si, estendendo-se também àquelas que dela derivarem (prova ilícita por derivação). É a chamada “teoria dos frutos da árvore envenenada” (“*fruit of the poisonous tree doctrine*”), forjada pela Suprema Corte em 1920³¹, que impede a utilização nos processos criminais de todas as provas derivadas da busca e/ou apreensão ilícita, mediante a utilização da regra da “efetiva causalidade” (*actual causation test*).³² Com base nessa teoria, a Suprema Corte já considerou, por exemplo, que impressões digitais obtidas de um indivíduo, que fora apreendido ilicitamente, não podiam ser utilizadas para qualquer fim no processo penal.³³ Também já decidiu pela inadmissibilidade de provas obtidas mediante mandado judicial, motivadas pela utilização

²⁸ “Form of words” (*Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 648 (1961)).

²⁹ No original: “The rule is calculated to prevent, not repair. Its purpose is to deter – to compel respect for the constitutional guaranty in the only effective available way – by removing the incentive to disregard it.” (364 U.S. 206, 217 (1960)).

³⁰ CALABRESI, Guido. The exclusionary rule. In: In: LEE, Cynthia (Ed.). *The fourth amendment: searches and seizures – its constitutional history and contemporary debate*. Amherst: Prometheus Books, 2011. p. 222-226, p. 222. (Bill of Rights Series).

³¹ *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).

³² HUBBART, Phillip. Op. cit., p. 341.

³³ *Hayes v. Florida*, 470 U.S. 811 (1969).

de cães farejadores durante a realização de buscas ilícitas.³⁴ E, de igual modo, a Corte já aplicou a *exclusionary rule* para afastar o conteúdo da versão imediatamente prestada à polícia pela pessoa presa ilicitamente, ainda que ela tivesse sido informada de seu direito de permanecer calada e de ser assistida por advogado.³⁵

Todavia, a própria teoria do *fruit of the poisonous tree* encontra suas limitações em três teorias: (1) dissipação da mancha (“*dissipation of taint*”); (2) fonte independente (“*independent source*”), e (3) descoberta inevitável (“*inevitable discovery*”).

A primeira delas guarda pertinência com a necessidade apontada acima de que exista nexos real, efetivo, entre a prova originária e a prova derivada. Se a ligação é tênue, frágil, não há razão para se impedir a utilização da prova, que apenas remotamente se relaciona com a busca/apreensão irrazoável. É a doutrina da dissipação da mancha, uma limitação à aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, aplicada pela Suprema Corte em *Wong Sun v. United States*.³⁶ Neste caso, os policiais realizaram buscas e apreensões ilegais em estabelecimento empresarial de terceira pessoa, que acabou indicando Wong Sun como o proprietário das drogas encontradas, culminando com sua prisão. Após sua liberação, ele voluntariamente compareceu à unidade policial e acabou por confessar o tráfico de drogas. Em grau recursal, a Suprema Corte reconheceu a licitude da condenação baseada em sua confissão voluntária, já que ela se relacionava apenas remotamente com a apreensão ilícita das drogas. A ideia central da teoria da dissipação da mancha foi bem aclarada em *Murray v. United States*:

A *exclusionary rule* proíbe a apresentação como prova de produtos tangíveis apreendidos durante uma busca ilícita. Além disso, a *exclusionary rule* impede a apresentação de provas derivadas, tangíveis e testemunhais, que sejam produto da primeira prova ou, de outro modo, foram obtidas como resultado da busca ilícita, até o momento em que a conexão com a busca ilícita se torne “tão atenuada ao ponto de dissipar a mácula.”³⁷

³⁴ *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983).

³⁵ *United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978).

³⁶ 371 U.S. 471 (1963).

³⁷ No original: “The exclusionary rule prohibits introduction into evidence of tangible materials seized during an unlawful search. Beyond that, the exclusionary rule also prohibits the introduction of derivative evidence, both tangible and testimonial, that is the product of the primary evidence or

Já a teoria da fonte independente remete à inaplicabilidade da teoria do *fruit of the poisonous tree* nos casos em que a prova deriva de uma fonte diversa da maculada pelo vício da ilicitude. Ela foi o fundamento da manutenção de condenação de indivíduo que teve seu domicílio ilicitamente invadido por policiais e, quando estes estavam no local, outros policiais ali chegaram munidos de competente mandado e lograram apreender drogas.³⁸

Por fim, a teoria da descoberta inevitável é semelhante à da fonte independente, com a diferença de a prova já ter sido obtida de maneira ilícita, mas se chega à conclusão que ela teria sido certamente descoberta licitamente, e.g., pelo segundo grupo de policiais que, ao dar cumprimento a mandado judicial, descobre que os objetos ilícitos já foram apreendidos pelo primeiro grupo de policiais, que invadiu o domicílio sem que tivessem obtido a competente ordem.³⁹

As três teorias parecem ter sido adotadas no Brasil por meio da Lei 11.690/2008, que alterou a redação do art. 157 do Código de Processo Penal.⁴⁰ Quanto à primeira, seu parágrafo 1º estabeleceu serem inadmissíveis de utilização no processo as “provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre uma e outras [...]”. Ora, se não houver nexo algum entre elas, logicamente não há se falar em derivação. Pensamos que a intenção tenha sido admitir-se a utilização de provas que tenham ligação atenuada, remota, com as provas obtidas ilicitamente, encampando-se, com isto, no Direito brasileiro, o teste da causalidade efetiva e a doutrina da dissipação da mancha. Por outro lado, a teoria da fonte independente é prevista expressamente pela parte final do 1º parágrafo e seu alcance é pretensamente aclarado pelo parágrafo 2º do citado artigo: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou da instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto de prova.” No entanto, houve confusão

that is otherwise acquired as a result of the unlawful search, up to the point at which the connection with the unlawful search becomes ‘so attenuated as to dissipate the taint.’” (*Murray v. United States*, 487 U.S. 533, 480 (1988).

³⁸ *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984).

³⁹ *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

⁴⁰ Apenas por curiosidade, em pesquisa realizada no site do STJ, a expressão “independent source” aparece 18 vezes, ao passo que a expressão “inevitable discovery” acusa 10 registros. Nenhum foi encontrado para “dissipation of taint.” Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

terminológica, porque esta norma explicativa se refere, em verdade, à teoria da descoberta inevitável.⁴¹

Ademais, como podemos perceber, o espírito da norma brasileira não discrepa do da norte-americana, também quanto à consequência do reconhecimento da ilicitude da droga: literalmente, elas são imprestáveis ao processo penal (art. 157, *caput*), devendo ser desentranhadas e inutilizadas (art. 157, § 3º). Portanto, o efeito é o mesmo da *exclusionary rule* dos EUA:

Todavia, por evidente opção legislativa, parece não haver espaço no Brasil para a aplicação do princípio da razoabilidade/proporcionalidade quanto à utilização de provas ilícitas, já que sua inutilidade no processo seria inexorável. Com razão, há quem sustente ser possível a utilização de prova ilícita, somente se ela se revelasse proporcional para atender aos interesses do réu, para a prova de sua inocência, por exemplo, circunstância que se afinaria ao estado de legítima defesa, inclusive.⁴²

No entanto, nos EUA, como já esclarecemos, a *exclusionary rule* não é aplicada cegamente, sendo curioso notar que se admite a utilização de provas ilícitas, em algumas situações pontuais, mesmo contra os interesses do acusado. Conforme já reconheceu a Suprema Corte, provas ilícitas podem ser validamente utilizadas para a acusação confrontar a versão apresentada pelo réu em seu interrogatório judicial, justamente para se evitar o cometimento do crime de perjúrio.⁴³

⁴¹ No mesmo sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira destaca: “Note-se que a Lei 11.690/08 comete um equívoco técnico. No art. 157, par. 2º, ao pretender definir o significado de ‘*fonte independente*’ afirmou tratar-se daquela que ‘*por si só, segundo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.*’ A nosso aviso, essa é a definição de outra hipótese de aproveitamento da prova, qual seja, a teoria da descoberta inevitável, muito utilizada no direito estadunidense.” (*Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 375.).

⁴² “Aliás, não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. Trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do *favor rei*.” (GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antônio M.; FERNANDES, Antônio S. Op. cit, p. 129-130.

⁴³ *United States v. Havens*, 446 U.S. 620 (1980).

Também já se admitiu a utilização de provas ilícitas pelo *grand jury* para o indiciamento, ainda que as mesmas provas não pudessem ser utilizadas posteriormente no processo penal.⁴⁴ E talvez, a situação que seja mais próxima à realidade brasileira, a Suprema Corte também fixou o entendimento de que provas ilícitas possam ser utilizadas, ainda que sejam contrárias aos interesses de acusados, quando estiver presente a “boa-fé” dos agentes estatais, não sob o viés subjetivo, mas objetivo (“*objectively reasonable good faith*”), o que significa dizer que o comportamento deve estar embasado em algum erro justificável de fato ou de direito.⁴⁵ O seu fundamento é o seguinte: se o objetivo da *exclusionary rule* é impedir que um agente estatal viole o direito estabelecido pela 4ª emenda, qual a razão de se impedir a utilização da prova se ela é obtida quando o agente razoavelmente acredita que sua atuação se encontra em perfeita conformidade com a Constituição, e objetivamente age como tal?⁴⁶ Com base nesse entendimento, a Suprema Corte já admitiu o aproveitamento de provas ilícitas, obtidas em cumprimento de ordem judicial aparentemente legítima, mas inválida;⁴⁷ a utilização de evidências apreendidas com base em lei que autorizava as buscas, posteriormente tida por inconstitucional;⁴⁸ e buscas realizadas com base em mandado de prisão equivocadamente inserido em sistema de computador, quando o agente que efetuou as buscas não concorreu para a inserção indevida.⁴⁹

Ponderamos que, ao menos sob o prisma legal, não há previsão no Brasil acerca da aplicação dessa teoria. Pelo contrário, ao art. 157 do CPP parece ser irrelevante a presença da boa-fé no momento da obtenção da prova, mas podemos cogitar, em tese, à luz da proporcionalidade/razoabilidade, acerca da possibilidade de sua utilização em circunstâncias excepcionais, como no caso de a polícia descobrir a prática de um crime grave por meio de uma interceptação de um número de telefone equivocadamente inserido pelo juiz, cujo erro não tinha sido percebido pelos policiais, ou mesmo o cumprimento de mandado judicial em residência diversa da pretendida, porque o juiz se equivocou quanto ao número da casa e, ainda assim, encontra-se algum produto ilícito no local diligenciado.

⁴⁴ *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974).

⁴⁵ HUBBART, Phillip. Op.cit., p. 349.

⁴⁶ Idem, ibidem. p. 349.

⁴⁷ *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

⁴⁸ *Illinois v. Krull*, 480 U.S. 340 (1987).

⁴⁹ *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1 (1995).

2.2. Hipóteses de dispensa de mandados: *consent, plain view e open view*

E quando é que as buscas e apreensões devem ser lastreadas em mandados? Inicialmente, a Suprema Corte adotou uma postura mais restritiva, estabelecendo a necessidade de se atentar à 4ª emenda em se tratando de buscas domiciliares.⁵⁰ Com base nessa premissa, em 1928, ela chegou a afastar a necessidade de autorização judicial para as escutas telefônicas, porque não se vislumbraria qualquer transgressão a direito material de posse ou propriedade, dando ensejo à chamada *trespass doctrine*⁵¹, que foi substituída quase quatro décadas mais tarde, em *Katz v. United States*, pela regra da “expectativa razoável de privacidade” (*reasonable expectation of privacy*).⁵² Em *Katz*, a Suprema Corte fixou o entendimento de que o controle judicial exigido pela 4ª emenda não se vinculava necessariamente a qualquer noção de posse ou propriedade, mas, antes, relacionava-se ao direito à privacidade. Enfaticamente, o voto concorrente do *Justice Harlan* aclarou que “[a] 4ª emenda protege pessoas, e não lugares”, estendendo a proteção constitucional, em *Katz*, para as conversas telefônicas mantidas em telefones públicos.

Os contornos dessa proteção, portanto, vêm sendo ditados pela Suprema Corte que, mais uma vez vinculando a *ratio* da 4ª emenda ao direito de privacidade, já decidiu, por exemplo, pela necessidade de mandado judicial para que sejam realizadas buscas em uma mala de mão que acompanha o passageiro de um ônibus, no interior do veículo, se o objeto a ser apreendido não estiver à mostra.⁵³

No que diz respeito a buscas e apreensões dentro de veículos, como regra geral, não há necessidade de mandados judiciais, justamente porque os carros se movimentam e seria inviável a obtenção de uma ordem antes da diligência, devido à possibilidade de fuga.⁵⁴ As buscas também podem ocorrer no porta-malas do automóvel.⁵⁵ A dispensa de mandado curiosamente também se aplica a casas móveis⁵⁶, mas não

⁵⁰ *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

⁵¹ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 428 (1928).

⁵² 389 U.S. 347 (1967).

⁵³ *Bond v. U.S.*, 529 U.S. 334 (2000).

⁵⁴ *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925).

⁵⁵ *United States v. Ross*, 456 U.S. 798 (1982).

⁵⁶ *California v. Carney*, 471 U.S. 386 (1985).

se estende a automóveis que não sejam capazes de se movimentar, como no caso de marido e mulher terem sido conduzidos à unidade policial e ninguém mais possuir acesso ao automóvel.⁵⁷

Portanto, como regra, as hipóteses de imprescindibilidade de mandados de buscas são mais amplas nos EUA que no Brasil, já que elas não se relacionam, necessariamente, à ideia de casa ou domicílio, mas, sim, ao conceito indeterminado de “expectativa razoável de privacidade”, cujos contornos vêm sendo estabelecidos paulatinamente pela Suprema Corte.

Contudo, ocorre que, mesmo em alguns desses casos, ainda que esteja presente a aludida “expectativa de privacidade”, as buscas e apreensões independem de mandados judiciais, mas lembrando que, invariavelmente, elas se submetem ao preenchimento do requisito da “causa provável” (“*probable cause*”) do cometimento de um crime ou da origem ilícita do objeto a ser apreendido, cuja compreensão não deve se fundar em critérios técnicos, mas práticos, levando-se em consideração a maneira que “homens razoáveis e prudentes agiriam diante de acontecimentos da vida cotidiana.”⁵⁸

A primeira exceção fica por conta da existência de consentimento do morador (“*consent*”), que deve ser sempre voluntário⁵⁹ e dado por alguém que esteja ciente de que se trata de uma opção, cujo ônus probatório deve recair sobre a acusação.⁶⁰ Não há necessidade, todavia, de que os agentes informem o indivíduo de que tem o direito de recusar às buscas, tal como ocorre nas prisões, quando o indivíduo deve ser informado de seus direitos de permanecer calado e de ser assistido por um advogado (*Miranda rights*).⁶¹ De modo geral, o consentimento pode ser revogado a qualquer tempo, quando então os agentes devem automaticamente cessar as buscas.⁶² Além disso, o consentimento também pode ser dado por terceira pessoa, desde

⁵⁷ *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971).

⁵⁸ *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213, 232 (1983).

⁵⁹ *Bumper v. North Carolina*, 391 U.S. 543 (1968).

⁶⁰ *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10 (1948).

⁶¹ *Schneekloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973); *Ohio v. Robinette*, 519 U.S. 33 (1996); *United States v. Drayton*, 536 U.S. 194 (2002).

⁶² *Schneekloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973). A Corte de Apelação do 3º Circuito, todavia, já decidiu que o direito de se revogar o consentimento a qualquer tempo não se aplica no caso de passageiros de avião que submetem suas bagagens à esteira do raio X (*United States v. Hartwell*, 436 F. 3d 174 (2006)). Igualmente, há decisão que não admitiu a revogação de consentimento no caso de visitante a estabelecimento prisional (*United States v. Spriggs*, 827 F. Supp. 372 (1993)).

que “possua autoridade comum ou outra relação suficiente com o estabelecimento ou objeto que será averiguado”.⁶³ No entanto, se dois os mais ocupantes estiverem fisicamente presentes, prevalece a vontade daquele que se opõe à realização das buscas.⁶⁴

A segunda hipótese é a da “teoria da visão aparente” (“*plain view doctrine*”). Ela tem lugar quando agentes já estão munidos de mandados judiciais, ou mesmo realizam alguma busca legal que independe de mandado e, *no curso dessa diligência*, visualizam algo aparentemente ilícito, que esteja à mostra.⁶⁵ Não há possibilidade de utilização dessa teoria sem que tenha havido uma conduta que inicialmente atendesse às exigências da 4ª emenda.⁶⁶ Apesar do que o nome aparentemente sugere, não é necessário que o objeto seja visto pelos agentes, sendo suficiente, por exemplo, que seja por ele sentido, tateado.⁶⁷ Além disso, para todos os casos deve estar presente a *causa provável* de que o objeto a ser apreendido seja ilícito, instrumento ou prova de crime.⁶⁸ Todavia, não há necessidade de que o produto tenha sido inadvertidamente descoberto, bastando que esteja dentro do escopo permitido pelas buscas.⁶⁹ Por exemplo, policiais obtêm mandado de busca domiciliar para a apreensão de bens que possam ser produto de furto. Ao ingressarem à residência, visualizam entorpecentes sobre a mesa. A teoria do *plain view* confere licitude a essa apreensão.

Por fim, de acordo com a “teoria da visão aberta” (“*open view doctrine*”), pode haver a busca e apreensão independentemente de mandado ou de buscas prévias autorizadas pela 4ª emenda, quando agentes policiais visualizarem algo aparentemente ilícito, desde que estejam em um lugar que lhes seja permitido estar (calçada, rua, sobrevoo de céu aberto etc.).⁷⁰ Seu fundamento reside na premissa de que a proteção da 4ª emenda não obriga que agentes públicos tapem seus olhos diante do cometimento de infrações.⁷¹ De fato, no julgamento de *California v. Ciraolo*, a Suprema Corte arrazou que:

⁶³ *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974).

⁶⁴ *Georgia v. Randolph*, 547 U.S. 103 (2006).

⁶⁵ HUBBART, Phillip A. Op. cit., p. 219.

⁶⁶ *Texas v. Brown*, 460 U.S. 730 (1983).

⁶⁷ *Minnesota v. Dickerson*, 508 U.S. 356 (1993).

⁶⁸ *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971).

⁶⁹ *Horton v. California*, 496 U.S. 128 (1990).

⁷⁰ HUBBART, Phillip A. Op. cit., p. 155-6.

⁷¹ *Texas v. Brown*, 460 U.S. 730 (1983).

A proteção da Quarta Emenda à casa nunca se estendeu ao ponto de exigir que agentes protejam seus olhos ao passarem por ela em via pública. Nem mesmo o simples fato de um indivíduo tomar medidas para restringir a observação de suas atividades impede que um agente observe sua conduta de um lugar estratégico de acesso ao público, no qual ele tem direito de estar.⁷²

A teoria da *open view* já foi aplicada para reconhecer a legalidade de apreensão de drogas de dentro de um veículo estacionado, quando o policial visualizou o produto quando se encontrava em via pública;⁷³ também para cancelar a apreensão de produto contrabandeado visto em um navio por um oficial da guarda costeira que se encontrava em outro navio.⁷⁴

Eis, em linhas gerais, as hipóteses de dispensa de mandados judiciais para a realização de buscas e apreensões nos EUA, mesmo diante da expectativa razoável de privacidade.

3. Buscas domiciliares sem mandado e a posição do Supremo no julgamento do Recurso Extraordinário 603.616

O caso apreciado pelo STF relacionava-se à apreensão de drogas na residência do recorrente, após as 19h, sem que a diligência tivesse sido lastreada em mandado judicial. Argumentou-se ofensa ao art. 5º, incisos LVI e XI, da Constituição. O Min. Gilmar Mendes, relator do caso, reconheceu sua repercussão geral, entendendo que a questão transcendia o direito subjetivo do recorrente.⁷⁵

Ao apreciar o tema, o Tribunal Pleno, por maioria de votos (venceu o Min. Marco Aurélio), houve por bem firmar a seguinte tese:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente

⁷² 476 U.S. 207, 210 (1986).

⁷³ *Texas v. Brown*, 460 U.S. 730 (1983).

⁷⁴ *United States v. Lee*, 274 U.S. 559 (1927).

⁷⁵ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615342>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.

Na hipótese levada a julgamento, policiais militares teriam flagrado um dos acusados transportar drogas, ocasião em que este lhes informou quem seria a pessoa que lhe teria fornecido o entorpecente, que estava em sua residência. A par dessa informação, os policiais se deslocaram à casa do indivíduo delatado e apreenderam mais de 8,542 kg de cocaína no interior de um veículo estacionado no local.⁷⁶

Assim como o Tribunal de origem, o STF reconheceu a licitude da diligência policial, apontando que: (1) o crime de tráfico de drogas é de natureza permanente, admitindo-se a prisão em flagrante enquanto não cessada a permanência; (2) o fato de terceira pessoa indicar a casa em que estavam as drogas, no caso, foi suficiente para o reconhecimento da existência de *fundadas razões* da invasão domiciliar sem mandado judicial.

Ora, de modo geral, a Constituição admite que exista a invasão domiciliar, sem mandado judicial, no caso de flagrante delito. É óbvio que se alguém estiver passando defronte a uma residência, ouvir gritos de horror e verificar que o esposo está prestes a matar sua mulher, pode invadir a residência e intervir. No entanto, de acordo com o entendimento firmado pelo STF, não há a necessidade de os agentes *visualizarem* a conduta aparentemente criminoso para que possam agir, bastando que atuem amparados por *fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori* acerca da situação de flagrante delito. De maneira implícita, portanto, diferentemente da corrente adotada pela Suprema Corte dos EUA, de acordo com o STF, dispensa-se *open view* para as buscas domiciliares sem mandado judicial, bastando que exista, por exemplo, delação fidedigna.

⁷⁶ TJRO, Ap. 101.501.2007.004483-5, 1ª Câmara Especial, rel. Des. Eurico Montenegro, m.v., j. em 1.10.2008 (disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/apsg/faces/jsp/apsgDetalleProcesso.jsp>>, acesso em: 12 jan. 2016).

4. Necessidade de densificação de parâmetros diante do conflito entre liberdade individual e persecução penal. O papel do STF como corte suprema de unificação do Direito

A segurança pública, exercida *para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio*, nos termos do art. 144 da Constituição, é valor caro ao nosso sistema jurídico, sendo assegurada como direito social (art. 6º, Constituição) e compreendida pelo preâmbulo, inclusive.⁷⁷ Com isso, adquire relevo a importantíssima função desenvolvida em âmbito policial, tanto preventivamente, quanto de maneira repressiva, na apuração das infrações penais como instrumento de pacificação social e construção de uma sociedade *livre, justa e solidária* e promoção do *bem comum*, objetivos fundamentais de nossa república, nos termos do art. 3º, I e IV, da Constituição.

Por outro lado, a liberdade individual, que se concretiza, entre várias formas, na inviolabilidade domiciliar, é valor fundamental, como vimos, relacionando-se intimamente com a dignidade da pessoa humana, verdadeira “referência estrutural para o constitucionalismo mundial.”⁷⁸

Com isto, é evidente a existência de uma tensão entre ambos os interesses quando das invasões domiciliares: por um lado, existe a necessidade de inibição de práticas criminosas, dever imposto aos agentes estatais de repressão penal e faculdade conferida aos particulares, inclusive, dada à importância de contenção de práticas criminosas; por outro, a garantia da inviolabilidade domiciliar, um dos valores básicos a todo o ordenamento jurídico que deposite no ser humano a sua centralidade.

É certo que aludida tensão é sensivelmente atenuada, ou mesmo eliminada, quando existe consentimento do morador quanto às buscas a serem realizadas, porque, se existir concordância, sequer há se cogitar de *fundada suspeita*, na medida em que o morador renunciou, ao menos para aquele momento, à garantia que lhe fora constitucionalmente reconhecida. Observamos, contudo, que o consentimento deve ser real, efetivo, despido de vícios de consentimento⁷⁹ e revogável.

⁷⁷ O preâmbulo, a despeito de não possuir força normativa, não é juridicamente irrelevante, por ser elemento valioso de interpretação e integração dos dispositivos constitucionais. Nesse sentido já decidiu o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.076/AC, Min. Carlos Velloso, j. em 15.8.2002 (Informativo STF 277).

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi apud Flavia Piovesan. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 2012. p. 71.

⁷⁹ PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 134.

Talvez, seria adequada, no Brasil, uma alteração no CPP, passando-se a exigir, por exemplo, um termo de declaração do morador de que consente com as buscas domiciliares.

O conflito entre os valores constitucionais é também reduzido nas hipóteses de buscas e apreensões lastreadas em mandados judiciais, porque o juiz, *a priori*, deverá ponderar a existência de fundadas razões para as diligências pretendidas, além de detalhar, o *mais precisamente possível*, o local das buscas, observando-se, ainda, que o cumprimento somente poderá ocorrer durante o dia.⁸⁰

Creemos que a tensão se afigura mais latente quando a inviolabilidade domiciliar é devassada por agentes estatais, despidos de ordem judicial, diante da possibilidade de que, dentro da casa, alguém esteja praticando um crime ou tenha acabado de cometê-lo. Dizer que o crime de tráfico de drogas é delito de natureza permanente, que se protraí no tempo, admitindo-se a prisão em flagrante enquanto não cessada a permanência, não justifica, por si só, o ingresso forçado a residências de maneira indiscriminada, ao alvedrio dos agentes policiais.⁸¹ A celeuma fica por conta dos pressupostos de fato para que agentes estatais formem sua convicção acerca do estado de flagrância. Com a devida vênia, a tese de jurisprudência firmada pelo STF não orienta adequadamente a apreciação de casos futuros, já que “*fundadas razões*” é expressão polissêmica e, na prática, encerrará noção meramente retórica, incapaz de inibir práticas estatais potencialmente abusivas.⁸²

Com efeito, não colocamos em xeque a atuação da polícia que, em sua grande maioria, conta com integrantes responsáveis e conhecedores de que o poder que exercem, apesar de índole discricionária,

⁸⁰ Arts. 240 e 243, CPP.

⁸¹ Enfatadamente, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Dizer que nos crimes de natureza permanente, tal qual o tráfico de drogas, o estado de flagrante se mantém, o que é dogmaticamente correto, não significa dizer que vaga suspeita da prática de crime de tráfico de entorpecentes coloca o suspeito em estado de flagrância e, assim, afasta o direito à inviolabilidade do domicílio” (TJ-RS, Ap 0105880-83.2014.8.21.7000, 3ª Câmara Criminal, relator desembargador Jayme Weingartner Neto, DJ 08.08.2014).

⁸² Com propriedade pontuou Ingo Wolfgang Sarlet que “*importa* densificar critérios que devem reger a atividade policial (certamente submetida à proporcionalidade e num primeiro momento postos pelo legislador) e no sentido de objetivar o controle judicial, idealmente prévio, às vezes a posteriori, de atuação do Estado-Polícia, sobrecarregado, em nossa sensibilidade, entre deveres de atuação e prevenção na segurança pública, de um lado; e de produção de provas hábeis a instruir a persecução penal, por outro, já que é inteiramente legítima e decorre de um dever geral de proteção a persecução penal dos delinquentes no interesse da comunidade, sempre, contudo, mediante o respeito às “regras do jogo” prescritas pela CF.” (SARLET, Ingo W. Posição do Supremo sobre violação de domicílio é prudencial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/direitos-fundamentais-posicao-supremo-violacao-domicilio-prudencial>>. Acesso em: 13 jan. 2016.).

somente se justifica se exercido nos limites da lei.⁸³ A necessidade de serem densificados os parâmetros que autorizam buscas domiciliares sem mandado judicial decorre da segurança jurídica, ferramenta importantíssima para a coesão de nosso Estado de Direito, justamente, porque, entre as várias utilidades em nosso sistema, ela funciona como freio a arbitrariedades.⁸⁴

Ora, se o art. 240, parágrafo 1º, CPP, autoriza a busca domiciliar quando estiverem presentes *fundadas razões* para a diligência pretendida⁸⁵, cabia ao STF, ao fixar a tese de repercussão geral, estabelecer o conteúdo e os limites dessa expressão aberta, deixando simplesmente de repetir a expressão já utilizada pela lei, medida que se revela inócua, diante de seu alto grau de abstração, para orientar futuras decisões acerca da correta compreensão dessa norma.

Pior do que inócua, ela possui a aptidão de praticamente tornar inaplicável o art. 157 do CPP, no que diz respeito à inadmissibilidade no processo de provas ilícitas, porque apreendidas em buscas domiciliares sem mandado judicial. Pensemos no caso do agente estatal que, apenas por ouvir dizer que certa pessoa promove o tráfico de drogas em sua residência, acaba ingressando de maneira forçada nessa casa e, efetivamente, encontra a droga. O ato da apreensão, por si só, poderá legitimar a suspeita inicial, porque se poderá pensar: “*ora, a razão era tão fundada que, de fato, a droga acabou por ser encontrada; logo, a prova é lícita.*” Portanto, os fins poderão acabar por justificar os meios, numa lógica maquiavélica, se o requisito bastante for o de *fundadas razões*.

Com isso, temos que a tese fixada pelo STF poderia ter sido mais analítica, à semelhança das detalhadas decisões tomadas rotineiramente

⁸³ Celso Antônio Bandeira de Mello bem lembra que não existe poder absolutamente discricionário no Estado de Direito, mas, sim, atos praticados pela Administração Pública que manifestam competência discricionária, porção de liberdade conferida ao administrador para que verifique a medida mais conveniente e oportuna ao interesse público (*Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 723).

⁸⁴ “A proibição de arbitrariedade [...] funciona como fator de calculabilidade do Direito, pois, ainda que não capacite o cidadão a prever exatamente o conteúdo futuro do Direito, pelo menos demarca, negativamente, os limites da sua configuração, já que afasta qualquer tipo de regulação futura desprovida de justificação [...]. Sabendo que o Direito de amanhã, além de não poder, brusca nem injustificadamente, se afastar do Direito de hoje, não poderá ser arbitrário – no sentido de meramente caprichoso, sem respaldo em razões objetivas e motivadas –, o cidadão tem maiores condições de livre e autonomamente plasmar o seu futuro.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 640).

⁸⁵ Art. 240, par. 1º: “Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para [...]”. (destaque nosso).

te pela Suprema Corte dos EUA, afeiçoadas ao sistema de precedentes obrigatórios (*stare decisis*)⁸⁶, cujas questões principais (*holdings*) são de observância obrigatória pelos demais juízos e tribunais (*binding authority precedents*). Também no Brasil, o papel do STF deve ser moderadamente compreendido como Corte Suprema de promoção da unidade do Direito (em especial, questões de Direito Constitucional), mediante a formação de precedentes.⁸⁷ Ao desempenhar essa atividade, deverá cuidar para não fixar diretrizes demasiadamente fluidas, típicas das leis. Pelo contrário, seu escopo deve ser preencher esses *vácuos legislativos*, para que as futuras decisões judiciais sobre o tema sejam mais previsíveis, inibindo-se um sem-número de interpretações indesejadas, principalmente diante do quadro atual de nosso sistema, que se convencionou denominar *neoconstitucionalismo*, marcado não somente pela constitucionalização do Direito e protagonismo do Judiciário, mas também pela normatização dos princípios e abertura de regras, pela presença de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados.⁸⁸

Nessa ótica, o Novo Código de Processo Civil (NCPC), com aplicação subsidiária no processo penal, no que couber, elenca várias ferramentas para que os tribunais cumpram seu dever de uniformização da jurisprudência, de modo a mantê-la *estável, íntegra e coerente*, tais como a ênfase que recai sobre a edição de súmulas, a inédita do incidente de assunção de competência e as consequências dos julgamentos de casos repetitivos (por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas e do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos). Em todos os casos, haverá a produção de efeitos *vinculantes* aos demais órgãos jurisdicionais que lhes são correlatos.⁸⁹

⁸⁶ “*Stare decisis* é o instituto que demanda que as cortes subordinadas à corte de apelação que estabeleceu o precedente sigam-no e não ‘perturbem o ponto estabelecido’.” Tradução livre. No original: “*Stare decisis* is the policy which requires that the courts subordinate to the appellate court establishing the precedent follow that precedent and not ‘disturb a settled point’.” (COLE, Charles. *Comparative constitutional law: Brazil and the United States*. Lake Mary: Vandelas Publishing, 2008. p. 14).

⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 32.

⁸⁸ Tanto as cláusulas gerais, quanto os conceitos legais indeterminados são elementos normativos de conteúdo vago e impreciso, carecendo de integração pelo intérprete. A diferença é que, no caso dos conceitos legais, a consequência jurídica é prevista pela norma, ao passo que as cláusulas gerais permitem ao juiz o preenchimento dos claros normativos com os valores que permeiam o caso. (NERY JUNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil*. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003. p. 398-444, p. 407-409.).

⁸⁹ Observar os artigos 926, 927, 928, 947, 1.050 e 1.053, todos do NCPC.

Desse modo, para que a jurisprudência seja minimamente uniformizada, dever instrumental para que alcancemos relativa segurança jurídica, impõe-se que os tribunais, e o STF, em especial no que tange a questões constitucionais, densifiquem os parâmetros que vierem a estabelecer. Na hipótese das buscas domiciliares sem mandado, seria de bom alvitre que o STF explicitasse o que se deve entender por *fundadas razões*, empregando, por exemplo, as doutrinas norte-americanas do *open view*. Hipoteticamente, poderia ter dito que somente se autorizaria o ingresso forçado em domicílio quando os agentes observassem atos de efetivo comércio, tal como o habitante do imóvel entregar drogas para suposto comprador. O mesmo raciocínio poderia ter sido explicitado quando agentes sentissem cheiro de maconha (*plain smell*) ou ouvissem supostas tratativas relativamente a venda de drogas (*plain hearing*). Assim fazendo, o STF, em nosso sentir, teria bem equacionado a evidente tensão entre os valores em jogo, fixando diretrizes mais seguras para a atuação policial, num primeiro plano, e o controle jurisdicional *a posteriori*.

5. Conclusão

O presente trabalho teve por objetivo analisar a tese fixada pelo STF no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, que admitiu a possibilidade de haver buscas domiciliares despidas de mandado judicial competente. Apontamos que a tese, efetivamente, ficou aquém do que se espera de sua função de Corte Suprema de unificação do Direito.

Na hipótese, procuramos tecer algumas considerações acerca da prova e sua ilicitude no processo penal nos EUA, já que a Suprema Corte daquele país passou a moldar, ao longo de várias decisões, de maneira analítica, como já é seu estilo ocasionado pelo sistema do *stare decisis*, as situações em que se configura a ilicitude na colheita das provas; a solidificação da regra que impede a utilização de provas ilícitas no processo penal, com suas exceções pontuais; e as teorias que admitem a realização de buscas sem mandado judicial, ainda que exista a expectativa de privacidade.

Ao fixar a tese, o STF poderia ter explicitado com mais concretude as circunstâncias em que se fazem presentes as *fundadas razões* para que agentes policiais adentrem uma residência sem mandado judicial, encampando, por exemplo, a teoria do *open view*, como possível solução ao conflito patente entre a liberdade individual e a persecução penal.

O quadro é um indicativo de que, no Brasil, carecemos de um sistema de precedentes necessariamente sólido para preencher a fluidez das disposições normativas e projetar-se ao futuro, norteando as decisões de casos idênticos ou semelhantes. O NCPD tem a intenção de alterar essa realidade, porque prevê mecanismos para se chegar à pretendida uniformização jurisprudencial. Se bem utilizado, o Brasil dará passos largos em direção à necessária segurança jurídica.

Referências bibliográficas

AMAR, Ahhil Reed. Fourth Amendment first principles. In: LEE, Cynthia (Ed.). *The fourth amendment: searches and seizures – its constitutional history and contemporary debate*. Amherst: Prometheus Books, 2011. (Bill of Rights Series).

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRADLEY, Gerard V. The constitutional theory of the Fourth Amendment. Scholarly Works, Paper 773, 1989. Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/773>.

CALABRESI, Guido. *The exclusionary rule*. In: LEE, Cynthia (Ed.). *The fourth amendment: searches and seizures – its constitutional history and contemporary debate*. Amherst: Prometheus Books, 2011. (Bill of Rights Series).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COLE, Charles. *Comparative constitutional law: Brazil and the United States*. Lake Mary: Vandelas Publishing, 2008.

FRAENKEL, Osmond K. Concerning searches and seizures. *Harv. L.Rev.*, v. 34, p. 361, p. 362-63, 1920

GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antônio M; FERNANDES, Antônio S. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HUBBART, Phillip A. *Making sense of search and seizure law: a Fourth Amendment handbook*. Durham: Carolina Academic Press, 2005.

MARTINS, Leonardo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Commentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003. p. 398-444.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 2012.

PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SARLET, Ingo W. *Posição do Supremo sobre violação de domicílio é prudencial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/direitos-fundamentais-posicao-supremo-violacao-domicilio-prudencial>>.