

ORGANIZADORES
DANIELA VANILA NAKALSKI
MATHEUS FONTELLA GOULART

ESTUDOS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Organizadores

Daniela Vanila Trigo Nakalski

Matheus Fontella Goulart

Estudos sobre Direitos Fundamentais



1ª Edição
Foz do Iguaçu
2023

© 2023, CLAEC

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 5988 de 14/12/73. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito da editora, poderá ser reproduzida ou transmitida para fins comerciais, sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros. Aplica-se subsidiariamente a licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional (CC BY 4.0).

Diagramação: Valéria Lago Luzardo

Capa: Capa produzida por Guilherme Vaz Cabral através do serviço Midjourney e finalizada por Gloriana Solis Alpizar

Revisão: Os organizadores

ISBN 978-65-89284-38-3

DOI: <https://doi.org/10.23899/9786589284383>

Disponível em: <https://publicar.claec.org/index.php/editora/catalog/book/89>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Estudo sobre Direitos Fundamentais [livro eletrônico] /
organização Daniela Vanila Trigo Nakalski, Matheus Fontella
Goulart. -- Foz do Iguaçu, PR: CLAEC e-Books, 2023. PDF.

Vários autores.

Vários colaboradores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-89284-38-3

1. Direitos fundamentais no contemporâneo 2.
Interpretação 3. Aplicação do Direito I. Nakalski, Daniela
Vanila Trigo. II. Goulart, Matheus Fontella.

CDD- 340

Os textos contidos neste e-book são de responsabilidade exclusiva de seus respectivos autores e autoras, incluindo a adequação técnica e linguística.

Centro Latino-Americano de Estudos em Cultura – CLAEC
Diretoria Executiva

Me. Bruno César Alves Marcelino
Diretor-Presidente

Dra. Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo
Diretora Vice-Presidente

Dra. Cristiane Dambrós
Diretora Vice-Presidente

Me. Weldy Saint-Fleur Castillo
Diretor Vice-Presidente

Editora CLAEC

Me. Bruno César Alves Marcelino
Editor-Chefe

Me. Fernando Vieira Cruz
Editor-Assistente

Dr. Lucas da Silva Martinez
Editor-Chefe Adjunto

Me. Ronaldo Silva
Editor-Assistente

Dra. Danielle Ferreira Medeiro da Silva de
Araújo
Editora-Assistente

Bela. Valéria Lago Luzardo
Editora-Assistente

Conselho Editorial

Dra. Ahtziri Erendira Molina Roldán
Universidad Veracruzana, México

Dra. Marie Laure Geoffray
Université Sorbonne Nouvelle – Paris III, França

Dra. Denise Rosana da Silva Moraes
Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Brasil

Dra. Ludmila de Lima Brandão
Universidade Federal do Mato Grosso, Brasil

Dr. Djalma Thürler
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Dr. Marco Antonio Chávez Aguayo
Universidad de Guadalajara, México

Dr. Daniel Levine
University of Michigan, Estados Unidos

Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes
Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Brasil

Dr. Fabricio Pereira da Silva
Universidade Federal Fluminense, Brasil

Dra. Sandra Catalina Valdetaro
Universidad Nacional de Rosario, Argentina

Dr. Francisco Xavier Freire Rodrigues
Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil

Dra. Susana Dominzain
Universidad de la República, Uruguai

Dra. Isabel Cristina Chaves Lopes
Universidade Federal Fluminense, Brasil

Dra. Suzana Ferreira Paulino
Faculdade Integrada de Pernambuco, Brasil

Dr. José Serafim Bertoloto
Universidade de Cuiabá, Brasil

Dr. Wilson Enrique Araque Jaramillo
Universidad Andina Simón Bolívar, Equador

Sumário

Apresentação <i>Os organizadores</i>	6
Acesso à saúde em tempos de Covid-19: uma análise das práticas estatais em face do dever constitucional e do direito à saúde <i>Daniela Vanila Nakalski, Matheus Fontella Goulart</i> DOI: 10.23899/9786589284383.1	7
Os efeitos da execução do controle de constitucionalidade pelo STF para a concessão do benefício de prestação continuada – BPC <i>Daniela Vanila Nakalski, Daiza Gabrielle Corrêa Leal</i> DOI: 10.23899/9786589284383.2	20
A imunidade de jurisdição e a relativização no Caso Changri-lá <i>Carmela Marcuzzo do Canto Cavalheiro, Giovana Vigânico Queiroz Gonçalves</i> DOI: 10.23899/9786589284383.3	33
O não reconhecimento pelo STF do direito ao esquecimento como direito fundamental a partir da análise do RE nº 1.010.606 – RJ <i>Ana Amélia B. A. Falcão, Daniela Vanila Nakalski</i> DOI: 10.23899/9786589284383.4	45
Verdes são também os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira <i>Breno Matheus Fontane Agarrayua, João Paulo Rocha de Miranda</i> DOI: 10.23899/9786589284383.5	55
Crise constitucional e neoconstitucionalismo: o tempo enquanto direito fundamental reflexo <i>Guilherme Vaz Cabral, Daniela Vanila Nakalski</i> DOI: 10.23899/9786589284383.6	69
A proteção da cultura como direito fundamental sob a perspectiva da propriedade intelectual <i>Carmela Marcuzzo do Canto Cavalheiro, Isabella Esteves Fagundes, Lyncoln Daniel Oliveira Artiaga</i> DOI: 10.23899/9786589284383.7	78
Autonomia do juiz singular na manifestação “de ofício” quanto à inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo em processos judiciais <i>Daniela Vanila Trigo Nakalski, Eduardo Junges Amaral Soares</i> DOI: 10.23899/9786589284383.8	88

Violencia, género y dispositivos jurídicos internacionales en América Latina y el Caribe	98
<i>Gabriel Dib Daud De Vuono, Suzana Maria Loureiro Silveira</i>	
DOI: 10.23899/9786589284383.9	
O registro da marca “Copa do Mundo” no Brasil e as exigências da FIFA quanto ao uso da marca	105
<i>Ana Loren Xavier de Alcântara Nascimento, Daniela Vanila Trigo Nakalski</i>	
DOI: 10.23899/9786589284383.10	

Apresentação

O livro *Estudos sobre Direitos Fundamentais* reúne uma coletânea de artigos relacionados à temática de Direitos Fundamentais, analisada sob distintas abordagens oriundas, grande parte, pela participação de professores e de alunos do Grupo de Estudos Avançados em Direito – GEAD/UNIPAMPA e do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional e Propriedade Intelectual - DIRCONPI /UNIPAMPA.

A obra jurídica contempla dez artigos cujos conteúdos perpassam de forma crítica/reflexiva pela análise direta da fundamentalidade e efetividade dos direitos positivados na Constituição Federal de 1988, nas legislações brasileiras e em tratados internacionais e suas implicações jurisprudenciais.

Ademais, introduz o debate contemporâneo de temas tradicionais, como direito à saúde, direito à assistência, direitos de propriedade intelectual, mas inova ao tratar de temas transversais como violência e gênero, cultura e meio ambiente e singulariza-se pela análise e sustentação de novos direitos fundamentais reflexivos, como direito ao tempo e o direito ao esquecimento.

Os organizadores da obra, Daniela Vanila Trigo Nakalski, Pós-doutora em Direito, e Matheus Fontella Goulart, Mestre em Administração, encontraram na interdisciplinaridade dos Direitos Fundamentais a possibilidade de aprofundar pesquisas nas Ciências Sociais Aplicadas, sobretudo nas Ciências Jurídicas. Para os autores, a obra é o ponto de chegada, culmina na concretização dos esforços coletivos de cada pesquisador envolvido, que dedicou tempo, entusiasmo e conhecimento, pode participar deste arrojado projeto.

Convidamos com grande apreço aos leitores e curiosos da área a mergulhar nesse universo de Estudos sobre Direitos Fundamentais!

Os organizadores

Acesso à saúde em tempos de Covid-19: uma análise das práticas estatais em face do dever constitucional e do direito à saúde

Daniela Vanila Trigo Nakalski*

Matheus Fontella Goulart**

Introdução

A Organização Mundial da Saúde (OMS) em 20 de janeiro de 2020 decretou estado de Pandemia Mundial, em decorrência do vírus SARS-CoV, gerador da Covid-19 (OPAS, 2022). Desta forma, perfaz a necessidade de um olhar atento de proporções mundiais para que fosse possível o enfrentamento desta moléstia. Todavia coube às Organizações Internacionais (OIs) juntamente com os países analisar e desenvolver medidas para reduzir os infectados e mitigar os danos à saúde dos enfermos.

Conforme pesquisas em nível mundial, estima-se que até o presente momento foram 645 milhões de casos confirmados e 6,6 milhões de mortos em escala global (OMS, 2022). De forma mais específica, o Brasil já confirmou a incidência de 35.751 casos positivados e ainda 691.449 óbitos decorrente da Covid-19¹.

Não obstante, a OMS, OPAS, UE, juntamente com outras Organizações Internacionais, sobretudo de atuação na área da epidemiologia, farmacologia e entre outras especificações, conglomeram pesquisas e avanços científicos para o desenvolvimento do antígeno capaz de reduzir a propagação viral deste agente entre os indivíduos (DOMINGUES, 2021). Todavia, o estado emergencial em que os países se encontravam estava cada vez mais preocupante, longos períodos de isolamento, fechamento de comércios, hospitais lotados, crises humanitárias e muitos outros

* Pós-Doutora em Direito (Universidade Federal de Santa Catarina /UFSC). Professora Associada III da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA).

E-mail: danielanakalski@unipampa.edu.br

** Mestre em Administração (Universidade Federal do Pampa) e Graduando em Direito (UNIPAMPA). Graduado em Comunicação Social Hab. Relações Públicas (Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)).

E-mail: matheusfontella01@gmail.com

¹ Dados atualizados até a data de 14 de dezembro de 2022. Fonte: BRASIL, 2022. Painel Coronavírus. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 14 dez. 2022.

acontecimentos alertaram notoriamente a necessidade da imunização em massa das populações (TAITSON, 2021).

Diante deste contexto, emerge o seguinte questionamento: o Brasil, enquanto Estado democrático de Direito, atuou de forma a corroborar com o enfrentamento da Covid-19 e garantiu a devida efetivação do direito constitucional de acesso à saúde e assistência farmacológica? A fim de responder a referida pergunta, o estudo consolidou-se através das seguintes temáticas: a) O acesso à saúde no Estado democrático de Direito; b) O problema da autoaplicabilidade do direito à saúde pelo Estado brasileiro; c) o Estado brasileiro em face da Covid-19.

O acesso à saúde no estado democrático de direito

Do ponto de vista normativo, a saúde é um direito fundamental consagrado tanto constitucionalmente quanto nos instrumentos internacionais de direitos humanos. Conforme Bobbio (2004), a positivação enquanto direito fundamental tem origem nos movimentos revolucionários dos séculos XVII (*Bill of Rights*) e XVIII (Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão).

As atuais Constituições surgiram, intrinsecamente, associadas à noção de que as pessoas têm direitos inalienáveis decorrentes de sua condição humana. A busca pela igualdade de todos perante a lei foi um momento marcante na construção de um documento que definisse os direitos fundamentais de todos, e limitasse, também, esse mesmo poder em prol do coletivo.

O reconhecimento dos direitos humanos surge quando o homem passa a ser a fonte da lei positiva e não mais a ordem divina ou os costumes. A igualdade de todos não estava mais segura diante da proteção divina, e as declarações de direito na época representam tal necessidade de nova proteção. Por isso, “[...] a positivação das declarações nas constituições, que se inicia no século XVIII com as Revoluções Americana e Francesa, tinha como objetivo conferir aos direitos nelas contemplados uma dimensão permanente e segura” (LAFER, 2020, p. 123).

A partir das declarações americana e francesa, todos os seres humanos são pela sua natureza, igualmente livres e independentes com direitos inatos,

[...] dos quais, ao entrarem no estado da sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança (COMPARATO, 2004, p. 49).

Surge o Estado Constitucional, pois conforme o art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem, “[...] toda a sociedade onde a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição” (BOBBIO, 2004, p. 123). Tal Estado deve, portanto, garantir direitos. Este é o Estado de direito que se apresenta sob a forma *juridicizada*, ou seja, uma forma institucional normativa. Para fins de compreensão da terminologia, elenca-se as diretrizes de Capella (2002), sendo o Estado de Direito “o conjunto de condições que deve satisfazer um sistema político-jurídico para que se lhe tenha como minimamente democratizado, isto é, com garantias suficientes para os submetidos a esse poder” (CAPELLA, 2002, p. 147).

Entre as características que identificam um Estado de Direito, está o reconhecimento constitucional de direitos fundamentais como um limite ao uso arbitrário de poder. Entretanto, não basta apenas afirmá-los constitucionalmente; deve-se também torná-los efetivos. Nesse sentido, há uma tendência jurisprudencial de assegurar o direito à saúde e demais direitos conexos, independente dos critérios de dotação orçamentária, já que o entendimento majoritário os compreende como passíveis de controle judicial².

Pela influência dos ideais revolucionários a saúde passa a compor o rol dos direitos constitucionais fundamentais, desde a primeira Assembleia Constituinte francesa já se exigia um direito à assistência, pois o Estado era responsável pelas obrigações sociais. Já se pensava que o Estado deveria oferecer serviços públicos a todos, pondo fim à dependência da caridade comunitária, embora até hoje se mantenha o voluntariado para auxiliar nas causas humanitárias.

O reconhecimento dos direitos sociais, incluindo a saúde, demandou um longo tempo de discussão e maturação até ser inserido nas Constituições, pois são compreendidos como direitos que se efetivam por meio do Estado. Dessa forma, a saúde humana passa a ser concebida como direito fundamental reconhecida e positivada no âmbito do direito constitucional dos Estados.

É também direito humano no sentido de que seu titular será o ser humano ainda que representado por entes coletivos. A expressão “direitos humanos” tem relação direta com os textos de direito internacional, pois reconhece o ser humano como tal,

² No que tange a assistência farmacêutica, já se definiu pelo STF como tema de repercussão geral a possibilidade de bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento medicamentos, conforme RE 607582.

independentemente de sua vinculação com determinado Estado, tem aspiração à validade universal, para todos os povos e tempos (SARLET, 2021).

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos passou-se a conceber os direitos humanos de forma integral e holística, cujos direitos inter-relacionam-se entre si, exercendo influência sobre as Constituições e legislações nacionais, bem como da formação de sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

Mesmo com tantos sistemas de proteção dos direitos fundamentais e humanos, paradoxalmente (LUHMANN, 2000), se entende que a forma mais atual de afirmação ocorre pela sua própria violação, tais como aconteceu com o descaso da saúde pública em nosso país diante a pandemia da Covid-19.

Dessa forma, o tipo de expressão utilizado para se referir a um direito do ser humano – como fundamental ou humano – esclarece apenas dimensões distintas que estão cada vez mais inter-relacionadas. Os direitos fundamentais são necessários a todas as Constituições dos Estados, pois consagram a dignidade humana e asseguram a limitação de poder visando o pleno desenvolvimento do ser.

O problema da autoaplicabilidade do direito à saúde pelo estado brasileiro

O sistema jurídico brasileiro reconhece o direito fundamental à saúde como parte integrante dos direitos sociais, pois têm como inspiração o valor da igualdade entre as pessoas. No texto constitucional, a preocupação com o bem-estar das pessoas é tutelada, desde os princípios fundamentais norteadores da República brasileira, como a cidadania e a dignidade. Também é incluída entre os objetivos do país como construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, promover o bem de todos, etc.

Além de direito fundamental, à saúde é tratada no âmbito da seguridade social, pois esta acolhe um conjunto integrado de ações que deve assegurar além da saúde, também a assistência e previdência social. Inclusive, percebem-se diferenças quanto à forma linguística da positivação dos direitos sociais em relação aos direitos de cunho liberal. Enquanto para os direitos de primeira dimensão o texto legal tinha uma forma bastante precisa, enxuta, taxativamente determinada para os de segunda dimensão, a fórmula linguística adaptada foi textos mais genéricos aproximando-se da programação política futura (MORAIS, 2006).

Mas o texto constitucional, ao positivar a saúde como direito fundamental social, determinou-lhe sua autoaplicabilidade, conforme o art. 5º § 1º. Qualquer pessoa pode e

deve exigir as prestações asseguradas nas normas definidoras de direitos fundamentais sociais. Entretanto, tais direitos encontram-se sob uma reserva do possível³, ou seja, vinculados às decisões políticas quanto à destinação de recursos públicos. Aí reside o problema da eficácia dos direitos sociais na sua dimensão prestacional. Não há também meios jurídicos próprios para que os direitos sociais possam se concretizar da mesma forma que um mandado de segurança para o direito individual.

O Poder Judiciário brasileiro tem reconhecido a primazia do direito à saúde, especialmente pela demanda por medicamentos, cita-se o Recurso Extraordinário nº855178/2014, enquadrado pelo STF como de Repercussão Geral nº 793 determinando a responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde.

Destaca-se neste julgamento que em matéria de saúde todos os entes federados são responsáveis solidariamente, pois conforme prevê o art. 196 da Constituição Federal compreende-se o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado. Nesse sentido, o dever prestacional da saúde compete aos quatro entes da federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Essa competência comum está descrita no art. 23, II, da Constituição, pois

[...] o fato do Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária deles. As ações e serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único (CANOTILHO, 2004, p. 108)⁴.

Dessa forma, alcança-se a *justiçabilidade* dos chamados direitos sociais por interferência do Poder Judiciário. Deve-se ressaltar a particular relevância da atuação dos órgãos do Poder Judiciário não só porque eles se encontram também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas porque para além e em função disso

³ Canotilho apresenta alguns significados para o termo “reserva do possível”. Primeiro “significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados; Segundo, significa a *tendência para zero* da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais; Terceiro significa *gradualidade* com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros. E por último significa *insindicabilidade* jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais.

⁴ Manifestação do relator Ministro Luiz Fux na análise do RE nº 855.178/2014.

exercem controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais. Por isso afirma Streck

[...] é dever dos juízes e tribunais aplicarem as leis em conformidade com os direitos fundamentais, além de estarem obrigados a colmatar lacunas à luz das normas de direitos fundamentais, o que alcança inclusive, a jurisdição cível, alcançando, de forma horizontal, as normas de direito privado (STRECK, 2006, p. 135).

Além disso, numa pesquisa apresentada por Marques e Dallari, cujo objeto de análise envolveu os processos judiciais de fornecimento de medicamentos pelo Estado de São Paulo, entre 1997 a 2004 e cuja conclusão confirmou que as decisões judiciais “vêm influenciando na função de tomada de decisões coletivas com base nas necessidades individuais dos autores. Tais ações ainda podem acobertar os interesses de determinados laboratórios farmacêuticos, responsáveis pela comercialização de inovações terapêuticas inacessíveis financeiramente aos autores⁵. Daí a importância apontada por Streck de que

[...] o papel reservado à jurisdição constitucional dependerá do grau de vincularidade que os poderes públicos (executivo e legislativo) darão aos valores substantivos previstos na Constituição, o que significa dizer que a defesa da Constituição dirigente não está necessariamente dependente de uma efetiva intervenção da justiça constitucional (STRECK, 2006, p. 138).

O direito à saúde e o acesso igualitário às ações sanitárias estão positivados constitucionalmente tanto na seção específica do art. 196 como nas disposições gerais sobre seguridade social, art. 195. A regra do art. 196 leva à compreensão de que o Estado tem um dever constitucional que o leva à obrigação de garantir a todos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

O Poder Público estabeleceu uma lista de medicamentos de distribuição gratuita, denominada RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, entretanto, havendo necessidade de um tratamento específico o acesso deverá ocorrer via judicial, pois administrativamente será negado, já que não consta na listagem nacional.

⁵ As sentenças judiciais sustentaram a condenação do Estado em 96,4% dos casos analisados. O Estado foi condenado a fornecer o medicamento nos exatos moldes do pedido do autor, inclusive quando o medicamento não possuía registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (9,6% dos casos analisados).

Mesmo que o poder público tente alegar que o direito à saúde foi positivado como norma de eficácia limitada e que pela falta de recursos e pela incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre alocação e destinação de recursos públicos, esta implique como única solução viável. Ao contrário, deve-se levar em consideração que o que está sendo decidido é a preservação do bem maior da vida humana (SARLET, 2021).

Assim, é dever político-constitucional do Estado assegurar a todos, a proteção à saúde que, associado a um imperativo de solidariedade social impõe-se ao poder público, qualquer que seja o ente federativo. Primar pelos interesses econômico-financeiros do Estado

[...] negando o preceito da inviolabilidade do direito à vida e à saúde impõe ao julgador somente uma opção, por razões ético-jurídicas, privilegiar o respeito à vida e à saúde humana, especificamente daqueles que têm acesso, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes⁶.

Até o momento, analisaram-se os preceitos relacionados à saúde e ao dever constitucional do poder público de assegurá-lo. Mas não basta apenas declarar formalmente tal reconhecimento. Ele deve ser integralmente respeitado e plenamente garantido, pois o direito à saúde é qualificado como prerrogativa do cidadão frente ao Estado para exigir a implementação de prestações positivas por meio de ações públicas. Todavia, caso ocorra desrespeito ao preceito constitucional, seja por omissão ou por algum comportamento de desvio de atuação pública, deve-se recorrer ao Ministério Público e ao Poder Judiciário para seu cumprimento.

O estado brasileiro em face da Covid-19

Diante o caso em tela, constata-se a necessidade de diretrizes universais que instruem políticas internacionais de cooperação entre países, grupos e até mesmo grandes blocos econômicos, para que haja uma maior garantia do acesso à saúde e a universalização deste Direito. O Direito a Saúde sempre foi pauta em grandes discussões e nas fontes do Direito; à exemplo na Declaração Universal dos Direitos Humanos; no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; na Convenção dos Direitos da Criança; na Convenção sobre a eliminação da discriminação racial; na Convenção sobre o direito dos povos indígenas e tribais em países independentes e entre outros (VENTURA, 2010).

⁶ Voto do Relator Ministro Celso de Mello em agravo no Recurso Extraordinário n. 271.286 - 8 RS.

Com surgimento abrupto e devastador o vírus da Covid-19 instaurou-se a nível mundial um colapso nos mais diversos sistemas de saúde; houve insuficiência de materiais, de infraestrutura e de recursos, sejam de profissionais da área da saúde, ou financeiros para a aquisição dos insumos necessários. Sabe-se que inúmeros países possuem divergências econômicas, sociais, políticas e culturais, todavia, com o advento da pandemia, perfaz a necessidade de uma canalização dos esforços a fim de mitigar os dados devastadores da pandemia (TAITSON, 2021).

De uma forma mais específica e regional, na América do Sul, elenca-se a Resolução GMC nº 151/96 do MERCOSUL, que possui como objetivo principal estabelecer o alinhamento jurídico dos países signatários em diversos segmentos, incluindo o desenvolvimento de produtos e prestação de serviços na área da saúde (OLIVEIRA; MARTINI, 2020), porém, denota-se por parte dos Estados uma carência na implementação de tais diretrizes, uma vez que não houveram medidas a nível Mercosul para o enfrentamento da Covid-19.

Há no Brasil, a Lei 9.279 de 14 de maio de 1996 (Lei de Propriedade Industrial) que tutela os direitos de Propriedade Intelectual, estabelecendo a competência ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial para conferência e emissão da certificação para as novas invenções. Sabe-se que a fórmula de uma vacina ou até mesmo o agente imunológico desenvolvido pela indústria científica/farmacêutica enquadra-se nas diretrizes e requisitos estabelecidos pela lei supracitada. Todavia, requer salientar o art. 71 que possibilita a concessão da licença compulsória a mais de um fabricante mediante situação de emergência nacional ou interesse público (ZAMBRANO, 2021), não restando assim, o que discutir visto momento pandêmico à época.

Inicialmente, foram realizados três acordos de transferência de tecnologia, envolvendo os seguintes agentes: Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos da Fundação Oswaldo Cruz (Bio-Manguinhos/Fiocruz)/Ministério da Saúde com o laboratório AstraZeneca; o Instituto Butantan do Estado de São Paulo com a empresa Sinovac, China (Coronavac); e o Instituto de Tecnologia do Paraná (TECPAR) do Estado do Paraná com o Instituto Gamaleya, Rússia (Sputinik V) (DOMINGUES, 2021).

A etapa de vacinação e imunização da população foi crucial para que houvesse uma redução dos sintomas mais graves, diminuição das internações e conseqüentemente menor probabilidade de óbito. Porém o processo de desenvolvimento de vacina não é algo célere e carece de um rigoroso controle da fabricação e testagem, primeiramente em animais, posteriormente em humanos e somente após, distribuição em massa para a população. Contudo, em decorrência da pandemia da Covid-19, situação de pandemia

e crise mundial na saúde, os processos de desenvolvimento e testagem deram-se simultaneamente (LIMA *et al.*, 2022).

Na tentativa de cumprir as diretrizes constitucionais do direito à saúde, o Estado brasileiro centralizou a imunização da população via Sistema Unificado de Saúde (SUS). Insta salientar que a liberação pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) para início da vacinação foi de caráter emergencial, logo, enquanto não houvesse uma liberação definitiva, não seria legalmente possibilitado a outras instituições a administração da vacina, exceto pelo Poder Público, via SUS (LIMA *et al.*, 2022).

Análise e discussão

Nesta seção, apresentar-se-á alguns fatos da atuação do Estado em face da pandemia da Covid-19, sobretudo, acontecimentos negativos de notoriedade mundial. Os dados e informações a elencar na sequência são advindos do Relatório da CPI da Pandemia⁷.

O Poder Legislativo por meio das suas atribuições instaurou o inquérito da pandemia, sobretudo para denunciar a falta de oxigênio em hospitais públicos no estado do Amazonas, possíveis irregularidades em contratos de compra da vacina contra a Covid-19, práticas fraudulentas em licitações e acordos com empresas, desvio de recursos da União Federal, e entre outras condutas supostamente ilícitas executadas por administradores públicos.

Compulsando o presente relatório, percebeu-se que foram elencadas 13 práticas errôneas por parte do governo brasileiro, sendo estas: a) gabinete paralelo; b) imunidade de rebanho; c) tratamento precoce; d) oposição às medidas não farmacológicas; e) atraso na aquisição das vacinas; f) crise do estado do Amazonas e a falta de coordenação do governo federal; g) o caso COVAXIN; h) hospitais federais do Rio de Janeiro; i) caso VTC operadora de logística LTDA - VTCLOG; j) a análise orçamentária da pandemia no Brasil; k) questão indígena e quilombola; l) desinformação na pandemia (*fake news*); m) o caso prevent senior.

O Gabinete Paralelo era composto por médicos, políticos e empresários, que atuavam como conselheiros do Presidente da república, foram mapeadas aproximadamente 12 reuniões, sobretudo, visando deixar moroso o processo de vacinação da população. Como exposto por Mandetta, havia sim o presente gabinete e

⁷ Comissão Parlamentar de Inquérito da Pandemia (CPI) - Instituída pelos Requerimentos nos 1.371 e 1.372, de 2021.

que, não eram oficialmente auxiliares do Ministérios da saúde, mas sim, apoiadores do Executivo federal.

Por compreender a necessidade do rigor técnico e científico para o enfrentamento da pandemia da Covid-19, Mandetta se opôs aos conselheiros políticos e conseqüentemente foi retirado, não obstante seu sucessor também foi retirado do cargo pouco tempo depois diante de insatisfações com o Gabinete paralelo, pois normativas e decretos feitos pelo Ministério da Saúde, eram alterados pelo Gabinete Paralelo sem o seu devido consentimento, corroborando assim com a concepção presidencial, de que o melhor a ser feito, era a suposta imunização de rebanho (RELATÓRIO DA CPI DA PANDEMIA, 2021).

No que tange a Imunização de Rebanho, elenca-se sua direta ligação com a Secretaria de Comunicação do governo brasileiro, na medida em que foi vinculado uma campanha publicitária com a seguinte narrativa “o Brasil não pode parar” ou ainda, “O Brasil é gigante e o desafio de vacinar os brasileiros também. Mais que saúde, é uma questão humana e econômica”, todavia a sociedade e grandes personalidades da comunidade científica como a exemplo Dra. Luana Araújo (microbiologista e pesquisadora da Universidade de São Paulo (USP)) e Cláudio Maierovitch (médico sanitaria da Fundação Oswaldo Cruz e ex-presidente da Anvisa) manifestaram-se em desacordo com a veiculação desta campanha, que posteriormente foi removida de todas as plataformas.

Outro ponto a ponderar é a disseminação de informações equivocadas sobre prevenção da Covid-19 e a distribuição de medicamentos para o “kit Covid” (cloroquina, e hidroxicloroquina, a ivermectina e a azitromicina). De forma perspicaz, a FDA - órgão regulatório dos Estados Unidos, que revogou a permissão de uso da cloroquina e da hidroxicloroquina e ainda; a próprio SBI - Sociedade Brasileira de Infectologia que instruiu a não usar os medicamentos em qualquer estado da doença; a OMS por meio dos relatórios manifestou insatisfação com a prática errônea; e mesmo diante dos diversos posicionamentos científicos desfavoráveis, a equipe do Executivo, viajou para a Índia, almejando aquisição de insumos para a produção da hidroxicloroquina, dependendo recursos que poderiam ser aplicados de forma mais eficaz na garantia do Direito à Saúde.

Não obstante outros pontos do relatório da CPI alertaram para as recusas e aquisições morosas das vacinas. O Instituto Butantan solicitou recursos financeiros para estudos clínicos e comprovou potencial para produzir cem milhões de vacinas anualmente, todavia, o governo federal negou; quanto a vacina CoronaVac, o ex-Ministro Eduardo Pazuello assinou manifestação de interesse na compra de 46 milhões

de doses, contudo a manifestação foi desconsiderada mediante parecer presidencial. Como consequência, houve atraso para o início do processo de vacinação.

Considerações finais

A função da promoção, proteção e recuperação da saúde, por meio de ações e serviços públicos, conforme art. 196 da CF/88 são vitais para que haja uma constante atuação estatal. Quanto aos objetivos da pesquisa, todos em sua plenitude foram contemplados, sendo apresentado o Direito à saúde e a sua aplicação por parte dos entes estatais, mas também, dialogado com os aspectos teórico-prático. Todavia, compreendeu-se a necessidade de um olhar crítico ao caso em tela, pois mesmo que o Brasil tenha-se tornado uma referência em número de indivíduos vacinados, ainda tal fator positivo não reflete no número de mortos proporcional ao número de habitantes.

Outrora, ponto que cabe salientar refere-se as medidas iniciais adotadas pelo governo federal foram tardias e em descompasso com as orientações científicas. Em meio ao período pandêmico constatou-se que as diretrizes constitucionais devem em sua plenitude serem contempladas para que haja uma consonância com as demais normas nacionais e internacionais.

No que tange às lacunas da pesquisa, percebeu-se uma insuficiência analítica na área penal. Todavia, orienta-se assim, aos estudos futuros atentar-se aos aspectos penais e de responsabilização civil do Estado/administradores públicos. Perfaz a necessidade de uma melhor compreensão sobre as condutas comissivas e omissivas, do dolo e da culpa, do crime de responsabilidade, bem como, improbidade administrativa, somente assim, será possível compreender de uma forma mais completa as possíveis sanções ao governo e a administradores públicos; em decorrência de uma má gestão no enfrentamento da Covid-19 no Brasil.

Referências

BOBBIO, N. **Era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7^a ed. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2004.

BRASIL, **Painel Coronavírus**. 2022. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 14 dez. 2022.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, J. J. G. **Estudo sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPELLA, J. R. **Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado**. Trad. Gresiele Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOMINGUES, C. M. A. S. Desafios para a realização da campanha de vacinação contra a COVID-19 no Brasil. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 1, 2021.

LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

LIMA, M. A. *et al.* Vacinação contra a Covid-19: avanços no setor da saúde no Brasil. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 11, n. 1, p. 48-63, 2022.

LUHMANN, N. **Sociologia do direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio De Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, N. O paradoxo dos direitos humanos e as três formas de seu desdobramento. Trad. Ricardo H. Arruda de Paula e Paulo A. de Menezes Albuquerque. **Themis**, Fortaleza, v. 3, n. 1, 2000.

MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 1, 2007.

MORAIS, J. L. B. de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORAIS, J. L. B. de. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In: CANOTILHO, J. J. G.; STRECK, L. L. (Coords). **Entre discursos e culturas jurídicas**. Boletim da Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

OLIVEIRA, T. L. M. de; MARTINI, S. R. **O direito à saúde no paradigma das patentes sobre remédios e vacinas contra a Covid-19 e os impactos para eventuais futuras pandemias**. Rio de Janeiro: Editora Asces, 2020.

OMS. **Atualização epidemiológica semanal sobre a COVID-19 - 14 de dezembro de 2022**. 14 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.who.int/publications/m/item/weekly-epidemiological-update-on-covid-19---14-december-2022>. Acesso em: 14 dez. 2022.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional por surto de novo coronavírus. **OPAS**, 30 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/news/30-1-2020-who-declares-public-health-emergency-novel-coronavirus>. Acesso em: 25 set. 2022.

SARLET, I. W. (Org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TAITSON, P. F. *et al.* Vacinação em tempos de Covid-19. **Enfermagem Revista**, Belo Horizonte, v. 24, n. 1, p. 2-8, 2021.

VENTURA, M. Direitos humanos e saúde: possibilidades e desafios. *In*: MINISTÉRIO DA SAÚDE. Fundação Oswaldo Cruz. **Saúde e direitos humanos**, Rio de Janeiro, ano 7, n. 7, 2010.

ZAMBRANO, V. *et al.* O direito à saúde e à vida em confronto com o direito à propriedade intelectual dos laboratórios no âmbito da pandemia da Covid-19: a possível quebra de patentes. **Revista Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 62, p. 168-192, 2021.

Os efeitos da execução do controle de constitucionalidade pelo STF para a concessão do benefício de prestação continuada – BPC

Daniela Vanila Trigo Nakalski*

Daiza Gabrielle Corrêa Leal**

Introdução

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um rol exemplificativo de direitos fundamentais, entre os quais está a assistência social. Isso não significa que o legislador infraconstitucional não tenha um papel importante na consecução dos fins estatais; na verdade, ele é primordial no estabelecimento de diretrizes para que o Poder Executivo possa implementar os benefícios.

A presente pesquisa recai especificamente sobre o Benefício de Prestação Continuada – BPC, previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, um auxílio assistencial pago às pessoas idosas ou com deficiência que possam ser consideradas, nos termos legais, como indivíduos de baixa renda. Nesse contexto, o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993, estabeleceu que o critério de miserabilidade é limitado a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo de renda mensal familiar *per capita*.

O Supremo Tribunal Federal – STF manifestou-se duas vezes sobre a constitucionalidade do referido dispositivo. Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 1.232/Distrito Federal, o Tribunal compreendeu que caberia ao legislador estabelecer o critério de baixa renda; todavia, ao analisar a Reclamação Constitucional nº 4.374/Pernambuco, veio a mudar o seu entendimento e declarar a inconstitucionalidade da norma.

* Graduada em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1996), Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2002) e Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2007). Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2009). Professora Associada III do curso de Direito da UNIPAMPA – Campus Sant’Ana do Livramento.

E-mail: danielanakalski@unipampa.edu.br

** Egressa dos cursos de Bacharelado em Direito (2022) e Tecnologia em Gestão Pública (2014) pela Universidade Federal do Pampa – Campus Sant’Ana do Livramento.

E-mail: daizaleal.aluno@unipampa.edu.br

Nesse diapasão, a presente pesquisa buscou elucidar o seguinte questionamento: “O modo como o Supremo Tribunal Federal aplicou o controle de constitucionalidade na norma do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993, ao julgar a ADI nº 1.232/DF e a Reclamação Constitucional nº 4.374/PE afetou o acesso ao Benefício de Prestação Continuada?”.

Com a finalidade de responder ao questionamento proposto foram estipulados os seguintes objetivos específicos: a) entender as principais vias e os principais sistemas do controle de constitucionalidade brasileiro e as mais relevantes espécies de inconstitucionalidade; b) delimitar o critério de baixa renda do Benefício de Prestação Continuada no ordenamento jurídico brasileiro e c) refletir sobre os efeitos das decisões do STF, ao aplicar o controle de constitucionalidade na ADI nº 1.232/DF e na Reclamação nº 4.374/PE, para o acesso ao Benefício de Prestação Continuada.

Outrossim, foram estipuladas as seguintes hipóteses: a) a declaração de constitucionalidade impediu ou obstaculizou o acesso ao BPC; b) a declaração de inconstitucionalidade permitiu ou facilitou o acesso ao BPC e c) ao mudar o seu entendimento sobre a constitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993, o STF não solucionou definitivamente o problema da inconstitucionalidade como obstáculo à concessão do BPC, mas mostrou um perfil mais concretista da Corte.

A pesquisa adotou o método dialético, o qual se baseia na propositura de uma tese, uma antítese e, finalmente, uma síntese (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2019). A escolha se justificou tendo em vista a existência de duas decisões que se opõem: a declaração de constitucionalidade e a posterior declaração de inconstitucionalidade pelo STF; desse modo, seria apropriado realizar uma síntese.

As principais fontes da pesquisa são estudos acadêmicos sobre controle de constitucionalidade, o direito fundamental à assistência social e o BPC, bem como dois documentos (decisões judiciais do STF) foram analisados. Convém salientar que as pesquisas bibliográficas se diferem das documentais, porque têm como base material já publicado por pesquisadores (GIL, 2018); por outro lado, documentos são produzidos com finalidades diversas dos textos acadêmicos e não sofrem anterior tratamento analítico (SEVERINO, 2007).

A abordagem qualitativa foi utilizada porque permite o reconhecimento de diferentes perspectivas sobre o tema e a reflexão do pesquisador acerca de suas próprias pesquisas (FLICK, 2009). A existência de um critério numérico para limitar o conceito de baixa renda em nada modifica a escolha, porquanto o objetivo do estudo

foi atingido por meio da apreensão dos argumentos empregados pelo STF ao aplicar o controle de constitucionalidade.

Na sequência, adentra-se às primeiras discussões relativas ao tema proposto por meio de um capítulo voltado para o controle de constitucionalidade brasileiro.

As principais inconstitucionalidades identificadas na teoria constitucional brasileira e os principais sistemas de controle de constitucionalidade

As constituições estão vinculadas à repartição do poder e, para a garantia dessa função, foi reconhecida a elas uma força normativa e uma hierarquia superior a todas as outras normas jurídicas. Consequentemente, entre os principais meios interpretativos do direito está a supremacia da Constituição.

Kelsen (2021) explica que a Constituição é o nível mais elevado que existe no direito positivo porque a sua função é a regulamentação de órgãos estatais e o estabelecimento de um processo legislativo. O autor destaca que as normas jurídicas devem ser estabelecidas em conformidade com um procedimento delimitado, pois “[...] uma norma vale como norma jurídica somente porque ela sempre surge de uma maneira determinada, porque ela é criada em conformidade com uma regra bem determinada” (KELSEN, 2021).

O controle de constitucionalidade é um mecanismo apto a corrigir a harmonia do sistema jurídico ao verificar a compatibilidade de uma lei ou de um ato normativo infraconstitucional com a Lei Suprema, porquanto aplicar uma lei inconstitucional significa deixar de aplicar a Constituição (BARROSO, 2019); diante de conflito, a norma superior deve prevalecer (BRANCO, 2015).

Dessa feita, a teoria constitucional clássica aponta para a nulidade da norma jurídica inconstitucional (LENZA; 2017; MASSON, 2016), porquanto inválida. Nada obstante, aplicar o instituto da nulidade e retirar a sua validade pode trazer consequências bastante severas, cabendo, nesses casos, ao tribunal modular os efeitos da decisão (LENZA; 2017).

Entre os estudiosos é possível apontar alguns tipos mais comuns de inconstitucionalidades; dentre elas destacam-se duas tipologias: por ação e por omissão (LENZA, 2017). A primeira ocorre por meio de uma conduta positiva do Poder Legislativo ao legislar, enquanto que a segunda surge de uma omissão do Estado que caracteriza a não ocorrência de uma produção normativa exigida pela Constituição (MORAES, 2018).

Convém salientar que a mera omissão não causa a inconstitucionalidade, porquanto como regra o legislador é livre para atuar. Ocorre que, em determinadas situações, há um comando normativo na Constituição que expressamente determina uma atuação legislativa (BARROSO, 2019).

Por outro lado, a inconstitucionalidade por vício formal designa a violação do devido processo legal legislativo (LENZA, 2017) previsto na Lei Maior. Mendes (2015a) resume esse tipo de incompatibilidade ao defender que não há dano ao conteúdo normativo, pois basta atingir aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei.

Em contraponto, a inconstitucionalidade material ofende a fins constitucionais e a observância do princípio da proporcionalidade em função de um excesso do legislador (MENDES, 2015b). Registre-se a existência das chamadas cláusulas pétreas, expressamente previstas no artigo 60, §4º, da Constituição, as quais impedem a abolição da forma federativa de Estado; da separação dos poderes; do voto secreto, direto, universal e periódico e dos direitos e das garantias fundamentais (BRASIL, 1988).

Masson (2016) sustenta que a inconstitucionalidade não precisa fulminar totalmente uma norma jurídica. É perfeitamente possível que a incompatibilidade afete apenas trechos de um diploma normativo; conseqüentemente, aplicando o princípio da divisibilidade das leis, apenas parte da norma poderá ser declarada inconstitucional.

No que concerne à forma de execução do controle é importante salientar que o Brasil adota um duplo sistema: o concentrado e o difuso. O controle concentrado é definido pela existência de um órgão judicial especificamente competente para o julgamento, produzindo efeitos vinculantes para todos (LENZA, 2017). Quando se fala em controle difuso é porque qualquer juízo é apto a exercê-lo (MORAES, 2018), uma vez que aplicar o direito, em qualquer situação, perpassa a análise da Constituição.

É importante também esclarecer a existência da classificação segundo as vias de controle. Nesse caso, o objetivo é esclarecer se a verificação das incompatibilidades é a questão central do processo judicial ou se surge apenas como um meio necessário para que se obtenha a tutela de outro bem.

Na visão de Lenza (2017), o controle pela via incidental representa a solução de uma questão prejudicial e lógica ao julgamento final do mérito; há um direito sendo afetado pela constitucionalidade da norma (BARROSO, 2019). Dessa forma, há o desejo de não cumprir uma norma considerada inconstitucional, mas os efeitos da decisão judicial apenas valem para as partes envolvidas no processo (TEMER, 2007).

Por sua vez, a via de ação é caracterizada por ter como objeto principal a discussão a respeito da constitucionalidade, contrapondo-se à via de exceção, em que a inconstitucionalidade é uma matéria secundária (TEMER, 2007). Nessa senda, o mérito a ser decidido é se a norma impugnada está de acordo com a Constituição Federal (BARROSO, 2019), não havendo questionamento acerca de outro interesse; por esse motivo, os efeitos da decisão serão oponíveis a todas as pessoas, inclusive aquelas que não fazem parte da relação jurídica processual.

Para dar continuidade ao estudo, o próximo capítulo introduz o direito à assistência social no Brasil e, especialmente, delimita as discussões sobre o requisito de baixa renda do BPC.

As controvérsias acerca do limite de baixa renda do Benefício de Prestação Continuada

A assistência social é uma política pública voltada para a proteção dos hipossuficientes. Historicamente, apareceu como escassas iniciativas fundamentadas na caridade e em um dever moral, mas que evoluiu do ponto de vista normativo ao ser elevada ao patamar de direito fundamental.

Enquanto direito, a assistência pode ser compreendida como medidas públicas ou privadas que são prestadas a quem necessita, sem a exigência de uma contraprestação e com a finalidade de atender às necessidades humanas essenciais (AMADO, 2015). A Constituição prevê que se trata de um direito social (artigo 6º) a ser prestado independentemente de contribuição (artigo 203) e voltado para a proteção de indivíduos vulneráveis, tais como as crianças, os idosos e as pessoas com deficiência (BRASIL, 1988).

Especificamente quanto aos dois últimos grupos, a Lei Suprema estabeleceu o direito ao recebimento do Benefício de Prestação Continuada – BPC. Segundo se extrai do artigo 203, inciso V, da Constituição, é a garantia de um salário mínimo mensal a ser pago para pessoas idosas ou com deficiência que não tenham condições de manter a própria manutenção ou de tê-la provida pela família, conforme dispuser a lei (BRASIL, 1988).

Os conceitos de idoso e de deficiência são retirados das Leis 10.741/2003 e 13.146/2015. Nesse sentido, é pessoa idosa, para fins de BPC, quem tem sessenta e cinco anos (BRASIL, 2003) e pessoa com deficiência

[...] aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, com interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2015).

A controvérsia recai especialmente sobre o critério de baixa renda previsto no artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993. Segundo a opção legislativa, o requerente deve possuir renda familiar *per capita* igual ou inferior ao valor de ¼ (um quarto) do salário mínimo vigente (BRASIL, 1993).

Sposati (2007) sustenta que a Assistência Social foi regulamentada como uma benesse estatal, implicando em uma prestação parcial. Nesse contexto, o requisito impede a concessão para pessoas em evidente situação de miserabilidade por ser puramente objetivo, ao mesmo tempo em que viola o princípio da dignidade da pessoa humana (FERREIRA; REIS, 2020; HASSE; BALDISSERA; BALDISSERA, 2017).

Ciente dessa problemática, o Procurador-Geral da República em 1998 ajuizou a ADI nº 1.232/DF sob o argumento de que o requisito criaria apenas uma presunção absoluta de miserabilidade para quem viesse a preenchê-lo, mas não excluiria outros meios de prova (MENDES, 2015b). Embora não tenha sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a tese encontrou defensores da doutrina e nos tribunais inferiores.

Silva (2012) vê no Poder Judiciário a única alternativa que muitos requerentes possuem para superar os limites legais inadequados e os equívocos da Administração Pública ao negar o benefício por causa de um simples cálculo matemático. Outrossim, Ximenes (2016) indica que, ausente uma mudança legislativa e a ampla participação de quem gestiona as entidades assistenciais, resta somente a tutela judicial do direito.

Dessa forma, a boa aplicação da lei exigiria que magistrados e tribunais considerassem as peculiaridades do caso concreto e viessem a adotar uma interpretação mais razoável (SOUZA, 2016). O problema é que abrir espaço para a atuação judicial poderia causar uma indevida liberdade ao Poder Judiciário.

Bicca (2011b) defendeu a constitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993 porque a ineficiência do critério legal não estaria comprovada por empiria; ademais, em sua opinião, a atuação judicial causaria uma grande insegurança jurídica por permitir que juízes concedessem o BPC para quem não preencheria os requisitos legais.

A declaração de inconstitucionalidade jamais poderia ser utilizada para a criação de critérios jurisprudenciais, porquanto o Poder Judiciário “[...] estaria legislando positivamente e, conseqüentemente, afrontando a vontade do constituinte de que

aquele direito fosse regulamentado pelo Poder Legislativo” (BICCA, 2011b, p. 57). A proposta da autora, portanto, voltava-se para a rápida atuação legislativa a aumentar o requisito de baixa renda.

Outrossim, normas principiológicas, especialmente a dignidade da pessoa humana, geram uma grave insegurança jurídica, porque permitem ao aplicador do direito resolver a mesma causa de forma diversa (BICCA, 2011a). No mesmo sentido, Souza (2016) percebeu a existência de contradições entre tribunais, uma vez que alguns deixam de adotar o posicionamento pela inconstitucionalidade e tratam o requisito como mero cálculo matemático.

Reis (2013) complementa que a concessão do BPC representa a divisão entre o intervencionismo do Poder Judiciário em questões tipicamente políticas e a oportunidade de aprimorar o acesso; outrossim, destaca que os critérios jurisdicionais são variados e fundamentados em princípios e objetivos constitucionais, mas representam uma forma de receber o benefício.

Na sequência, o próximo capítulo adentra à análise das decisões selecionadas e demonstra como a aplicação do controle de constitucionalidade afetou o direito fundamental à assistência quando o parâmetro é o pagamento do BPC.

Análise das decisões do STF na ADI nº 1.232/DF e na Reclamação nº 4.374/PE

O Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar sobre a inconstitucionalidade do requisito de baixa renda em duas oportunidades. Em 1998, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232/Distrito Federal, declarou a constitucionalidade da norma; por esse motivo, foi proposta a seguinte tese: “a declaração de constitucionalidade impediu ou obstaculizou o acesso ao BPC”.

O questionamento voltava-se para o conceito do que seria a prestação da assistência social “a quem dela necessitar” (BRASIL, 1988) em face de uma lei federal. Portanto, foi o caso de aplicação de um controle concentrado, pela via de ação (LENZA, 2017; TEMER, 2007).

Em atenção à ordem do constituinte, foi editada a Lei 8.742/1993 e estipulado o requisito de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo (BRASIL, 1993). O Procurador-Geral da República, à época, defendeu a tese de que o critério estipularia uma presunção absoluta de miserabilidade, sem impedir o uso de outros meios de comprovação (STF, 1998).

Essa visão foi adotada pelo relator da ação, ministro Ilmar Galvão, para quem o desatendimento ao comando constitucional residia no fato de que o requisito legal era insuficiente para atender a todos os requerentes. Nesse contexto, ocorreria uma inconstitucionalidade por omissão parcial (BARROSO, 2019; MASSON, 2016).

No entanto, essa tese jurídica foi afastada pelos demais membros da Corte Suprema. Nelson Jobim abriu a divergência ao inferir que “[...] compete à lei dispor a forma de comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos é problema da própria lei” (STF, 1998, p. 103), bem como Sepúlveda Pertence sustentou que seria necessário o estabelecimento de outros requisitos, mas que a omissão não tornaria o critério já legislado inconstitucional (STF, 1998).

Ante o exposto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada improcedente, porque restou ganhadora a tese de que o constituinte autorizou o legislador infraconstitucional a estabelecer o critério que entendesse direito.

Convém salientar que o controle concentrado produz efeitos vinculantes para todos, inclusive aqueles que não participam da relação jurídica processual (LENZA, 2017). Desse modo, a declaração de constitucionalidade fundamentou a negativa ao BPC para aqueles que, acima do limite legal, não dispunham de outros critérios ou meios de prova.

Conforme sustentam, Ximenes (2016) e Silva (2012), o Poder Judiciário tornou-se a principal ferramenta para superar os limites legais, porquanto ausente uma mudança legislativa. Dessa forma, a declaração de constitucionalidade reforçou a autoridade administrativa do INSS para negar o benefício, deixando para a judicialização, contrária à própria decisão da Corte Suprema, a solução do problema.

A segunda oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade do limite de baixa renda foi durante o julgamento da Reclamação 4.374/Pernambuco. A antítese proposta para a análise dessa decisão foi a seguinte: “a declaração de inconstitucionalidade permitiu ou facilitou o acesso ao BPC”.

Em 2013, o plenário do STF decidiu pela inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade da norma que instituía o requisito de baixa renda. Isso significou que a Corte Suprema reconheceu a incompatibilidade do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993 com a ordem constitucional, no entanto a nulidade impediria a aplicação do único requisito existente.

Nos termos do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, “[...] o art. 203, inciso V, da Constituição era despido de qualquer eficácia” e “[...] o advento da legislação

regulamentadora não foi suficiente” (STF, 2013, p. 8-9). Desse modo, ele reconheceu uma omissão parcial do legislador, característica, nas palavras de Lenza (2017) e Masson (2016), de uma inconstitucionalidade.

O relator ainda observou que a Constituição Federal definiu objetivos para o combate à marginalização, à pobreza e às desigualdades regionais e sociais, bem como que a decisão anterior na ação do controle concentrado era compatível com um perfil menos concretista da corte (STF, 2013). Dessa forma, era urgente revisar o problema da inconstitucionalidade.

Outrossim, a decisão do STF vai de encontro à opinião de Bicca (2011b), pois não caberia ao Poder Judiciário se imiscuir na atividade legislativa; em sua percepção, o requisito era constitucional por ser de atribuição do Poder Legislativo estabelecê-lo.

Convém salientar que o controle ocorreu pelo sistema difuso (LENZA, 2017). Em termos práticos, os efeitos de decisão valeram somente para as partes envolvidas e não para os muitos outros requerentes do BPC, os quais continuaram a pleitear o benefício por meio de outros órgãos do Poder Judiciário.

Nesse contexto, a declaração de inconstitucionalidade trouxe como reflexos o reconhecimento formal de que o critério estava defasado. É possível consignar que “facilitou” o acesso ao benefício, porque trouxe um precedente a ser invocado pela parte interessada e que se coaduna com as decisões concessivas de magistrados e de tribunais inferiores.

À luz dos dois acórdãos analisados, foi proposta a seguinte síntese para a pesquisa: “ao mudar o seu entendimento sobre a constitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993, o STF não solucionou definitivamente o problema da inconstitucionalidade como obstáculo à concessão do BPC, mas mostrou um perfil mais concretista da Corte”.

Inicialmente, ressalta-se que em ambos os casos a inconstitucionalidade teve natureza material, porquanto inexistente qualquer prejuízo ao devido processo legal legislativo (LENZA, 2017). Outrossim, a competência do STF é reflexo natural de seu ofício como guardião do texto constitucional, segundo consta do artigo 102, caput, da própria Constituição (BRASIL, 1988).

A primeira interpretação adotada pela Corte Suprema veiculava-se a uma maior separação entre os Poderes da República e limitou-se a um controle concentrado clássico: bastou a verificação da inconstitucionalidade. Essa decisão tinha como pressuposto a impossibilidade de utilização de outras leis já promulgadas como critérios de concessão do benefício; portanto, aproxima-se da tese defendida por Bicca

(2011b), porque para ela não é papel do Poder Judiciário interferir na liberdade legislativa nem criar requisitos judiciais.

Situação diferente é a da Reclamação 4.374 uma vez que a Corte Suprema relativizou a possibilidade de concretização dos direitos fundamentais por meio da atuação judicial. O STF optou por escancarar o problema de inconstitucionalidade por omissão, tema desconsiderado em sua primeira interpretação.

Com efeito, o ideal é que o Legislador estabeleça o critério de baixa renda (BICCA, 2011b). No entanto, a sua inércia unida à decisão do STF na Reclamação parece ter contribuído para a busca mais intensa do Poder Judiciário, porquanto afastou a antiga contrariedade entre os tribunais inferiores e a Corte Suprema.

A Reclamação limitou-se a ser julgada improcedente, com a consequente declaração de inconstitucionalidade e vigência do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993 até 31 de dezembro de 2014 (STF, 2013). Não houve análise dos efeitos práticos da existência de critérios jurisprudenciais.

Nessa senda, Souza (2016) relembra que tribunais deixam de condenar o INSS ao pagamento do benefício, enquanto outros optam pela condenação. Se, por um lado, é um meio de acesso ao BPC; por outro lado, a intervenção judicial caracteriza interferência em questões políticas sem o estabelecimento de critérios uniformes (REIS, 2013).

Portanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal trouxe vantagens para os requerentes na medida em que estabeleceu um precedente e reforçou que o Poder Judiciário poderia enfrentar a inconstitucionalidade por omissão de forma mais intensa. No entanto, isso apenas contribuiu para uma maior intervenção judicial na concessão do BPC.

Considerações finais

A presente pesquisa surgiu com o propósito de contribuir com o debate acerca do constitucionalismo contemporâneo a partir das análises das decisões da Suprema Corte brasileira sobre a constitucionalidade do requisito legal de baixa renda do BPC, previsto no artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993.

Foi possível verificar que o controle de constitucionalidade é um meio essencial de proteção do texto constitucional, porquanto a adoção do sistema misto permite vasta quantidade de meios aptos a discutir a inconstitucionalidade de leis. Ademais,

parece que é também primordial para a execução de políticas públicas, pois os direitos e os deveres são extraídos da interpretação da Constituição.

A Assistência Social teve a sua natureza filantrópica superada pela noção de prerrogativa constitucionalmente prevista, no entanto isso não significou o término das discussões acerca de sua efetividade enquanto política social. A natureza principiológica da Constituição levou a um processo de readequação dos dispositivos infraconstitucionais que requer, em muitos casos, a participação do Judiciário.

Ao exercer a sua competência constitucionalmente prevista no artigo 102, caput, o STF tutelou a Constituição ao julgar a ADI nº 1.232/DF e a Reclamação nº 4.374/PE. No primeiro caso, adotou uma postura mais contida e evitou adentrar às consequências de uma possível inconstitucionalidade por omissão; outrossim, posteriormente, optou por uma atuação mais ativa a fim de garantir uma solução para os efeitos nocivos da mora legislativa, mas não evitou a necessidade de judicialização.

Referências

AMADO. 2015. **Direito previdenciário**. Salvador: JusPodivm, 2015.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BICCA, C. S. Juízo de adequação dos critérios legais de concessão do benefício de prestação continuada na jurisdição constitucional e as contribuições da análise econômica do direito. **Direito público**, v. 8, n. 36, p. 55-87, 2011a. Disponível em:

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1833>. Acesso em: 27 abr. 2021.

BICCA, C. S. O papel da jurisdição constitucional na implementação de políticas públicas de assistência social: o juízo de adequação dos critérios legais do benefício de prestação continuada – BPC pelo Supremo Tribunal Federal. **Direito público**, v. 8, n. 37, p. 35-62, 2011b. Disponível em:

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1840> Acesso em: 27 abr. 2021.

BRANCO, P. G. G. Poder Constituinte. In: MENDES, G.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Presidência da República [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 21 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Reclamação Constitucional 4.374. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF: 18 abr. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 4 set. 2013. Disponível em: Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur240579/false>. Acesso em: 17 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Presidência da República [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232/DF. Relator: Ilmar Galvão. Brasília: DF, 27 ago. 1998. **Diário Oficial de Justiça**, Brasília 01. jun. 2001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur102876/false>. Acesso em: 17 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Presidência da República [1993]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Senado Federal [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

FERREIRA, I.; REIS, J. A flexibilização do critério de hipossuficiência na concessão do benefício de prestação continuada (BPC – LOAS). **Revista de ciência humanas**, v. 13, n. 3, p. 111-119, 2020.

FLICK, U. **Introdução à pesquisa qualitativa**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2009.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

HASSE, F.; BALDISSERA, R.; BALDISSERA, M. A flexibilização do critério de miserabilidade no benefício de prestação continuada diante do mínimo existencial e da reserva do possível. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 12, n. 1, p. 102-119, 2017.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MASSON, N. **Manual de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

MENDES, G. F. Controle de constitucionalidade. In: MENDES, G.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.

MENDES, G. F. Direitos Sociais. In: MENDES, G.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

MEZZAROBBA, O.; MONTEIRO, C. S. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MORAES, G. P. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

REIS, M. **Uma análise da judicialização do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC) à luz da teoria dos diálogos institucionais**. 2013. 62f. Monografia (especialização) – Curso de especialização em Gestão de Políticas Públicas de Proteção e Desenvolvimento. Escola Nacional de Administração Pública, Brasília: DF, 2013.

SEVERINO, A. J. **Metodologia do conhecimento científico**. 23 ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, N. L. A judicialização do benefício de prestação continuada da assistência social. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo: n. 111, p. 555-575, set., 2012.

SOUZA, P. B. Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social. **Revista brasileira de políticas públicas**, [online], Brasília, v. 6, n. 1, p. 166-183, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3802>. Acesso em: 27 abr. 2021.

SPOSATI, A. Assistência Social: da ação individual à ação social. **Revista brasileira de direito constitucional**, [online], n. 10, p. 435-458, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/218/211>. Acesso em: 18 ago. 2021.

TEMER, M. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

XIMENES, J. M. Judicialização dos benefícios de prestação continuada e impactos simbólicos na cidadania. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 600-625, mai./ago. 2016.

A imunidade de jurisdição e a relativização no Caso Changri-lá

Carmela Marcuzzo do Canto Cavalheiro*
Giovana Vigânico Queiroz Gonçalves**

Introdução

A soberania tem sua origem na criação do próprio Estado-nação, inexistente Estado sem esse princípio. É um conceito associado ao Estado republicano, na percepção de que seriam ordenamentos jurídicos mais transparentes por terem uma base legal em uma constituição. Simultaneamente, a divisão entre os poderes legislativo, executivo e judiciário deveria torná-los independentes e harmônicos entre si e estimular as relações internacionais e o respeito ao Direito Internacional. A dimensão da soberania se dá com a independência para os Estados tomarem suas decisões de acordo com seus interesses, desse princípio se ramificam outros como a autodeterminação dos povos, a não-intervenção em assuntos internos, a independência nacional, entre outros.

Não obstante seja a base de qualquer Estado, hodiernamente a soberania é relativizada quando observados temas como Direitos Humanos e meio ambiente. Ao mesmo tempo, quando um Estado ratifica um tratado internacional de certa forma abre mão de parte de sua soberania, pois deve se ajustar aos objetivos da norma codificada no Direito Internacional. Nesse sentido, pode-se dizer que a soberania vem sendo relativizada ou mitigada, principalmente referente a temas que repercutem para a comunidade internacional.

O caso Changri-lá e a relativização da Imunidade de Jurisdição simboliza essa discussão jurídica sobre a mitigação entre a soberania e os direitos humanos. O fato de ser um julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre essa ponderação de valores determina a importância do ordenamento jurídico interno nessa discussão. O

* Doutora em Relações Internacionais pela Universidade de Leiden/Países Baixos (2017). Mestre em História Contemporânea da América Latina pela Universidade de Leiden (2004) e Graduada em Línguas e História da América Latina pela Universidade de Leiden (2003). Docente efetiva do curso de graduação de Direito da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA), campus Santana do Livramento-RS.

E-mail: carmelacavalheiro@unipampa.edu.br

** Graduada do curso de Direito pela Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA).

E-mail: giovanaqueiroz.aluno@unipampa.edu.br

juízo se dá acerca de uma pequena embarcação pesqueira, uma “traineira”, que afundou devido ao ataque realizado pela Alemanha, sob o regime nazista, durante a Segunda Guerra Mundial. A imunidade de jurisdição no Direito Internacional, construído no princípio *par in parem non habet iudicium*, demonstra essa relativização nos possíveis precedentes.

Não obstante, o caso seja de mais de meio século atrás, somente recentemente foram encontradas evidências e provas sobre o caso em tela. Nesse diapasão, faz-se necessário analisar brevemente o contexto histórico do Brasil para um melhor entendimento. Também, o local onde o barco foi afundado em Arraial do Cabo, tratando-se de um município pobre do RJ, com escassez de atividade econômica, a precariedade da embarcação e a legislação quanto às atividades pesqueiras e a supremacia dos direitos humanos.

Contexto histórico

Para analisar o caso Changri-lá, faz-se necessário compreender o cenário interno e externo em que o Brasil se encontrava. Deve ser observado que a comunidade internacional vivia o momento da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) com a convivência de várias ideologias e regimes políticos. A pesquisa histórica também permitiu que o caso viesse à tona décadas após ocorrido e fosse julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

O barco pesqueiro foi afundado no ano de 1943, nessa época o cenário político brasileiro era de muitas mudanças. Isso ocorreu durante os últimos anos do que conhecemos hoje como a Era Vargas (1930-1945). De acordo com Fausto (2019), o presidente Getúlio Vargas subiu ao poder em 1930, começando com o seu governo provisório, posteriormente ele foi eleito pela população e, no fim da sua carreira política e da sua vida, instalou o Estado Novo¹. Prestes afirma que:

A sucessão presidencial de 1930 iria provocar a eclosão de nova crise política, levando as oposições a se reagruparem em torno da Aliança Liberal, formada em 1929. Tratava-se de uma reedição da Reação Republicana, com uma diferença fundamental: a crise econômica mundial e suas graves repercussões no Brasil haviam precipitado a cisão dentro do próprio sistema oligárquico dominante. O clima revolucionário criado pelo tenentismo permitiria, nessas condições que as oligarquias dissidentes, lideradas por Getúlio Vargas, tomassem o poder (PRESTES, 1993, p. 87).

¹ Ver Fausto (2019, p. 285).

Durante o governo Vargas, o país avançou quanto aos direitos sociais e trabalhistas, criação de novas universidades, da Petrobrás, Justiça do Trabalho e previdência, para citar alguns avanços. Na política externa, houve a entrada do Brasil na Organização das Nações Unidas (ONU) sob a liderança de um presidente bastante atuante na área internacional. Todavia, foi um período de bastante censura e de caçada à oposição.

O cenário internacional da época era de extrema cautela, um marcante momento de tensão causado pela Segunda Guerra Mundial. O estopim do conflito foi quando a Alemanha invadiu a Polônia, por isso a Inglaterra e a França declararam guerra. A Segunda Guerra Mundial foi uma disputada entre os Aliados: Reino Unido, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), França e Estados Unidos da América (EUA). Em oposição aos Aliados, havia o Eixo: Alemanha, Itália e Japão. No ano de 1942 os países se reuniram e, com esse encontro, surgiu a Declaração das Nações Unidas.

O Brasil não aderiu imediatamente à Declaração das Nações Unidas, porém no Rio de Janeiro foi realizada a III Conferência Extraordinária dos Ministros das Relações Exteriores das Repúblicas Americanas (MOURA, 2012). Na política externa, o Brasil adotava a “equidistância pragmática” no governo Vargas. Deve-se recordar que em 1945, Vargas se identificava com as diretrizes estratégicas dos Aliados. Como enfatiza Garcia, por mais que as contingências da política interna ou medidas específicas na economia pudessem sugerir ensaios aparentes de autonomia, na diplomacia o alinhamento com os Estados Unidos era um fato. A conferência realizada no Rio tinha como proposta o fim das relações diplomáticas com os países do Eixo, acabando assim com a equidistância de Vargas.

Atividades pesqueiras e a não-intervenção

Quanto ao contexto histórico relacionado à pesca, no ano de 1845, com o Decreto nº 358, ficou autorizado o estabelecimento das Capitânicas dos Portos nas províncias marítimas do Império, que tinha como objetivo criar a matrícula de gente do mar e das tripulações empregadas na navegação. Sendo assim, por meio das Capitânicas dos Portos, as atividades pesqueiras foram vinculadas à Marinha do Brasil. Em 1912, as atividades pesqueiras foram transferidas para o Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, entretanto, em 1920, as atividades pesqueiras foram transferidas novamente para a Marinha.

Posteriormente, a Marinha criou a Diretoria de Pesca e Saneamento do Litoral, por meio do Decreto nº 23.134 de 1933. A partir dessa normatização, os serviços de pesca e saneamento do litoral que pertenciam ao Ministério da Marinha foram transferidos para

o Ministério da Agricultura. É interessante verificar a relevância da regulamentação dessas atividades, pois o princípio da não-intervenção é muito associado à América Latina, justamente pelos motivos históricos que desencadearam nas intervenções diplomáticas e militares da Europa e dos Estados Unidos na região (FASSBENDER; PETERS, 2014). As intervenções promovidas pelos países centrais à revelia do Direito Internacional demonstram uma necessidade de regulamentação por parte de Estados com um extenso litoral como o Brasil.

O barco pesqueiro

O barco pesqueiro Changri-lá foi bombardeado, no dia 22 de junho de 1943, pelo submarino alemão U-199 na costa de Arraial do Cabo, como consequência houveram dez óbitos. Os familiares das vítimas reclamavam sobre o desaparecimento dos pescadores e, em 1944, o Tribunal Marítimo concluiu que não era possível determinar a causa do desaparecimento. No dia 31 de julho de 1943, o submarino U-199 foi afundado no Rio de Janeiro por uma aeronave da Força Brasileira, um PBY-5 Catalina (ASSIS, 2016). O submarino teve 12 sobreviventes resgatados pelo USS Barnegat, no entanto os outros 49 tripulantes faleceram. Somente no ano de 2001, aproximadamente 58 anos depois, o Tribunal Marítimo da Marinha reconheceu que o barco pesqueiro havia sido afundado.

O reconhecimento supracitado só ocorreu porque Elísio Gomes Filho, historiador, diretor do Museu Histórico Marítimo de Cabo Frio e escritor de *História dos Célebres Naufrágios do Cabo Frio* (1993), pesquisou sobre o caso. A partir da pesquisa do historiador, em setembro de 1999, as autoridades voltaram a investigar o naufrágio do Changri-lá. Segundo Angela Assis (2016, p. 88), o historiador estava pesquisando sobre as histórias locais e se deparou com o caso, ele concluiu que o barco havia sido afundado e com o depoimento dos sobreviventes do submarino U-199, ele percebeu que coincidiam a data e o local do submarino com o barco pesqueiro.

Os Direitos Humanos e os atos de império

Durante a Segunda Guerra Mundial foi evidenciado a necessidade de uma colaboração maior entre os Estados quanto aos direitos acerca da dignidade da pessoa humana. Os Direitos Humanos seriam um valor que não deveria estar protegido somente nos ordenamentos jurídicos internos, mas pelo Direito Internacional. Nesse contexto, em 1948, foi elaborada pela Organização das Nações Unidas (ONU) a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tratado internacional de alcance universal.

Os direitos humanos são elencados no momento de sua criação como *soft law* na Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU). Diante de sua importância, a partir da Conferência de Viena em 1993 atingem o status de *hard law*, uma norma coercitiva no Direito Internacional. Nesse sentido, todos os Estados, mesmo aqueles que não sejam membros da ONU, devem respeitar os direitos humanos. Outro aspecto é sobre a soberania absoluta do Estado moderno que passa a ser mitigada quando existe violação aos direitos humanos².

A complexidade da comunidade internacional define uma divisão dos direitos humanos escalonados em gerações. Sendo a primeira geração direitos de liberdade, a segunda geração os direitos de igualdade, a terceira geração os direitos de fraternidade ou também conhecidos como os direitos de solidariedade. Ainda tem autores que consideram a quarta e quinta geração, sendo a quarta geração os direitos vindos com a globalização, os direitos de tecnologia e a quinta geração os direitos de paz (PORTELA, 2021).

Não obstante a nomenclatura “geração” seja considerada errônea por passar a ideia de que uma geração se torna ultrapassada quando surge uma geração seguinte. O termo correto seria “dimensões”, sendo essa a classificação conforme o Direito Internacional. Portela afirma que existem três dimensões, a primeira dimensão são os direitos civis e políticos, a segunda dimensão são os direitos econômicos, sociais e culturais e a terceira geração são os direitos globais.

A principal forma de proteção aos direitos humanos é por meio dos sistemas regionais, sendo estes: o Sistema Regional Europeu, o Sistema Regional Interamericano e o Sistema Regional Africano. O Sistema Regional Europeu é o mais antigo dos três e foi a partir dele que surgiu o Conselho da Europa, que fica na França, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Carta Social Europeia. Segundo Preti e Lépre (2021, p. 187), a Convenção Europeia de Direitos Humanos foi um tratado fundamental para o desenvolvimento de outros sistemas regionais.

O Sistema Regional Interamericano foi formado em 1948 e a partir dele surgiu a Organização dos Estados Americanos (OEA), a Carta da OEA, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADDH), a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

O Sistema Regional Africano foi criado junto com a Organização da Unidade Africana (OUA) em 1963. Porém, em 2002, a União Africana (UA) substituiu a

² Ver Magalhães (2016, p. 237).

Organização e, com o Sistema Regional Africano, vieram também os seguintes marcos para a proteção dos direitos humanos na África: Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Comissão Africana de Direitos Humanos, Corte Africana de Direitos Humanos e o Conselho de Ministros da União Africana.

É válido mencionar que no período da Guerra Fria não houve avanço na defesa dos direitos humanos a nível internacional. Inclusive, os vetos de Estados como a antiga URSS e a China paralisavam as decisões no Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) (PGE, 1993). Apesar de haver uma demanda pelo multilateralismo com a criação da ONU e outras Organizações Internacionais (OIs), as tensões provocadas pela Guerra Fria impossibilitaram grandes avanços no tema. Após a Guerra Fria, um novo momento surge para o multilateralismo com destaque para importantes organismos internacionais, como a Organização Mundial de Comércio (OMC) e o Tribunal Penal Internacional (TPI).

Também é válido mencionar, que quanto ao direito interno brasileiro, a prevalência dos direitos humanos é garantida na Constituição Federal (art.4º, inciso II), sendo positivado como um dos princípios da República Federativa do Brasil. Logo, é possível observar a internalização desses valores em nossa Carta Magna. Inclusive na própria internacionalização de tratados internacionais de Direito Humanos trazidos pela Emenda Complementar nº 45 de 2005.

Imunidade de Jurisdição

A imunidade de jurisdição é um costume do Direito Internacional consentido pelo Estado para determinadas pessoas e entes em territórios estrangeiros, assim não podendo serem submetidas à jurisdição de outros Estados, estabelecendo o princípio do *par in parem non habet iudicium*, entre iguais não há jurisdição (AZEVEDO; PAIXÃO, 2001). É importante ressaltar que o Estado é o detentor da imunidade e decide se dará ou retirará a imunidade. Portanto, a imunidade não é do indivíduo, mas do Estado.

O costume é uma das fontes principais do Direito Internacional Público, sendo uma das fontes mais antigas. Para ser considerado como um costume é preciso uma prática internacional reiterada ou a aceitação da prática como se fosse obrigatória, o *opinio juris* (PORTELA, 2021). O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) expressa que a aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;

- c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas;
- d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito (CIJ, 2022).

A discussão acerca do caso Changri-lá e a Imunidade de Jurisdição acontece devido a imunidade do submarino U-199, que em tempos de guerra e como oficiais na defesa de seu país, estão imunes do crime cometido, não respondendo assim pela morte dos pescadores do Changri-lá. Porém, o que é defendido nesse caso seria a criação de um excludente de imunidade nos casos de violações de direitos humanos. Afinal, a proteção dos direitos humanos é ampla no direito internacional e a violação deles é uma grande violação aos direitos também.

Essa discussão, *ab initio* não ocorreu exclusivamente no caso Changri-lá, mas também foi possível analisar a possibilidade da violação dos direitos humanos como característica excludente da imunidade de jurisdição no Caso Ferrini. Luigi Ferrini, italiano, foi preso e deportado para a Alemanha, quando chegou lá foi forçado a trabalhar na indústria de munições até o final da guerra (ALMEIDA, 2016). O caso Ferrini foi julgado inadmissível pelo Tribunal de Arezzo, porém a demanda do caso chegou à Corte di Cassazione, a jurisdição suprema italiana e reconheceu que a Alemanha deveria indenizar Luigi Ferrini. Segundo Paula Almeida (2016), a decisão tinha como fundamento que a imunidade de jurisdição não seria válida para atos considerados como crime internacional.

A Corte de Florença também determinou que a Alemanha deveria indenizar Luigi. Nesse sentido, a Alemanha verificou que o seu direito à imunidade de jurisdição havia sido violado e buscou seus direitos através da Corte Internacional de Justiça (CIJ) ao decidir que a Itália havia mesmo violado o direito de imunidade de jurisdição da Alemanha e, não deveria indenizar Luigi Ferrini. Esse é um precedente para o caso Changri-lá, tendo em vista que ocorreu durante o mesmo período histórico e, tinha também como temática a violação de direitos humanos e imunidade de jurisdição.

Conforme afirmado pelo Ministro Edson Fachin no seu voto no Recurso Extraordinário com Agravo nº 954.858: “No Brasil, a matéria é regida pelo Direito costumeiro, tendo em vista que o país ainda não se vinculou à Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade de Jurisdição dos Estados ou a tratado congênere”. O Ministro também expressa que a Alemanha tampouco é signatária da Convenção, porém, também expõe que a imunidade permaneceu absoluta em todos os atos do Estado soberano em território estrangeiro, à luz da Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas, convenção ratificada pelo Brasil, mediante o Decreto

56.435/1965. A Convenção de Viena aborda a imunidade de jurisdição de agentes diplomáticos, visando garantir a função deles como representantes do país em missões diplomáticas. No caso Changri-lá, os tripulantes do submarino U-199 não estavam em missão diplomática e nem eram diplomatas, sendo assim a Convenção de Viena não entraria nesse *leading case*. Pelo fato de Brasil e Alemanha não terem ratificado a Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade de Jurisdição dos Estados ou do tratado congênere, a imunidade de jurisdição se trataria apenas como costume no direito interno de ambos países.

O STF e a decisão quanto à Imunidade de Jurisdição

Como citado anteriormente, um ano após o acontecimento, o Tribunal Marítimo, por meio do processo n.º 812/1944, concluiu que o barco pesqueiro estava desaparecido, a situação mudou quando Elísio Gomes Filho apresentou novas informações e o processo foi reaberto com os depoimentos dos sobreviventes do submarino U-199. O Tribunal Marítimo concluiu por meio de novo conjunto probatório que o naufrágio do barco de pesca havia ocasionado a morte dos tripulantes.

Os dez pescadores que morreram naquele dia são: José da Costa Marques, Deocleciano Pereira da Costa, Otávio Vicente Martins, Ildefonso Alves da Silva, Manoel Gonçalves Marques, Manoel Francisco dos Santos Júnior, Otávio Alcântara, Zacarias da Costa Marques, Apúlio Vieira de Aguiar e Joaquim Mata de Navarra (STF, 2021).

O ministro Edson Fachin expressa no seu voto que o Brasil ingressou na Segunda Guerra Mundial em 1942, quando o submarino alemão U-507 afundou cinco navios e um veleiro, sendo assim quando o barco Changri-lá foi afundado o Brasil já estava em guerra, do lado dos Aliados, com a Alemanha. Fachin também afirma que a resposta imediata à possibilidade de submissão da República da Alemanha à jurisdição brasileira seria negativa, por se tratar – aparentemente – de um ato de império.

O Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg reconhece no seu artigo 6 o assassinato de civis, inclusive aqueles em alto mar, como crime de guerra. (STF, 2021). Fachin trouxe no seu voto a legislação dos Estados Unidos (U.S. Foreign Sovereign Immunities Act) e da Inglaterra (State Immunity Act) e ambas determinam que a imunidade de jurisdição não pode ser aplicada em atos que resultem em morte. O ministro ressaltou que a proteção dos direitos humanos deveria prevalecer, conforme escrito na Constituição Federal, e que a imunidade de jurisdição por ser costume não

deveria ter caráter obrigatório de aplicação. As ministras Rosa Weber, Carmen Lúcia e o ministro Dias Toffoli concordaram com o voto do ministro (STF, 2021).

O Ministro Gilmar Mendes em seu voto expressou que o processo do caso Changri-lá já havia sido extinto pelo Juízo da 14^a Vara Federal da Seção Judiciário do Rio de Janeiro justamente em razão da imunidade de jurisdição. Expressa também que a imunidade de jurisdição para atos de gestão já estava relativizada no cenário brasileiro. “É absoluta e não comporta exceção à imunidade de jurisdição do Estado soberano em se tratando de atos praticados em ofensiva militar em período de guerra, considerado ato de império” (STF, 2021). O Ministro defende que no art. 4º da Constituição Federal não só tem como princípio a prevalência dos direitos humanos, como também independência nacional, igualdade entre os Estados e a defesa da paz.

O ministro cita o Decreto nº 849 de 1993, sobre a Convenção de Genebra de 1949, em seu voto e faz referência ao artigo 49 do decreto que diz:

As disposições desta seção aplicar-se-ão a qualquer operação de guerra terrestre, naval ou aérea que possa afetar em terra à população civil, as pessoas civis e aos bens de caráter civil. Aplicar-se-ão também a todos os ataques provindos do mar ou do ar contra objetivos em terra, porém não afetarão de qualquer outra forma as normas de Direito internacional aplicáveis nos conflitos armados no mar ou no ar (BRASIL, 2023).

O ministro salienta que o descumprimento de qualquer tratado ou norma consuetudinária pode causar um conflito internacional entre os Estados. O ministro Gilmar Mendes finaliza seu voto afirmando que:

Ante o exposto, peço vênias ao relator para votar pelo desprovimento do recurso extraordinário, mantendo o acórdão do STJ, para reconhecer a imunidade absoluta de jurisdição de Estados estrangeiros em se tratando de atos submetidos ao regime de *jure imperi* (STF, 2021).

O ministro Marco Aurélio proferiu em seu voto que o Supremo durante décadas afastou qualquer entendimento de exceção à regra da imunidade dos Estados estrangeiros. “Ainda que o Supremo tenha ressalvado exceção à imunidade jurisdicional para os atos de gestão, não é viável, no plano da lógica, a tentativa de relativizar a jurisprudência consagrada pelo Tribunal, no que tange aos atos de império, mesmo envolvendo afronta a direitos humanos em contexto de guerra” (STF, 2021). Marco Aurélio expressa que a imunidade deve ser absoluta ou não existir uma imunidade para

atos de império, considerando impróprio que ela só não fosse aplicada nos atos que violaram os direitos humanos.

A decisão do Tribunal por maioria resultou no afastamento da imunidade de jurisdição da República Federal da Alemanha. Decidindo também que atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos não gozam de imunidade de jurisdição, nos termos do voto do Relator (STF, 2021). Cabe ressaltar o importante precedente e o fato de a Alemanha não ter sido parte no julgamento.

Conclusão

Esse trabalho tem como objetivo analisar a relação entre a imunidade de jurisdição e a violação de direitos humanos, tendo a grande relevância de ser um importante precedente para o Direito Internacional julgado em tribunais pátrios. O caso de um barco pesqueiro com apenas dez tripulantes que foram dados como desaparecidos e depois de mais de 50 anos foi comprovado o naufrágio do Changri-lá. O caso fomenta importantes discussões como violação de direitos humanos na Segunda Guerra Mundial, imunidade de jurisdição de atos de império, costumes e tratados internacionais.

Com a decisão do STF, tendo o voto do ministro Fachin destacado pela decisão, a imunidade de jurisdição é tratada no Brasil com relativização de atos de império que violam os direitos humanos. O caso se destaca em diversos cenários pelo seu contexto histórico importante e pela decisão quanto à relativização da imunidade de jurisdição para atos de império, alterando o *modus operandi* do direito interno brasileiro.

A sentença do STF está em consonância com as credenciais que o Estado brasileiro defende em sua política externa na defesa dos direitos humanos e com os valores da sociedade internacional. A consolidação dos direitos humanos como *hard law* demonstra que a soberania deixa de ser absoluta como na criação do Estado moderno e se torna mitigada no caso concreto. A relativização da soberania ocorre com relação aos direitos humanos e na ratificação dos tratados internacionais quando incorporados nos ordenamentos jurídicos internos para dimensionar mudanças importantes.

Referências

ALMEIDA, P. W. Imunidades jurisdicionais do Estado perante a Corte Internacional de Justiça: uma análise a partir do caso Alemanha vs. Itália. **Revista Direito GV**, v. 12, n. 2, p. 516-541, ago. 2016.

Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/zGwxZqhFXdRg93rv5YRgv4k/?lang=pt>. Acesso em: 20 jan 2023.

ASSIS, A. F. S. A Saga dos Pescadores do Changri-lá. **Revista Navigator**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 87-91, ago. 2016. Disponível em:

<https://www.portaldeperiodicos.marinha.mil.br/index.php/navigator/article/view/181>. Acesso em: 20 jan 2023.

AZEVEDO, D. B. de; PAIXÃO JÚNIOR, N. R. da. **Imunidade de Jurisdição e imunidade de execução de entes de direito público externo**. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Brasília, 7 p., fev. 2001.

Disponível em:

https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2384/imunidade_jurisdiacao_azevedoejunior.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Decreto nº 358, de 1845. **Capitania dos Portos nas províncias brasileiras**. Rio de Janeiro, Disponível em:

<https://www.marinha.mil.br/cprj/historico#:~:text=A%20cria%C3%A7%C3%A3o%20das%20Capitanias%20dos,cada%20prov%C3%ADncia%20mar%C3%ADtima%20do%20Imp%C3%A9rio>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Decreto nº 849, de 1993. **Promulga os protocolos I e II da Convenção de Genebra**. Brasília,

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0849.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Decreto nº 19841, de 1945. **Promulga a carta das Nações Unidas**. Rio de Janeiro, Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Decreto nº 23.134, de 09 de setembro de 1933. **Regula o exercício da profissão de Veterinário diplomado no exterior**. Rio de Janeiro. Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/norma/444313/publicacao/15618105>. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Decreto nº 56.435, de 1965. **Promulga a Convenção de Viena sobre relações diplomáticas**.

Brasília, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d56435.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

DEVANEY, J. G. **Fact-Finding before the International Court of Justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

FASSBENDER, B.; PETERS, A. **The Oxford handbook of the history of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FAUSTO, B. **História do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2019.

GARCIA, E. V. **O sexto membro permanente**: o Brasil e a criação da ONU. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

LAFER, C. **Direito Internacional**: um percurso no Direito do século XXI. São Paulo: Atlas: 2015.

LAFER, C. **Direitos Humanos**: um percurso no Direito do século XXI. São Paulo: Atlas: 2015.

MAGALHÃES, J. N. **Formação do conceito de soberania**: história de um paradoxo. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOURA, G. **Relações exteriores do Brasil: 1939-1915**: mudanças na natureza das relações Brasil-Estados Unidos durante e após a Segunda Guerra Mundial. Brasília: FUNAG, 2012. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/998-Relacoes_Exteriores_do_Brasil.pdf. Acesso em: 20 jan. 2023.

ORFORD, A.; HOFFMANN, F.; CLARK, M. **The Oxford handbook of the theory of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

PGE. **Declaração e Programação de Ação de Viena**. 1993. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>. Acesso em: 21 jan. 2023.

PORTELA, P. H. G. **Direito Internacional Público e Privado Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. Salvador: Juspodivm, 2021.

PRESTES, A. L. **Os militares e a reação republicana**: as origens do tenentismo. Petrópolis: Vozes, 1993.

PRETI, B. del; LÉPORE, P. **Direito Internacional Público e Privado**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

STF. **ARE**: 954858 RJ, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 23/08/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 24/09/2021. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1287108823/recurso-extraordinario-com-agravo-are-954858-rj>. Acesso em: 20 jan. 2023.

TRIBUNAL MARÍTIMO. **85 Anos do Tribunal Marítimo**. Rio de Janeiro: Tribunal Marítimo, 2019. 144 p. Disponível em: <http://www.portosma.com.br/fotos/tribunalmaritimo/tribunal.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2023.

O não reconhecimento pelo STF do direito ao esquecimento como direito fundamental a partir da análise do RE nº 1.010.606 – RJ

Ana Amélia Benjosé Albuquerque Falcão*

Daniela Vanila Trigo Nakalski**

Introdução

Na Constituição Federal de 1988 (CF/88) um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro é a dignidade da pessoa humana, baseado nesta norma e nos direitos da personalidade, embora não esteja explícito na CF, surge em tese o direito ao esquecimento.

O direito ao esquecimento protegeria a intimidade, tutelando, desta forma, fatos da vida pretérita que não possuem, necessariamente, uma relevância pública. Em contrapartida, a mesma CF que protege os direitos individuais é garantidora da liberdade de expressão e de imprensa. Conforme se torna cada vez mais presente o uso da tecnologia como meio de exposição da vida privada dos indivíduos, se faz preponderante investigar se esse seria um direito fundamental.

O texto constitucional não evidencia que o direito ao esquecimento é taxativamente um direito fundamental, logo, foi encontrado na doutrina algumas interpretações que possibilitam vinculá-lo como uma faceta da proteção da vida privada, ou seja, dos direitos da personalidade e da dignidade humana.

Os direitos de personalidade protegem o que é próprio da pessoa, como a vida, a intimidade e a privacidade. A interpretação do direito da personalidade dada pela legislação civil deve ser sempre baseada na perspectiva constitucional, portanto, se aproxima ao princípio da dignidade humana, bases do direito ao esquecimento.

* Graduanda em Direito na Universidade Federal do Pampa – Campus Santana do Livramento.

E-mail: anafalcao.aluno@unipampa.edu.br

** Professora Associada III da Universidade Federal do Pampa e Coordenadora do grupo de pesquisa em Direito Constitucional e Propriedade Intelectual – DIRCONPI.

E-mail: danielanakalski@unipampa.edu.br

Este artigo espera contribuir para o debate em torno do tema direito ao esquecimento estudando o caso concreto - Recurso Extraordinário nº 1.010.606-RJ - em que uma rede de televisão reconstituiu o caso do assassinato de Aída Curi, ocorrido na década de 1950, vindo a supostamente violar o direito de esquecer da família, trazendo à tona um caso doloroso muito antigo. O debate proposto à Suprema Corte consistiu em verificar quais princípios deveriam preponderar neste caso concreto: o dos jornalistas de informar ou o da família em esquecer o sofrimento passado.

O artigo divide-se em três partes, além da introdução e considerações finais. Na primeira parte encontra-se uma análise conceitual do que seria o direito ao esquecimento, sob a luz dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana. A segunda parte trata da relação entre o direito à privacidade e o direito ao esquecimento e discute qual a preponderância de cada uma das normas. Na terceira e última parte, é estudado o Recurso Extraordinário nº 1.010.606-RJ, julgado em 2021, que gerou o tema de Repercussão Geral 786, a respeito da aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.

A técnica de pesquisa utilizada foi análise bibliográfica e documental e como método de abordagem adotou-se o dedutivo a partir do entendimento de que o direito ao esquecimento não pertence ao rol dos direitos fundamentais consagrados pela CF/88.

Fundamentos teóricos de um pretensão direito ao esquecimento

Pelo atual texto da CF/88 não está explícito que o direito ao esquecimento é taxativamente um direito fundamental. Logo, encontramos na doutrina algumas interpretações que possibilitam vinculá-lo como um aspecto da proteção da vida privada, ou seja, dos direitos da personalidade e dignidade humana.

Para Bochenek e Gonçalves (2022), o direito ao esquecimento refere-se ao direito de pretender apagar um registro que envolva seu nome de forma definitiva de uma base de dados. Os autores ainda ressaltam que a era digital dá força ao argumento protetivo do direito ao esquecimento, pois o conteúdo ficará de forma indeterminada guardado nos bancos de dados da rede mundial de computadores e será de fácil acesso e de fácil manipulação.

Além disso, os autores diferenciam o direito ao esquecimento da desindexação, pois essa seria a retirada da vinculação do nome de um requerente a certos fatos ou informações nos sites de busca. Ou seja, são direitos diferentes, o esquecimento é

apagar um pedaço da história de certo indivíduo, já a desindexação só torna mais difícil achar esse histórico.

Moraes (2016) argumenta que na rede mundial de computadores é inegável que as informações são veiculadas de forma desordenada e, muitas vezes, sem a permissão de seus titulares, mas por outro lado não há como negar que houve um avanço inquestionável na maneira de disseminar dados. Tem-se então um conflito entre o direito à imagem e a personalidade e o direito de acesso à informação.

O Enunciado no 531, da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CFJ/STF diz expressamente que “[...] a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Sua justificativa para tal seria de que apesar de ninguém ter o direito de apagar fatos ou reescrever a história, ainda que seja relativa a si mesma, é possível discutir o uso de informações pretéritas, mais especificamente o modo e o fim com que serão lembrados.

Pelos direitos de personalidade se protege o que é próprio da pessoa, como a vida, a intimidade, a privacidade, a liberdade dentre outros. Personalidade jurídica “[...] exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações”, segundo Diniz (2022, p. 48), e que se estende a todos os homens. Portanto, dada a nossa condição humana é que são atribuídos os direitos de personalidade. Segundo Borges (2006), os bens jurídicos mais fundamentais estão incluídos nos direitos da personalidade.

Nos artigos 11 a 21 da Lei nº 10.406/2002 - Código Civil brasileiro, encontramos a positivação dos direitos da personalidade, e que segundo Tartuce (2019) devem ser analisados sob uma ótica civil-constitucional, aproximando-os da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais previsto no art. 5º, inciso X da CF/88.

Assim, em conjunto esses direitos (personalidade e dignidade) fundamentariam a base de um pretense direito ao esquecimento, pois segundo Dotti (1998, p. 300):

O direito ao esquecimento consiste na faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. Trata-se do reconhecimento jurídico à proteção da vida pretérita, proibindo-se a revelação do nome, da imagem e de outros dados referentes à personalidade.

O caso em questão analisado neste artigo, conhecido como “caso Aída Curi”, julgado pelo STF no Recurso Extraordinário nº 1.010.606 traz na prática o debate entre essas duas linhas de pensamento, se haveria por parte da família da vítima de um crime

alegar esquecer o caso por completo ou se uma rede de televisão, a imprensa, tem o direito de explorar comercialmente a história anos depois.

Do conflito de interesses: liberdade de expressão e informação e de um pretense direito ao esquecimento

A liberdade de expressão é um direito fundamental consagrado no art. 5º, IV e IX, bem como nos dispositivos da ordem social, no art. 220 (§§1º, 2º), isso se deve primordialmente ao contexto histórico no qual a CF/88 foi criada, após a redemocratização do Estado brasileiro que havia passado 21 anos sob um regime militar autoritário. A imposição jurídica da censura sobre os meios de comunicação, aos artistas, pensadores e demais cidadãos, à época, causou sequelas sociais sentidas até hoje.

A democracia de um país depende sobremaneira da circulação de ideias entre os indivíduos, o filósofo John Stuart Mill (2006, *apud* MARMELSTEIN, 2019, p. 127) defendia que:

A verdade tem maior probabilidade de vir à tona quando existe um “mercado” de ideias livremente divulgadas e debatidas, de modo que os cidadãos poderão tomar decisões mais acertadas se as diversas opiniões políticas puderem circular sem interferências.

Dentro da espécie liberdade de expressão pode-se abarcar o gênero liberdade de imprensa. O Ex-ministro do STF Celso de Mello, na petição 3.486/DF, sobre o tema em questão, salientou que a liberdade de imprensa engloba outras prerrogativas inerentes ao jornalismo como o direito de informar, o direito do cidadão de buscar informação, o direito de opinar e por fim o direito de criticar.

Doravante o exposto, cabe observar que no caso concreto do RE nº 1.010.606, a rede de TV ao expor o caso do assassinato e estupro de Aída Curi estava informando os seus telespectadores sobre um crime que foi bastante noticiado à sua época, nos anos de 1950, era, portanto, bastante conhecido da população brasileira. As imagens utilizadas pelo programa podiam ser encontradas também em artigos de jornais e até em livros.

Outrossim, é de interesse da sociedade e dever jornalístico informar sobre dados relevantes em relação à criminalidade, no caso, de violência contra a mulher (feminicídio). Segundo a OMS o Brasil é o 5º país que mais mata mulheres, logo, é

preciso advertir à população que esse problema é real e urgente, pessoas informadas e conscientes estão mais dispostas a aceitarem políticas públicas e leis voltadas para tratar o problema.

Um segundo ponto, a família de Curi em seu processo contra a rede de televisão, segundo o Acórdão do STF, se viu violada na sua dor por lembrar a violenta morte que os tinha traumatizado 50 anos antes do programa ser exibido. Portanto, “[...] lutam pelo reconhecimento de seu direito de esquecer tal tragédia, amparando-se, para tanto, no direito ao esquecimento”, (RE 1.010.606), este seria uma espécie dentro do princípio da dignidade humana.

Entretanto, não há respaldo constitucional para assegurar tal direito visto que nesse caso o interesse social se sobrepõe, tragicamente, à dor dos familiares. O único argumento dos requerentes é especificamente o trauma e desconforto de reviver o brutal assassinato.

Adiciona-se mais um argumento, a importância que as sociedades humanas dão à lembrança, ela forma culturas e identidades, enche os livros de história e proporciona aprendizado às gerações que se sucedem a outras. Relembrar a dor do Holocausto, por exemplo, não é algo simples e fácil para os sobreviventes desse trágico evento histórico, mas seria um desrespeito para todos os que morreram vítimas da política genocida da época o esquecimento de seus sacrifícios.

A Alemanha mantém até hoje os campos de concentração nazistas como museus, justamente para que não se esqueçam do que seus antepassados foram capazes de produzir. A filósofa alemã Hannah Arendt (1972, p. 284) reflete que “[...] não sem certa surpresa, o sacrifício da verdade para a sobrevivência do mundo seria mais fútil do que o sacrifício de qualquer outro princípio ou virtude”. Não há garantias de que o mesmo mal do passado não vá se repetir no futuro, mas olhar para trás e lembrar pode dar a chance às sociedades não repetirem os mesmos erros.

O suposto “direito ao esquecimento” se encaixaria na primeira dimensão dos direitos fundamentais, tutelando as liberdades civis e políticas. Nela há uma limitação da atuação do Estado sobre a vida dos cidadãos. Como relatam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2021, p. 69), “[...] dependendo da matéria, o Estado pode ser obrigado a fazer algo ou a abster-se de atuar [...] uma norma de competência negativa”. E no caso das liberdades individuais o último caso prevalece, o Estado deve conter sua atuação.

A atividade jornalística é também protegida pela atuação negativa do Estado, este não pode usar seu poder legal para impedir que qualquer artigo impresso, digital ou matéria televisiva sejam publicados, o que seria considerado uma censura, contrário à

liberdade de expressão, salienta Marmelstein (2019, p. 127) que esse direito é extremamente importante como base da democracia, pois permite que através de ideias que se confrontam a opinião das pessoas seja formada.

Foi o que ocorreu no Recurso Extraordinário nº 1.010.606, apreciado pelo STF em 2021, no qual o reclamado, a rede de televisão Globo Comunicação e Participações S/A exibiu em 2004 no programa “Linha Direta: Justiça”, o caso de Aída Curi, uma mulher vítima de assassinato na década de 1950, cometido por três homens no Rio de Janeiro. Ademais, foram acusados pelos recorrentes, irmãos da vítima, de uso indevido da imagem de Curi e pediram indenização material e pecuniária.

Análise do RE 1.010.606 - caso Aida Curi

O STF julgou o caso do Tema 786 “[...] aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares”, julgado no dia 20 de maio de 2021. O relator foi o Ministro Dias Toffoli, e o pedido foi indeferido. A tese firmada pela 2ª turma foi a de que:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível (TEMA 786 - STF/2021).

No seu voto o Ministro Toffoli deixa claro o que entende por direito ao esquecimento, cujo conteúdo estaria sustentado em informações verdadeiras, obtidas de maneira lícita, que se amparam na alegação de que com o passar do tempo tais informações não teriam relevância jurídica e que, portanto, não haveria qualquer prejuízo de serem apagadas, e assim se estaria cumprindo os princípios constitucionais, especialmente a proteção ao direito da personalidade.

Em sua arguição o Ministro Toffoli relata que há três formas distintas de ver o direito ao esquecimento, a primeira é a de que este seria um direito fundamental explícito; a segunda de que é um direito fundamental implícito, derivado ou da dignidade humana ou da privacidade; e a terceira visão não reconhece a existência deste como um direito fundamental autônomo, mas que possuiria suporte fático em

outros direitos fundamentais como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Então seria possível um direito que garante outra espécie de direito? Citando Moncau (STF, 2021) para exemplificar este último ponto, aquele diz que, “[...] em alguns casos, o uso da expressão ‘direito ao esquecimento’ parece servir apenas ao propósito de emprestar renovada força a direitos já existentes ou a seus fundamentos jurídicos”.

Em decorrência disso o Ministro Toffoli vê como inexistente no ordenamento jurídico brasileiro para o que ele chama de “direito genérico”. O que existe nas normas jurídicas brasileiras seriam “[...] expressas e pontuais previsões em que se admite, sob condições específicas, o decurso do tempo como razão para supressão de dados ou informações” (STF, 2021). Um exemplo viria dos artigos 93 e 95 Código Penal, que versa que “[...] poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução”, assim a pessoa que cumpriu sua pena poderá ter, “o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação”.

Por conseguinte, há um efeito temporal, mas não configura como direito ao esquecimento porque nada pode impedir qualquer condenado de se deparar com reportagens jornalísticas relacionadas ao caso em que foram previamente julgados, caso sejam licitamente obtidas podem circular livremente. Acrescenta ainda que até a interpretação dos acontecimentos podem mudar com o tempo e a percepção da sociedade sobre o fato dado.

Ademais, há a questão da liberdade de expressão, é regra geral que, “[...] não são admitidas restrições prévias ao exercício dessa liberdade” (STF, 2021). O Ministro Toffoli mostra exemplos de como esse direito fundamental já têm constituído jurisprudência no STF. Como a ADI nº 4.815, DJe de 1º/2/16, ficou decidido que não há necessidade de autorização de pessoas que serão biografadas pelos escritores de tais obras ou até de obras audiovisuais. Nem ao menos pessoas que aparecem como coadjuvantes.

Deveras, a liberdade de expressão não é só benéfica para quem a está exercendo, mas também para todos que recebem as informações, conhecendo o pensamento de diversos atores diferentes, enriquecendo a sociedade. O Ministro Toffoli pondera então que o direito ao esquecimento não só diz respeito apenas a um comunicador que gostaria de transmitir uma informação e o indivíduo que quer tornar tal informação privada dos olhos de todos. Mas também diz respeito à sociedade, “[...] envolve toda a coletividade, que poderá ser privada de conhecer os fatos em toda a sua amplitude” (STF, 2021).

Considerações finais

Por meio desse estudo buscou-se compreender os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para não contemplar o direito ao esquecimento como compatível aos princípios da Constituição, ou seja, considerando-o inconstitucional, logo, não é um direito fundamental.

A decisão do Poder Judiciário sobre o caso *Aída Curi* se dá em um contexto particular, no qual, cada vez mais se torna importante a discussão sobre os limites que se pode dar à liberdade de imprensa. Visto que graças ao avanço da rede mundial de computadores qualquer informação pode ser trazida à tona. Sob o fundamento do direito ao esquecimento houve uma provocação para que o STF se pronunciasse se este seria ou não um direito.

De início pôde-se observar que o direito ao esquecimento não está positivado explicitamente na CF/88, quem o defende como um direito humano está amparando seu argumento com base em dois outros princípios, o da personalidade e da dignidade da pessoa humana, portanto, ele teria sido uma consequência clara da aplicação destes, assim como a privacidade. Seus defensores argumentam que as pessoas não podem ser atormentadas por acontecimentos do passado que não tenham um legítimo interesse à população. Seria o reconhecimento jurídico à proteção do passado dos indivíduos.

Por outro lado, ao abraçar esse direito pode-se estar incorrendo em censura, já que o direito da liberdade de imprensa seria violado. O interesse coletivo também tem que ser levado em consideração nessas situações, e principalmente quando se noticia fatos que já são notoriamente conhecidos do público.

Por fim, coube ao STF ponderar sobre os dois direitos, esquecimento e liberdade de imprensa, no RE nº 1.010.606 – RJ, visto que a rede de televisão estava se utilizando de acontecimentos já consagrados no imaginário popular, pois até livros a respeito do caso já foram publicados.

Em momento algum durante o programa a memória da vítima foi desrespeitada, apenas se reproduziu informações que foram obtidas de forma lícita. Outrossim, o já mencionado interesse coletivo de se informar e poder formar opinião, neste caso, tanto sobre a criminalidade do país quanto sobre o sistema judicial e sua competência ao julgar o caso em questão.

Pode-se concluir na análise do RE nº 1.010.606 – RJ, que o STF entendeu que qualquer excesso sobre a liberdade de expressão deve ser analisado caso a caso, tendo

em vista os princípios constitucionais da personalidade e dignidade humanas, todavia, pacificou que não reconhece fundamento jurídico ao pretense direito ao esquecimento.

Referências

ÁIDA CURTI. **Linha Direta**: Justiça. Rio de Janeiro: Rede Globo, 29 abril, 2004. Programa de TV.

ARENDT, H. **Entre o passado e o presente**. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1972.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf>. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ**. Caso Aída Curi. Recorrente: Nelson Curi e Outro(A/S). Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Dias Toffoli, 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7559107>. Acesso em: 15 set. 2022.

BOCHENEK, A. C.; GONÇALVES, A. K. A. O direito ao esquecimento nos meios de comunicação: análise da jurisprudência do STJ e do STF. **Revista Internacional CONSINTER de Direito**, Porto, v. 14, n. XIV, 2022. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-viii-numero-xiv/capitulo-02-direito-publico/o-direito-ao-esquecimento-nos-meios-de-comunicacao/>. Acesso em: 16 out. 2022.

BORGES, R. C. B. Direitos da personalidade e dignidade: da responsabilidade civil para a responsabilidade contratual. In: **Novo Código Civil– Questões Controvertidas**. São Paulo: Método, 2006.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do direito civil. 39. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

DOTTI, R. A. O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data. In: WAMBIER, T. A. A. (Coord.). **Habeas Data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARMELSTEIN, G. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

MORAES, M. F de. **O direito ao esquecimento na internet no contexto das decisões judiciais no Brasil**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/handle/10899/24002>. Acesso em: 16 out. 2022.

ONU: Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução. **ONU – Organização das Nações Unidas**, Brasília, 09 abril, 2016. Seção Centro de Imprensa, Notícias.

Estudos sobre Direitos Fundamentais

O não reconhecimento pelo STF do direito ao esquecimento como direito fundamental a partir da análise do RE nº 1.010.606 – RJ
DOI: 10.23899/9786589284383.4

Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/72703-onu-taxa-de-feminicidios-no-brasil-e-quinta-maior-do-mundo-diretrizes-nacionais-buscam>. Acesso em: 17 set. 2022.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **Pet 3.486/DF**, rel. Min. Celso de Mello, j. 22/6/2005.

TARTUCE, F. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Verdes são também os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira

Breno Matheus Fontane Agarrayua*
João Paulo Rocha de Miranda**

Introdução

Este trabalho tem como principal objetivo analisar o esverdeamento da ordem constitucional brasileira. O que se deu com a positivação dos diversos direitos fundamentais no texto constitucional vigente, entre eles, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para tanto, esta pesquisa é básica, qualitativa, exploratória e bibliográfica, tendo adotado o método dedutivo. Isto porque a discussão parte dos aspectos gerais e da evolução histórica das diferentes concepções jurídicas de bens ambientais até chegar na questão específica da natureza jurídica do direito ao meio ambiente.

Portanto, a abordagem tem início no desenvolvimento da concepção de bem ambiental, que evolui de algo considerado uma coisa de ninguém (*res nullius*), que poderia ser apropriado por quem quer que fosse, até o entendimento de que é uma coisa de todos (*comune omnium*), um bem de uso comum do povo. Na sequência, é tratado sobre a dupla fundamentalidade, formal e material, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de uso comum do comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Característica esta que demonstra a essencialidade do meio ambiente sadio para a saúde e vida da humanidade.

* Bacharel em Direito. Advogado. Pós Graduado em Direito Administrativo. Discente da Pós-Graduação Lato Senso – Especialização em Direitos Fundamentais, Fronteiras e Justiça – UNIPAMPA. Discente do curso de Mestrado de Direito das Relações Internacionais e Integração na América Latina da Universidad de la Empresa/URU. Discente da Pós-Graduação Lato Senso – Especialização em Direitos Fundamentais, Fronteiras e Justiça – UNIPAMPA. Membro do Grupo de pesquisa Direitos Fundamentais na Fronteira. E-mail: brenoagarrayua@gmail.com

** Professor do curso de Direito da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA). Doutor e Mestre em Direito. Líder do Grupo de pesquisa Direitos Fundamentais na Fronteira (GPDIFF). Membro do Grupo de Estudos Avançados em Direito (GEAD/UNIPAMPA). Orientador do curso de Mestrado de Direito das Relações Internacionais e Integração na América Latina da Universidad de la Empresa/URU. E-mail: joaomiranda@unipampa.edu.br

Por fim, este artigo, demonstra que o legislador constituinte originário concebeu o meio ambiente como um direito transindividuais, de natureza indivisível, em que seus titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, que é a necessidade do equilíbrio ambiental para a sadia qualidade de vida. Ou seja, o texto constitucional vigente dispõe o meio ambiente como um direito fundamental completo, considerado na esfera internacional como um direito humano, e de natureza difusa, que a todos pertence.

Os bens ambientais: de *res nullius* a *res comune omnium*

O bem ambiental, desde o direito clássico, foi tradicionalmente tratado como *res nullius*, isto é, coisa de ninguém. Portanto, era passível de ser apropriado por quem quer que fosse, para qualquer uso, até mesmo aquele que levasse a destruição do bem, como comenta o Ministro Antonio Herman Benjamin:

O Direito clássico, pós-Revolução Francesa, listava a Natureza e seus componentes na categoria de coisa ou bem (ou, para usar uma expressão econômica e na moda, *commodity*), quando não os vendo como simples *res nullius* ou *res communes*. Coisa para ser utilizada e, eventualmente, até destruída, ao bel-prazer daquele que contasse com sua posse ou propriedade. Coisa a serviço direto da pessoa –individualmente considerada –, sem outro atributo que não fosse o de se prestar a satisfazer os desejos humanos, mesmo os mais mesquinhos e egoístas (BENJAMIN, 2007, p. 3).

Contudo, esta visão, radicalmente antropocêntrica, na atualidade está superada. Atualmente o bem ambiental não é apenas público, nem muito menos, privado, mas é considerado *res comune omnium*, isto é, coisa comum a todos, o que influencia diretamente na natureza jurídica do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como será demonstrado.

Neste sentido, evidenciando a superação da visão puramente antropocêntrica do bem ambiental, “é óbvio que a visão antropocêntrica, centrada na posição em que o homem tratava o ar puro com *res nullius*, está superada, e hoje este bem é considerado *res omnium* [...]” (LEITE; AYALA, 2004, p. 53). Desta forma, fica patente que foi superado o “[...] antropocentrismo do passado e a inclusão de valores, por exemplo, a bioética, na proteção jurídica do meio ambiente (LEITE; AYALA, 2004, p. 53).

Contudo, é importante ressaltar que a superação desta visão puramente utilitarista do meio ambiente não ocorreu do dia para noite, mas que é fruto de processos paralelos, nos campos das ciências biológicas e jurídica. Tais processos ao

convergirem a um mesmo ponto, levaram a um antropocentrismo mitigado, que possui sim, sua dose de utilitarismo, porém abrandada. Assim, a tutela constitucional do meio ambiente, ao mesmo tempo em que é intergeracional e antropocêntrica, em certos momentos, reconhece certo valor intrínseco na vida não humana.

Desta maneira, é importante reafirmar que o Art. 225 da Carta Pátria trouxe uma nova realidade jurídica, disciplinando um bem intergeracional, essencial à sadia qualidade de vida humana e de uso comum do povo, mas que não é público, nem, muito menos, particular, rompendo, por definitivo, com a dicotomia entre público e privado que prevalecia nas ordens constitucionais anteriores. Desta maneira, este dispositivo constitucional, uniu a questão dos interesses difusos ao conceito de futuras gerações, surgindo assim uma nova compreensão dos direitos fundamentais, uma vez que os direitos dos que ainda não nasceram passou a ser considerado também. Assim, há uma mudança de paradigma que projeta no futuro a dimensão da pessoa humana, não mais nos limites da “[...] dimensão civilista do nascituro, mas de toda uma futura (e ainda nem mesmo gestada) geração de pessoas humanas” (SCAFF; TUPIASSU, 2005, p. 103-104). Portanto, o bem ambiental deixa de ser um interesse do indivíduo em face do Estado “[...] ou inerente apenas a certa coletividade, mas um interesse difuso e que abrange não apenas as atuais, mas as futuras gerações [...]” (SCAFF; TUPIASSU, 2005, p. 103-104).

Portanto o bem ambiental surge do somatório de duas características. A primeira diz respeito ao fato de ser um bem de uso comum do povo, “[...] podendo ser desfrutado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais” (FIORILLO, 2011, p. 182). A segunda refere-se a ser um bem essencial à sadia qualidade de vida, o que importa a satisfação dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, no caso, o da dignidade da pessoa humana, disposto no inciso III, do Art. 1º, da Lei maior.

Desta forma, o bem ambiental, apesar de ser de uso comum do povo, não é um bem público, nem, tão pouco, privado, como já discutido anteriormente. Trata-se, na verdade, de um bem que pode ser utilizado por todo o povo, independentemente da sua nacionalidade ou residência. Isto significa dizer que, uma vez em território nacional, todos, brasileiros ou estrangeiros, residentes ou não no Brasil, podem, dentro dos limites legais, desfrutar deste bem ambiental, o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, dissociado dos poderes que o titular da propriedade possui, tais como aqueles elencados no Art. 1.228 do Código Civil, que se referem à faculdade de usar, gozar, dispor e reaver a coisa, o legislador constituinte, diante da natureza difusa deste bem ambiental, de uso comum do povo, atribui à coletividade apenas o seu uso. Porém

não é qualquer forma de uso, mas apenas o uso sustentável, isto é, aquele que garanta às próximas gerações, pelo menos, as mesmas condições que os presentes desfrutam.

Desta forma, o legislador constituinte destaca um dos poderes atribuídos pelo direito de propriedade, o direito de uso, e o transporta ao Art. 225 da atual Constituição brasileira, de maneira que, sendo bem de uso comum do povo, todos podem utilizá-lo, mas ninguém pode dispor dele. Assim, este bem ambiental, entendido em sua integralidade como um macrobem, que não está sujeito à apropriação exclusiva de uma pessoa ou grupo, e tampouco se atribui a quem quer que seja sua titularidade (FIORILLO, 2011, p. 183)

Destarte, a característica do bem ambiental ser de uso comum do povo, isto é, de todos, amplia a natureza jurídica do bem ambiental, de público, como outrora, para difuso, na contemporaneidade, dentro de uma nova concepção constitucional, inaugurada pela carta de 1988.

Vale lembrar que, conforme abordado anteriormente, o bem ambiental é fruto do somatório de duas características: a primeira diz respeito ao fato de ser de uso comum do povo; a segunda refere-se a sua essencialidade à sadia qualidade de vida. Portanto, a estrutura de bem ambiental, prevista constitucionalmente, só se concretiza diante da imprescindível presença simultânea destas duas facetas do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Diante disso, é oportuno delimitar, no ordenamento positivo, os bens essenciais à sadia qualidade de vida. Estes se consubstanciam naqueles bens fundamentais à garantia da dignidade da pessoa humana, conforme os fundamentos da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, como disposto no inciso III, do Art. 1º, da Constituição.

Desta forma, a sadia qualidade de vida se configura diante da dignidade da pessoa humana, o que comporta o bem-estar. Assim, uma vida digna exige que o Estado assegure direitos fundamentais, como saúde, educação, alimentação, segurança, lazer, entre outros direitos sociais, indispensáveis à configuração de uma vida digna. Neste sentido, “[...] uma vida com dignidade reclama a satisfação de valores (mínimos) fundamentais descritos no art. 6º da Constituição Federal” (FIORILLO, 2011, p. 183), tais como os direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (BRASIL, 1988).

Neste mesmo sentido, tem caminhado as Ciências da Saúde. Tanto é que, em artigo publicado no Jornal do Conselho Federal de Medicina, é abordada a concepção

atual de saúde, que vai além da ausência de enfermidade, mas consubstancia-se no bem-estar, uma vez que a Organização Mundial da Saúde (OMS) “[...] define saúde como `estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de enfermidade ou invalidez” (SÁ JÚNIOR, 2004, p. 15-16). Desta forma, “[...] já ia avançado o século XX quando a concepção de saúde foi mudada para bem-estar, além de ausência de enfermidade. É inegável que tal mudança constituiu um avanço” (SÁ JÚNIOR, 2004, p. 15-16).

Destarte, não é possível haver vida digna, sem saúde; nem, tão pouco, saúde, sem meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, a saúde e a dignidade da pessoa humana possuem relação direta com a natureza jurídica binária, diante das suas duas características, a de ser um bem de uso comum do povo e de ser essencial à sadia qualidade de vida, como será tratado a seguir.

A natureza jurídica do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Intensamente debatido pela doutrina nacional e internacional, o direito ao meio ambiente enquanto direito fundamental tem sido frequentemente reconhecido, porém por duas vias distintas, mas congruentes. A primeira procura introduzir um novo direito fundamental, o direito ao meio ambiente. A segunda busca atribuir ao meio ambiente o *status* de direito fundamental, geralmente social, através da interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, como o direito à saúde, no caso brasileiro, como será visto a seguir.

Neste diapasão, como o direito ao ambiente equilibrado não se encontra expressamente no Título II, dos direitos e garantias fundamentais, mas sim no Título VIII da Constituição de 1988, que trata da ordem social, pode surgir a dúvida se este se enquadra nos valores mínimos fundamentais.

Antes de resolver esta questão, é importante explicar que estes valores mínimos fundamentais se consubstanciam no que a doutrina alemã consagrou como mínimo existencial ou mínimo vital, ou como prefere Celso Antonio Pacheco Fiorillo, piso vital mínimo:

Trata-se de dar efetividade aos DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA (Art. 1º, III, CF), não cabendo ao administrador público preterir o PISO VITAL MÍNIMO na medida que não se trata de opção do governante ou mesmo – como pretendem argumentar alguns, ainda com o olhar vinculado ao vetusto direito administrativo – de opção discricionária do administrador, uma vez que não estamos cuidando de juízo discricionário, muito menos de tema a depender unicamente da vontade política (FIORILLO, 2011, p. 183-184).

Neste sentido, o mínimo existencial ecológico, na ordem constitucional pátria, é verificado através da exegese sistêmica dos artigos 1º, III e 225, que tratam, respectivamente, do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, considerando o mínimo existencial como a parcela mínima de que cada pessoa precisa para sobreviver, o qual deve ser garantido pelo Estado, Robert Alexy comenta sobre a dificuldade de determinar o que faz parte do mínimo existencial absoluto. Assim, este autor, evidencia o risco em fixá-lo em patamar extremamente baixo, bem como da importância do mínimo existencial relativo, o qual varia de acordo com o momento histórico e político:

Sem recorrer a comparações é praticamente impossível determinar o que faz parte do mínimo existencial garantido constitucionalmente. Como a História e outros países demonstram, o mínimo existencial absoluto pode ser fixado em um patamar extremamente baixo. Sobre a Constituição alemã o que importa é o mínimo existencial relativo, ou seja, aquilo que sob as condições de cada momento na República Federal da Alemanha seja considerado mínimo existencial (ALEXY, 2008, p. 427-428).

Assim, como enfatiza Patryck de Araújo Ayala (AYALA, 2011, p. 29-64) é importante demonstrar a relação entre a noção de mínimo existencial ecológico e o princípio de proibição de retrocesso ambiental. Entretanto, o mínimo existencial e a proibição de retrocesso não significam obstáculos intransponíveis às liberdades econômicas, que, de alguma forma, gerem diminuição na qualidade de vida.

Note-se que ao contrário do que se possa imaginar, mínimo existencial e proibição de retrocesso não implica proibição absoluta de perda de qualidade de vida. Ou em outras palavras, é possível que da ação pública resulte referida perda. Em determinadas condições, admitidas alternativas compensatórias, esta perda pode ser admitida e considerada compatível com os princípios analisados, cujo conteúdo expõe, em última análise, não mais do que uma vedação do excesso e do arbítrio, sob uma perspectiva diferenciada.

Desta forma, a função destes princípios é nortear as ações humanas, sejam elas, públicas ou privadas, para que tenham coerência com um mínimo existencial compatível com o projeto de uma República, denominada pelo professor Patryck de Araújo Ayala, de ecologicamente sensível (AYALA, 2011).

Assim, os operadores do direito devem, sempre observando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, e “[...] pautar suas decisões privilegiando o

mínimo vital em detrimento da reserva do possível [...]” (THEODORO, 2009, p. 121), o que é, sinteticamente, explicado ao dizer que:

[...] dispõe que o juiz, ou mesmo o Poder Público, não pode efetivar ou desenvolver direitos, sem que existam meios materiais para tanto. A aferição desta disponibilidade é feita em face do orçamento. Justifica-se que a concessão de determinadas prestações, ou seja, a realização de determinados direitos, pode implicar a inviabilização da consecução de outros (THEODORO, 2009, p. 119).

Neste sentido, entendendo os princípios da razoabilidade, da ponderação, da proporcionalidade, da precaução e do *in dubio pro ambiente*, como ferramentas de exegese jurídica para dirimir conflitos decorrentes da colisão do direito ao meio ambiente com outros direitos fundamentais, na busca de garantir o mínimo existencial, comenta o professor José Rubens Morato Leite:

Percebe-se que os princípios da razoabilidade, da ponderação, da proporcionalidade e da precaução são o início e o fim da Hermenêutica Jurídica Ambiental, na medida em que o princípio da precaução tem natureza material e instrumental, manifestando-se, ainda, em *in dubio pro ambiente*, que não é absoluto. É um ás na manga do intérprete ecológico, pois na medida em que este se vê impossibilitado de usar outros instrumentos hermenêuticos, utilizará o princípio *in dubio pro ambiente* como forma de garantir o mínimo existencial ecológico, especialmente na colisão do direito ao meio ambiente com outros direitos fundamentais (LEITE, 2010, p. 1).

Portanto, a cláusula da reserva do possível, isto é, da possibilidade ou impossibilidade financeira do Estado prover os direitos socioambientais, não pode ser colocado como barreira à realização do núcleo mínimo dos direitos sociais, denominado de mínimo existencial social, bem como, do mínimo existencial ecológico (FENSTERSEIFER, 2008).

Desta maneira, assim como o direito à saúde, à educação, e a outros direitos fundamentais, o direito ao meio ambiente passa a integrar o mínimo existencial. Assim, a tese da reserva do possível não pode ser uma fórmula absoluta e genérica para justificar a omissão do Poder Público no cumprimento do mínimo existencial, preterindo-o na alocação dos recursos orçamentários, sem comprovação da falta destes:

Porém é preciso ressaltar a hipótese de que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois eles, dentro do que é possível, estão de acordo com a CF/1988, não havendo omissão injustificável. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais [...] (FIORILLO, 2011, p. 184-185).

De igual forma tem apontado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração) (BRASIL, 2004).

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já afirmou não haver oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial:

Ementa

Administrativo – controle judicial de políticas públicas – possibilidade em casos excepcionais – direito à saúde – fornecimento de medicamentos – manifesta necessidade – obrigação do poder público – ausência de violação do princípio da separação dos poderes – não oponibilidade da *reserva do possível* ao *mínimo existencial* (BRASIL, 2010).

Destarte, delimitado que o direito ao meio ambiente compõe o mínimo existencial, é importante frisar que, embora este direito não esteja disposto no Título II da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais, este também é considerado um direito fundamental, através da via interpretativa, justamente por ser essencial à sadia qualidade de vida, e, portanto, imprescindível à vida digna.

Entretanto, não há que confundir mínimo existencial com direitos fundamentais, uma vez que este é maior que aquele. Embora haja autores que sustentem a ideia de metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial (TORRES, 2003) esta concepção minimiza o caráter fundamental dos direitos sociais, e, portanto, do direito ao meio ambiente também. Neste sentido comenta Sidney Guerra e Lilian Márcia Balmant Emerique:

Tal posicionamento reduz o caráter fundamental dos direitos sociais fora do âmbito do mínimo existencial, extraindo sua plenitude colocando-os em patamares inferiores, mínimos de eficácia. O conjunto dos direitos sociais praticamente na sua integralidade forma o bloco constitucional dos direitos fundamentais e a identificação com níveis mínimos, em que pese à contribuição para buscar um nível de garantia mais adequado aos referidos direitos, acaba por menosprezar seu impacto deixando a cargo do Estado a cômoda condição de oferecer apenas o mínimo, ainda que este grau seja insatisfatório. Uma verdadeira ótica de implementação dos direitos sociais prestacionais não se coaduna com nivelamentos que excluem determinados direitos ou diminuem as dimensões dos mesmos, até porque esta postura acentua as desigualdades socioeconômicas (GUERRA; EMERIQUE, 2006, p. 390-391).

Assim, para Ana Paula de Barcellos (2002, p. 305), o mínimo existencial é o núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana, que se concretiza nos direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à Justiça. (BARCELOS, 2002, p. 305) Entretanto, deve-se tomar cuidado para não “[...] confundir a materialidade do princípio da dignidade da pessoa humana com o mínimo existencial, nem se pode reduzir o mínimo existencial ao direito de subsistir” (GUERRA; EMERIQUE, 2006, p. 390).

Desta forma, o texto constitucional brasileiro em vigência, sem sobra de dúvida, “[...] reconhece o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado como um direito fundamental impondo, sobretudo ao Poder Público, um elenco de tarefas, visando a concretização desse direito” (IRIGARAY, 2004, p. 82).

Neste sentido, é vital frisar o reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente, enquanto direito de terceira geração, em decisão pioneira, na última década do século passado, do Supremo Tribunal Federal, relatada pelo Ministro Celso de Mello:

Ementa

Recurso extraordinário - estação ecológica - reserva florestal na Serra do Mar - patrimônio nacional (cf, art. 225, par.4.)- limitação administrativa que afeta o conteúdo econômico do direito de propriedade - direito do proprietário a

indenização - dever estatal de ressarcir os prejuízos de ordem patrimonial sofridos pelo particular - re não conhecido
[...] Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de **um típico direito de terceira geração** (cf, art. 225, caput) (BRASIL, 1995, grifos nosso).

No mesmo sentido, é importante fazer referências às decisões pioneiras do Supremo Tribunal Federal brasileiro que reconhecem o meio ambiente como bem jurídico e direito fundamental:

A relevância das decisões está no fato de se ter definida a condição especial do meio ambiente como bem jurídico, e em saber qual é o significado do direito fundamental protegido pela Constituição.
Conquanto o julgamento do RE 134297-8/SP tenha inaugurado a afirmação constitucional do direito fundamental ao meio ambiente, o desenvolvimento do seu significado diferenciado somente foi realizado no julgamento do MS 22.164/DF, no qual, pela primeira vez, o STF reconheceria expressamente características essenciais do bem ambiental, tal como proposto pela Constituição brasileira [...] (AYALA, 2007, p. 371).

Assim, ao tratar o direito ao meio ambiente como uma *res commune omnium* (coisa comum a todos), e essencial a sadia qualidade de vida, a consequência lógica é a “[...] identificação do direito ao ambiente como um direito humano fundamental, conjugada com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana [...]” (ANTUNES, 2009, p. 17). Portanto, a proteção ambiental, em todos os seus elementos essenciais, tanto à vida humana, quanto à manutenção do equilíbrio ecológico, “[...] visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana” (SILVA, 2009, p. 58). Assim, o direito ao meio ambiente no Brasil possui uma dupla fundamentalidade, na medida em que é evidente sua fundamentalidade formal, ante o trato da matéria no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, bem como sua fundamentalidade material (TRENNEPOHL, 2012).

De igual forma aborda a doutrina lusitana, conforme se verifica a argumentação que liga a proteção ecológica à dignidade humana (SILVA, 2000, p. 17):

Ao fazer radicar a protecção da ecologia na dignidade da pessoa humana, mediante a consagração de direitos fundamentais, é devidamente reconhecida a dimensão ético-jurídica das questões ambientais. Mas, simultaneamente, tal opção implica ainda o afastamento de visões ambientalistas ‘totalitárias’, viradas para a protecção maximalista do ambiente mesmo à custa do sacrifício de outros direitos fundamentais. [...] A realização do Estado de Direito Ambiental vai

obrigar à conciliação dos direitos fundamentais em matéria de ambiente com as demais posições jurídicas subjectivas constitucionalmente fundadas, quer se trate de direitos de primeira geração, como a liberdade e a propriedade, quer se trate de direitos fundamentais da segunda geração, como os direitos económicos e sociais [...].

Em consonância com a doutrina brasileira, Vasco Pereira da Silva também relaciona os direitos fundamentais ao meio ambiente, ao afirmar que “[...] verdes são também os direitos do Homem” (SILVA, 2000, p. 22):

Do que fica dito se pode concluir que o recurso ao direito fundamental ao ambiente e a utilização da técnica da relação jurídica (bilateral e multilateral) permitem-nos enquadrar todo o universo das ligações jurídicas neste domínio, as quais podem ser estabelecidas apenas entre sujeitos privado, apenas entre sujeitos públicos, entre um sujeito público e um sujeito privado, ou ainda entre múltiplos sujeitos privados e públicos. Assim, verdes são também os direitos do Homem, pois eles constituem o fundamento de uma protecção adequada e completa do ambiente, respondendo aos ‘novos desafios’ colocados pelas modernas sociedades, sempre em busca da realização da dignidade da pessoa humana (SILVA, 2000, p. 22).

Ainda na doutrina portuguesa, José Joaquim Gomes Canotilho reconhece o direito ao ambiente como um direito subjectivo fundamental:

Esta definição permitirá, sem mais delongas, defender que o direito ao ambiente será um direito subjectivo nos ordenamentos constitucionais da Espanha e de Portugal [...] qual a natureza desse direito subjectivo? Pela localização sistemática do direito ao ambiente na Constituição Portuguesa, ele é um direito subjectivo do tipo dos direitos económicos, sociais e culturais (CANOTILHO, 2008, p. 184-185).

Por fim, a doutrina alemã segue o mesmo caminho, ou melhor, vai mais além, pois entende que o “[...] direito fundamental ao meio ambiente corresponde mais àquilo que acima se denominou de direito fundamental completo” (ALEXY, 2008, p. 443). Isto significa que “[...] ele é formado por um feixe de posições de espécies bastante distintas” (ALEXY, 2008, p. 443) Assim, o direito fundamental completo é “[...] um feixe de posições definitivas e *prima facie*, relacionadas entre si por meio das três formas apresentadas e que são atribuídas a uma disposição de direito fundamental” (ALEXY, 2008, p. 252).

Desta maneira, é possível verificar que o Art. 225 da Constituição brasileira liga, diretamente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao princípio da

dignidade da pessoa humana, enquanto princípio da República Federativa do Brasil, disposto no Art. 1º, III, bem como ao direito fundamental à saúde, conforme Art. 6º, ambos da CF/88. Assim, somando-se a este feixe de direitos, se verificam, no dispositivo constitucional que trata do meio ambiente, todos os direitos elencados por Robert Alexy, tais como os direitos a defesa, a proteção, a procedimentos e a prestação fática, entre outros.

Assim, como pode ser verificado, grande parte do direito ocidental, inclusive o brasileiro, entre meados do século passado e início deste, passaram por processos de esverdeamento de suas Constituições, alterando os paradigmas jurídicos a fim de adaptá-los às necessidades socioambientais que se tornaram premente na mudança do século e do milênio. Portanto, pensar o esverdeamento do texto constitucional deve ser no sentido de considerá-lo como um necessário ponto de mutação no pensamento jurídico, capaz de refletir efeitos diretos nas práticas sociopolíticas correlatas ao aspecto ecológico da vida (CAPRA, 2006).

Destarte, fica patente que, neste processo de esverdeamento, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no texto constitucional pátrio, é um direito fundamental completo, considerado na esfera internacional como um direito humano, e de natureza difusa, que a todos pertence e por todos pode ser usado nos limites constitucionais.

Conclusão

Diante do exposto, ficou patente a importância da evolução da temática ambiental no ordenamento jurídico de *res nullius* (coisa de ninguém) a *comune omnium* (coisa de todos), tendo em vista a necessidade de viver-se em um meio ambiente ecologicamente correto para o ser humano. Uma vez que, no direito primitivo, a matéria ambiental não possuía relevância, logo, o ser humano, de forma individual, podia se apropriar do meio ambiente para utilizá-lo como bem fosse, inclusive o destruindo, trazendo inúmeros prejuízos a sociedade. Porém, com a evolução humana tal status ambiental foi perdendo espaço e, assim, surgindo uma nova condição sobre meio ambiente no ordenamento jurídico.

A partir dessa nova posição do bem ambiental, começou-se a debater a forma dessa esfera no âmbito jurídico. Assim, têm-se o direito ambiental como direito fundamental. Nesse sentido, a partir dessa perspectiva de direito fundamental que pertence a todos, sejam nacionais ou estrangeiros, chega-se à conclusão da importância do meio ambiente ecologicamente equilibrado na sociedade atual, uma vez que se trata de um bem de todos, fundamental para a subsistência humana.

Destarte, é possível concluir que o meio ambiente tem natureza jurídica de direito difuso, isto é, transindividuais, de natureza indivisível, em que seus titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, que é a necessidade do equilíbrio ambiental para a sadia qualidade de vida. Ou seja, o texto constitucional vigente dispõe o meio ambiente como um direito fundamental completo, que a todos pertence.

Referências

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTUNES, P. de B. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AYALA, P. de A. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental no Brasil. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

AYALA, P. de A. **Riscos biotecnológicos e o princípio constitucional da imparcialidade no Direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

AYALA, P. de A.; FERREIRA, H. S.; FERREIRA, M. L. P. C. Mudanças climáticas e biodiversidade: a vulnerabilidade da floresta Amazônica em face da crescente demanda por etanol. **Revista Internacional Direito e Cidadania**, n. 10, p. 29-64, jun./set. 2011.

BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BENJAMIN, Antonio Herman. **A Natureza no Direito Brasileiro**: coisa, sujeito ou nada disso. Brasília, DF: BDJur, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial 1136549/RS. Rel. Min. Humberto Martins, julgamento em 08-06-2010. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29-04-2004. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 134297-8/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-06-95, Plenário. **Diário da Justiça da União**, Brasília, DF, 1995.

CANOTILHO, J. J. G. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

CAPRA, F. **O Ponto de Mutação**. São Paulo: Cultrix, 2006.

FENSTERSEIFER, T. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FIORILLO, C. A. P. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUERRA, S.; EMERIQUE, L. M. B. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, n. 9, p. 390-391, dez. 2006.

IRIGARAY, C. T. J. H. Aspectos constitucionais da proteção de unidades de conservação. In: FIGUEIREDO, G. J. P. (Org.). **Direito Ambiental em Debate**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LEITE, J. R. M. (Org.). **Peça na ADIN nº 4252-1 como amicus curiae**. Florianópolis: UFSC, 2010. Disponível em: http://www.gpda.ufsc.br/wp-content/uploads/2010/06/ADIN_4252-1.pdf. Acesso em: 28 out. 2011.

SÁ JUNIOR, Luis Salvador de Miranda. Desconstruindo a definição de saúde. **Jornal do Conselho Federal de Medicina (CFM)**, jul./set. 2004;

SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS ecológico. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 10, nº 38, abr./jun. 2005.

SILVA, V. P. da. **Verdes são também os direitos do homem**: responsabilidade administrativa em matéria ambiental. Lisboa: Principia, 2000.

SILVA, J. A. da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

THEODORO, M. A. **Direitos fundamentais & sua concretização**. Curitiba: Juruá, 2009.

TORRES, R. L. Metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SALET, I. W. **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TRENNEPOHL, T. D. A proteção do meio ambiente na Constituição Federal. In: MARTINS, I. G. da S.; MENDES, G. F.; NASCIMENTO, C. V. do (Coords.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Crise constitucional e neoconstitucionalismo: o tempo enquanto direito fundamental reflexo

Guilherme Vaz Cabral*
Daniela Vanila Trigo Nakalski**

Introdução

As transformações das instituições, dos comportamentos e das relações, exigem do Direito reatividade. É da compreensão das ciências jurídicas enquanto fenômeno vivo, em oposição à concepção do ordenamento como algo estático e imutável, que se extrai a necessidade de adequar a normatividade às novas demandas da realidade, porquanto o Direito não é um fim em si, mas um instrumento de pacificação social. Dessa forma, torna-se crucial questionar se o Direito serve adequadamente à sociedade em sua atual organização ou se continua a operar com base em uma realidade ultrapassada, percebida apenas em termos históricos. O objetivo deste estudo é atender a essa necessidade, analisando as demandas emergentes das populações em relação ao constitucionalismo e aos direitos fundamentais estabelecidos, e, particularmente, examinando a relação entre tempo e Direito nas sociedades capitalistas produtivistas.

Crise Constitucional e neoconstitucionalismo: reconhecimento de novos direitos fundamentais

No domingo, dia 4 de setembro de 2022, a população chilena votou por rejeitar o projeto da nova Constituição. A Carta substituiria aquela aprovada durante o regime militar de Augusto Pinochet, ora vigente. O referendo, que culminou no *rechazo* da proposta, é produto das reivindicações populares que começaram a tomar forma em outubro de 2019.

Ainda em 2020, em plebiscito, mais de 78% do eleitorado chileno votou a favor da elaboração de uma nova Constituição, e quase tão expressivo quanto o percentual que

* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA) e integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional e Propriedade Intelectual (DIRCONPI).

E-mail: guilhermecabral.aluno@unipampa.edu.br

** Professora Associada III da Universidade Federal do Pampa e Coordenadora do grupo de pesquisa em Direito Constitucional e Propriedade Intelectual – DIRCONPI.

E-mail: danielanakalski@unipampa.edu.br

reconheceu a necessidade de um novo texto, foi o que repeliu o proposto pela Assembleia Constituinte: 62% dos votantes (DEUTSCHE WELLE, 2020).

O movimento no Chile escancara uma crise de abrangência e impacto global: a do constitucionalismo no século XXI. As Constituições, enquanto fenômenos sociais (SANTOS, 2022), deveriam refletir os valores das sociedades que constituem os Estados. Ocorre que, dentre outras, em razão das revoluções tecnológicas que acompanharam a globalização, a autoidentidade dos povos passou por diversas transformações ao longo do tempo, modificando ou substituindo princípios civilizatórios outrora consagrados (SILVA, 2010).

Não que essas mudanças na forma com que as sociedades se identificam e percebem o mundo não ocorressem antes, mas se tornaram ainda mais frequentes e profundas quanto maior o intercâmbio de diferentes culturas e ideias. O resultado disso é uma dissonância entre o que a Constituição dispõe e o que dela é esperado; assim, propostas de novas cartas constitucionais ou de revisão do texto vigente passam a ser mais frequentemente suscitadas, como consequência da demanda popular por verossimilhança.

Ainda no bojo da América Latina, o presidente do Peru, Pedro Castillo, no dia 25 de abril deste ano, enviou ao Congresso um projeto de referendo para a criação de uma nova Constituição. O Parlamento peruano, em 6 de maio de 2022, por onze votos a seis¹, decidiu rejeitar a proposta, mantendo *sine die* a Carta de 1993, promulgada ainda durante o governo ditatorial de Alberto Fujimori.

Fenômeno similar pode ser observado em todo o mundo, com maior ou menor intensidade; entre os dias 17 e 18 de março de 2021, na Tailândia, cerca de 58%² da população votou pela elaboração de uma nova Constituição (a atual é de 2017) - e no Japão, em pesquisa realizada pelo periódico *Asahi Shimbun*, entre o início de março e meados de abril de 2019, 45%³ dos entrevistados apoiavam que a Constituição de 1947 fosse revista pela primeira vez.

As Constituições representam, ao mesmo tempo, começo e fim, porque anunciam o surgimento de um Estado ao passo que encerram a dinâmica social preexistente a ele.

¹ Peruvian Congress rejects president's bill to change constitution. *Reuters*, 2022. Disponível em: <https://www.reuters.com/world/americas/peruvian-congress-rejects-presidents-bill-change-constitution-2022-05-06/>. Acesso em: 30 out. 2022.

² People want new constitution: Nida poll. *The Nation*, 2021. Disponível em: <https://www.nationthailand.com/in-focus/30403953>. Acesso em: 31 out. 2022.

³ ISOBE, Yoshitaka. *Survey: Voters evenly split on need for revising the Constitution*. [S.l.]: The Asahi Shimbun, 2021. Disponível em: <https://www.asahi.com/ajw/articles/14342228>. Acesso em: 31 out. 2022.

Não pode, portanto, um Estado, sob o risco de estar cometendo suicídio institucional, pretender pôr fim à Constituição que o inaugurou em benefício d'outra nova. É por este texto que se disciplina o poder estatal (MARTINS, 2022), razão pela qual é apenas lógico que, por seus próprios termos, resista às propostas de revisão ou substituição (PISKE, 2007). Como ficou demonstrado nos parágrafos anteriores, é o que se vê na prática.

Por sorte, a prática nos presenteou com novos meios de lidar com a rigidez da Constituição, sem que seja necessário sacrificar a plasticidade normativa, tão cara à percepção do Direito enquanto fenômeno vivo e responsivo às demandas sociais. Trata-se da via informal de modificação, também chamada “mutação constitucional”, por meio da qual se operam alterações no sentido e no alcance das normas, sem que para isso haja edição do texto (BARROSO, 2009).

Como já alertava o professor Miguel Reale (2010), contudo, referido meio não é sem limitações, devendo subordinar-se à “hermenêutica autêntica” quando da adequação aos novos fatos e valores. Vê-se que a realidade contextual à prática jurídica, dessa forma, influi sobremaneira na interpretação da norma constitucional (MEDINA, 2002).

A ascensão do neoconstitucionalismo, dentre outras, abala, sem possibilidades de retorno, as barreiras erguidas para dividir o Direito constitucional das demais áreas (BARROSO, 2005). Assim, põe-se em curso o fenômeno de constitucionalização dos diversos ramos do Direito, partindo do pressuposto de que as desigualdades não se situam apenas na relação entre o Estado e o particular, conferindo eficácia aos direitos fundamentais também nas relações privadas (ALVES, 2012).

Hodiernamente, também tem sido praxe a integração das normas jurídicas (em especial, mas não exclusivamente, nas hipóteses de omissão) com o fim de manter a coerência do sistema normativo – ao que é dado o nome, “diálogo das fontes” – tendo sempre a Constituição como chave hermenêutica.

Assim, na intersecção dos fenômenos descritos, deflagra-se o seguinte diagnóstico: o direito constitucional esmaece enquanto disciplina isolada para dar forma aos demais ramos, incidindo igualmente sobre todas as áreas que, mais e mais, se aproximam e dialogam entre si.

Reforça-se, pois, a tese de unicidade do Direito, pela qual se julga imprescindível o exame do conjunto normativo como um todo, uno, para a compreensão da parte em solitário (que não existe senão como divisão meramente didática). Esse todo, interpreta-se em atenta observância à realidade que o circunda, com o fim de efetivar os direitos fundamentais no exercício de toda e qualquer relação jurídica.

É dentro desse contexto que se pretende defender a possibilidade de reconhecermos novos direitos fundamentais que, embora não expressamente nominados pela Constituição, existem enquanto pressupostos lógicos de validade do sistema, e coadunam a intenção do legislador originário de tutelar determinados bens jurídicos, como o tempo.

O tempo enquanto direito fundamental reflexo

Em que pese a natureza eminentemente prática do Direito, este não prescinde da reflexão crítica sobre seus conceitos, sob pena de cair no mais raso tecnicismo. A linguagem, pois, é a primeira investida do intérprete no conteúdo da norma. Ao abordar a natureza jurídica do tempo humano, torna-se essencial conceituar o que se entende por “tempo”.

O filósofo italiano Nicola Abbagnano, em sua obra “Dicionário de Filosofia” (2007), traça um panorama histórico dos conceitos de tempo, vejamos:

TEMPO (gr. *xpóvoç*; lat. *Tempus*; in. *Time*. fr. *Temps*; ai. *Zeit*; it. *Tempo*). Podemos distinguir três concepções fundamentais: 1ª o T. como ordem mensurável do movimento; 2ª o T. como movimento intuído; **3ª o T. como estrutura de possibilidades**. À primeira concepção vinculam-se, na antiguidade, o conceito cíclico do mundo e da vida do homem (metempsicose) e, na época moderna, o conceito científico de tempo. À segunda concepção vincula-se o conceito de consciência, com a qual o T. é identificado. **A terceira concepção, derivada da filosofia existencialista, apresenta algumas inovações na análise do conceito de tempo** (g.n.).

Em especial, importa à ciência jurídica a concepção de tempo como estrutura de possibilidades, como proposta por Heidegger em sua obra “Ser e o Tempo”. Sobre esta, Abbagnano (2007) elucidam-nos:

A primeira característica dessa concepção é o **primado do futuro** na interpretação do tempo; as duas concepções anteriores fundam-se no primado do presente [...] Heidegger, ao contrário, interpretou o T. em termos de **possibilidade** ou de **projeção: o T. é originariamente o porvir** (*Zukunft*); mais precisamente: **quando o T. é autêntico (originário e próprio da existência), é “o porvir do ente para si mesmo na manutenção da possibilidade característica como tal”**. “Porvir não significa um agora, que, ainda não tendo se tornado atual, algum dia o será, mas **o advento em que o ser-á vem a si em seu poder-ser mais próprio**. É a antecipação que torna o ser-á propriamente porvindouro, de sorte que a própria antecipação só é possível porque o ser-á, enquanto ente, sempre já vem a si” (*Sein und Zeit*, § 65) (g.n.).

Superada a controvérsia conceitual, insta enfrentar a questão da justificativa do trabalho, porquanto nenhum pesquisador está isento de demonstrar a relevância do seu objeto de estudo para a ciência.

É fato que diferentes culturas entendem que seja tempo de formas distintas, a depender, dentre outros, de seu modo de produção e do ambiente em que vivem (KOHL *apud* CARDOSO, 2015). Sob a égide do capitalismo, alçamos o produtivismo a valor social supremo, e tratamos o tempo como mercadoria a ser negociada (inoportuna a problematização do fenômeno, embora devida).

Colocamos o relógio a serviço do capital de tal modo que nos escravizamos, e, hoje em dia, nosso tempo é tão escasso que o temos de racionar cuidadosamente para que possamos ver alguns poucos parentes e amigos, ao menos em certas ocasiões especiais do ano. É flagrante na modernidade que nem mesmo os pais têm tempo para passar com os filhos, restando a estes a companhia de dispositivos como celulares e computadores para satisfazerem suas necessidades mais básicas de afeto (MAGESK, 2016). Neste contexto, resta evidente a necessidade de cuidarmos e protegermos com afinco o tempo de que dispomos, como bem jurídico essencial à vida digna, sem o qual não podemos efetivar nenhum direito sequer.

Na seara do direito consumerista, resta mais ou menos consolidada a teoria do desvio dos recursos produtivos do consumidor, como proposta pelo professor Marcos Dessaune, que vê no tempo vital um bem econômico escasso e inacumulável, sendo concomitantemente objeto do direito à vida e atributo da personalidade (DESSAUNE, 2019).

Assim, reputa abusiva qualquer lesão imposta ao tempo do consumidor, sendo devida indenização por dano de gênero extrapatrimonial de espécie existencial. Entende-se por “dano existencial” o cerceamento, o impedimento ou a modificação, seja do projeto de vida, seja dos relacionamentos sociais da vítima (BUARQUE, 2019).

Não há muito tempo, aliás, a Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas, por força da Lei n. 5.867/22, reconheceu o tempo vital como sendo bem de valor jurídico (ainda que somente nas relações de consumo) “[...] necessário para albergar a vida, a liberdade, a existência e outros direitos necessários à qualidade de vida digna e ao desenvolvimento sadio da personalidade” (AMAZONAS, 2022).

Em se tratando de outros ramos do Direito, contudo, o prognóstico é menos otimista. Em que pese ser timidamente acolhida por analogia no direito obreiro e administrativo, em 25 de outubro de 2022, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial nº 2.017.194, decidiu que a teoria do desvio produtivo não se aplica aos

casos regidos pelo Código Civil, mas tão somente pelo Código de Defesa do Consumidor.

A decisão foi referendada pelo próprio Dessaune (VITAL, 2022), sob o argumento de que a existência de assimetria de forças entre as partes seria pressuposto de aplicação da tese, sendo que as relações regidas pelo CC, “entre iguais”, não fariam jus à proteção.

Ocorre que tal interpretação restritiva do tempo enquanto direito resulta em grave prejuízo para os jurisdicionados. *Data maxima venia*, a postura assumida implica em um retorno para o *statu quo* ante da constitucionalização das relações civis, ao assumir que a paridade é inerente aos contratos entre particulares.

Há-se, na realidade, por força do art. 421-A do diploma civil, presunção *iuris tantum* de paridade, se não, vejamos: “Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção [...]” (BRASIL, 2002). Seria o caso de, ao menos, excetuar da exclusão as relações contratuais notadamente desiguais, ainda que civis.

Também é o caso de problematizar a exigência de assimetria entre as partes para que se reconheça a natureza de bem jurídico tutelado. O tempo vital, pois, é a moeda de troca da realidade, sendo que nada é possível ser feito sem que para tanto o interessado dispenda tempo. Independentemente de haver desigualdades entre os envolvidos, todos têm o direito de ter seu tempo vital respeitado e valorizado, já que é uma questão intrinsecamente relacionada à dignidade humana e ao exercício pleno dos direitos fundamentais.

Dos direitos fundamentais constantes do rol dos arts. 5º e 6º da Constituição Federal, nenhum prescinde de tempo para subsumir. O direito ao lazer, à educação, à saúde, ao trabalho, dentre outros, pressupõem que o agente goze do tempo hábil correspondente. Se analisamos, *verbi gratia*, o direito fundamental à razoável duração do processo, bem como seus desdobramentos, fica patente a intenção do legislador de salvaguardar o tempo vital das partes dentro da relação processual. Ocorre que não se reputa lógico limitar o entendimento do tempo como sendo valor digno de proteção jurídica somente quando endoprocessual, mesmo porque o tempo extraprocessual não é menos produtivo do que o tempo do processo, mas o contrário.

É nesse sentido que se estrutura o argumento de que o tempo é pressuposto lógico para efetivação de todo e qualquer direito positivado, sem o qual este esvaziar-se-ia de qualquer eficácia. Embora não esteja expressamente mencionado na Constituição, é derivado e consequente dos direitos fundamentais já estabelecidos. Como direito

reflexo, tem como base os princípios e valores subjacentes aos direitos fundamentais, como a dignidade humana, a igualdade e a liberdade. Reconhecendo que pode haver dano causado mesmo em relações entre partes iguais, bastaria verificar se estão presentes os demais requisitos da responsabilidade civil para falar em dever de indenizar.

Considerações finais

Assim sendo, tecemos algumas considerações finais: *a.* em virtude de confluírem o direito civil e o direito constitucional, zelando pelo primado dos direitos fundamentais garantidos pela CF/88 mesmo nas relações entre particulares; *b.* em razão de a realidade e das necessidades sociais percebidas influírem na interpretação das normas jurídicas quando da análise do caso concreto, não sendo o julgamento alheio às circunstâncias; e *c.* em vista à unicidade do Direito, por força da teoria do diálogo das fontes, que aproxima os ramos [para fins meramente didáticos] compartimentados e explicita a intenção do legislador em resguardar certos interesses, ainda que não expressamente nominados no texto.

Compreende-se que é o caso de reconhecer a necessidade de resguardar o tempo na forma de direito fundamental conexo, vez que é indispensável ao exercício dos demais direitos fundamentais garantidos, para que incida de igual modo em todas as relações jurídicas constituídas, independente de simetria ou assimetria com relação às partes. Em especial quando se analisa a importância do tempo vital para a subsistência e manutenção de uma vida digna dentro de uma sociedade capitalista voltada para a produção e o consumo.

Referências

ABBAGNANO, N. **Dicionário de Filosofia**. 5. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

ALVES, C. P. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. [S. l.]: Observatório do Governo Eletrônico, 2012. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/efic%C3%A1cia-horizontal-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 31 out. 2022.

AMAZONAS. Lei n. 5.867, de 29 de abril de 2022. **Reconhece o tempo do consumidor como bem de valor jurídico**. Amazonas: Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas, 2022. Disponível em: <https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2022/11864/5867.pdf>. Acesso em: 31 out. 2022.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 31 out. 2022.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BUARQUE, E. O dano existencial como uma nova modalidade de dano não patrimonial: a necessidade da ampliação do princípio da função social da responsabilidade civil e a busca da reparação integral do dano à pessoa. **Revista IBERC**, v. 2, n. 2, p. 01-22, 2019. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/57/45>. Acesso em: 31 out. 2022.

CARDOSO, T. **Concepção de tempo em diferentes sociedades é tema de conferência da Intercontinental Academia**. [S. l.]: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/noticias/concepcao-de-tempo-em-diferentes-sociedades>. Acesso em: 31 out. 2022.

DESSAUNE, M. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama. **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 15-31, 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero1/volume17_numero1_15.pdf. Acesso em: 31 out. 2022.

DEUTSCHE WELLE. Não à Constituição é tragédia no Chile. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/n%C3%A3o-%C3%A0-nova-constitui%C3%A7%C3%A3o-%C3%A9-trag%C3%A9dia-pol%C3%ADtica-no-chile/a-63023724> Acesso em 31.out. 2022.

MAGESK, L. Celular e tablet não podem ser usados para substituir os pais. **Gazeta Online**, 2016. Disponível em: https://www.gazetaonline.com.br/bem_estar_e_saude/2016/06/celular-e-tablet-nao-podem-ser-usados-para-substituir-os-pais-1013949929.html. Acesso em: 31 out. 2022.

MARTINS, R. M. Neoconstitucionalismo. In: CAMPILONGO, C. F. et al. (Coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-2/neoconstitucionalismo>. Acesso em: 31 out. 2022.

MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. O fenômeno das mutações constitucionais. **Cadernos de Pós-Graduação**, Rio de Janeiro, ano VIII, n. 06, p. 88-114, 2002.

PISKE, O. **O inquietante fenômeno da mutação constitucional**. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2007. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2007/o-inquietante-fenomeno-da-mutacao-constitucional-parte-i-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 31 out. 2022.

REALE, M. **Miguel Reale e o Código Civil**. [S. l.]: Migalhas, 2010. 1 vídeo (14 min.). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VLUU8V0cp10>. Acesso em: 31 out. 2022.

SANTOS, B. H. **Crise constitucional**: uma análise teórica. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2022. Disponível em:

<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/77034/BARBARA%20HELOISA%20SANTOS.pdf>.
Acesso em: 31 out. 2022.

SILVA, C. R. V. A Influência da Globalização nas Manifestações Culturais e o Diálogo Intercultural como uma Genuína Alternativa de Respeito à Diversidade e ao Multiculturalismo. **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, Belo Horizonte, v. 2, n. 9, p. 19-35, 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27209.pdf>. Acesso em: 31 out. 2022.

VITAL, D. Teoria do desvio produtivo não se aplica a caso regido pelo Código Civil, diz STJ. **Consultor Jurídico**, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-27/desvio-produtivo-nao-aplica-demora-inventario>. Acesso em: 31 out. 2022.

A proteção da cultura como direito fundamental sob a perspectiva da propriedade intelectual

Carmela Marcuzzo do Canto Cavalheiro*

Isabella Esteves Fagundes**

Lyncoln Daniel Oliveira Artiaga***

Introdução

O tema da propriedade intelectual (PI) se encontra na maior parte das vezes relacionado ao comércio. São mensuráveis os danos que violações à PI podem causar em empresas, ou até mesmo em Estados, pois muitas marcas estão associadas a países no imaginário de nacionais e estrangeiros. Em uma concepção mais ampla, inclusive países se projetam para a sociedade internacional como *nation brand*, na chamada em português, a “marca país” ou “imagem país”. O *nation brand* é utilizado como maneira de atrair investimentos, confiança em relações exteriores, comércio e outros valores que não podem ser mensurados unicamente no aspecto econômico *per se*.

O fato é que a PI costuma ser abordada na seara econômica, em uma perspectiva de um dano material ou moral. Todavia, a emergência dos direitos humanos (DH) e do meio ambiente dimensiona a PI e a soberania dos Estados a uma relativização a depender do caso concreto. Nesse sentido, deve haver uma relação entre DH, comércio internacional e PI na ideia de que Estados violadores possam sofrer sanções ao

* Doutora em Relações Internacionais pela Universidade de Leiden/Países Baixos (2017). Mestre em História Contemporânea da América Latina pela Universidade de Leiden (2004) e Graduada em Línguas e História da América Latina pela Universidade de Leiden (2003). Docente efetiva do curso de graduação de Direito da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA), campus Santana do Livramento-RS.

E-mail: carmelacavalheiro@unipampa.edu.br

** Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Pampa. Integrante do projeto de pesquisa de Direito Constitucional e Propriedade Intelectual (DIRCONPI). Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, Cidadania e Fraternidade (DICIFRA) e Monitora de Direito Constitucional II.

E-mail: isabellafagundes.aluno@unipampa.edu.br

*** Graduando em Direito pela Universidade Federal do Pampa - Campus Sant'Ana do Livramento Representante Discente na Comissão Local de Pesquisa - CLP. Integrante do Projeto de Pesquisa Direito Constitucional e Propriedade Intelectual (DIRCONPI) na área de Organismos Internacionais na Aplicação do Direito Internacional Público e a Propriedade Intelectual.

E-mail: lyncolnartiaga.aluno@unipampa.edu.br

desrespeitarem os DH. Por essa razão, a soberania é mitigada quando há violação a esses direitos.

Existem importantes julgamentos sobre DH e soberania no caso Ferrini, na Corte de Cassação da Itália e Corte Internacional de Justiça (CIJ). Em âmbito interno, o caso Changri-lá em 2021, no Supremo Tribunal Federal (STF) é um importante precedente. Embora não sejam objeto deste artigo, faz-se necessário observar a mudança de entendimento no Direito Internacional e nas relações internacionais quando se trata dos DH.

O respeito aos DH tem sido imposto como forma de sanção para Estados violadores, isto pode ocorrer no comércio, nos investimentos externos, no âmbito de organizações internacionais, entre outros. Nesse contexto, podem ser negociados acordos com previsão de medidas sancionatórias motivadas pela violação aos DH, como suspensão de ajuda financeira, embargos comerciais, a denúncia dos tratados, entre algumas das possíveis medidas.

O próprio preâmbulo do tratado que cria a Organização Mundial de Comércio (OMC) demonstra a preocupação com os DH. A cultura também é importante nesse cenário, sendo inerente a cada sociedade e objeto deste artigo. Entretanto, países em desenvolvimento atribuem uma importância diferenciada para a cultura na adoção de medidas de proteção. Nesse contexto, há um importante debate acerca de formas de manifestações culturais que devem ser protegidas, como o folclore, especialmente em Estados que vivenciam maiores adversidades materiais. Simultaneamente, discute-se que essa proteção não deva ser excessiva de modo a não afastar o estímulo à atividade cultural.

Aspectos históricos

Nas Américas também vale ressaltar que o tema da propriedade intelectual e direitos autorais, mesmo com outra nomenclatura, permeou as discussões em importantes fóruns internacionais. Na terceira Conferência Internacional Americana vários tópicos foram tratados, realizada entre 23 de julho a 27 de agosto de 1906, com a participação de dezenove países, exceto Venezuela, Haiti e Canadá, sendo que este último não havia sido convidado. O programa da conferência foi aprovado com diretivas sobre quatorze itens: Secretaria Internacional das Repúblicas Americanas, arbitramento, reclamações pecuniárias, dívidas públicas, codificação do Direito Internacional Público, naturalização, desenvolvimento das relações comerciais entre as repúblicas americanas, leis aduaneiras e consulares, privilégios e marcas de fábrica, política sanitária e quarentenas, estrada de ferro pan-americana, propriedade literária,

exercício de profissões liberais e futuras conferências (BUENO, 2003, p. 63). Conforme recorda Bueno (2003, p. 63), “[...] durante a conferência foram assinadas convenções sobre naturalização, reclamações pecuniárias, privilégios e marcas de fábrica, propriedade artística e literária e Direito Internacional Público e Privado”.

Também é importante mencionar a Convenção de Berna de 1886, ratificada pelo Brasil, por meio do Decreto n. 75.699, de 6 de maio de 1975, sobre as obras literárias e artísticas. A vigência de tratados internacionais corrobora para uma tentativa de harmonizar a legislação de países com sistemas jurídicos distintos. Nesse sentido, Estados que adotam o *civil law* possuem o entendimento acerca dos chamados "direitos morais" dos autores. Esses direitos teriam relação com a expressão da personalidade do autor. Seria o direito do autor usar a sua obra associada diretamente ao seu nome, de forma correta, sem falsificações e o direito de divulgação. Essa distinção supracitada esteve especificada na Convenção de Berna de 1971 (MATSUSHITA, 2015).

No entanto, países do *common law*, como os Estados Unidos classificam como direitos autorais sem maiores especificações. A pressão estadunidense levou a que fosse retirado o conceito de direitos, como consequência não fez parte do acordo dos TRIPs que encerrou a Rodada Uruguai e criou a Organização Mundial de Comércio (OMC) em 1994.

A relação entre PI, DH e comércio ocorre na medida em que a sociedade internacional considera que o respeito aos DH deve estar presente nas diferentes relações entre os Estados. A importância do respeito a esses direitos é verificada em tratados internacionais e também nos ordenamentos jurídicos internos por meio das Constituições. Mesmo em sistemas políticos instáveis como havia na Iugoslávia, é possível observar a relevância dos DH. A Constituição iugoslava de 1974 trazia em seu rol de direitos: o direito ao autogoverno e à atividade sociopolítica; direitos e liberdades individuais dos cidadãos e; direitos econômicos e sociais (ALVES, 2013, p. 77).

Não obstante a limitação na aplicabilidade desses direitos para um Estado em desenvolvimento como a Iugoslávia e, o fato de estarem codificados em seu ordenamento jurídico interno demonstra sua importância. O entendimento dos direitos fundamentais na PI demanda a compreensão da diferença entre o conceito de DH. Simultaneamente, a abrangência da Organização Mundial de Comércio (OMC) e a interpretação desses direitos inalienáveis deve ser analisada além dos temas da esfera política e econômica.

A Organização Mundial de Comércio (OMC)

Antes de observar a relevância da OMC, faz-se importante especificar diferenças conceituais entre os direitos fundamentais e os DH. Esses são os direitos da pessoa humana reconhecidos pelas normas de Direito Internacional em vigência. Nesse sentido, podem ser normas codificadas, costumes ou princípios do Direito Internacional. Os DH são codificados por meio de tratados internacionais, enquanto os direitos fundamentais estão previstos nas respectivas Constituições de seus Estados. As garantias estabelecidas pelos direitos fundamentais estão positivadas nos ordenamentos jurídicos internos. Os DH abarcam uma coletividade, independentemente de estarem positivados nos ordenamentos internos de cada Estado (OLIVEIRA; GOMES; SANTOS, 2015, p. 39).

Por esse motivo, os DH trazem uma dimensão universalista, enquanto os direitos fundamentais possuem um elemento interno e a proteção de bens como a cultura é assegurada constitucionalmente. Além de tratados internacionais como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC) que também corroboram para a proteção da cultura. A diferença entre DH e direitos fundamentais não significa que a cultura *per se* possa estar exclusivamente positivada somente em âmbito interno ou internacionalmente.

Ambos conceitos se tornam interdependentes no âmbito da OMC, pois a defesa da cultura está em consonância com o respeito aos DH. Nesse tema e em outros, a OMC tem um importante papel no multilateralismo, pois além do comércio, abrange uma série de temas fundamentais para estabelecer uma boa relação entre os Estados. Os mecanismos de solução pacífica de controvérsias internacionais estimulam a maior transparência e diálogo entre as partes.

No entanto, vale ressaltar que a OMC não integra o sistema da Organização das Nações Unidas (ONU) apesar de estabelecer uma comunicação com a ONU. Sob a perspectiva do Direito Internacional, possui personalidade jurídica internacional que lhe confere todas as prerrogativas, como celebração de tratados, contratação de funcionários, ingresso de novos membros, entre outras.

Um dos aspectos significativos a ressaltar é a sua importância para fomentar objetivos que ultrapassam o comércio. Como define Lafer, refiro-me à solução pacífica de controvérsias porque na concepção da OMC e também do GATT uma ideia importante era a relação positiva entre a paz e o comércio: o comércio como um caminho para refrear o impacto de preconceitos, promovendo uma interdependência

produtiva entre as Nações, de acordo com o ensinamento clássico de Montesquieu, Kant e Benjamin Constant (LAFER, 2015).

Na perspectiva de Montesquieu, o comércio entre as nações levaria à paz. Dois países que possuem relações comerciais se tornam dependentes de forma recíproca (ISIKSEL, 2015). Também vale observar que paz não significa ausência de guerras, mas uma interação entre os Estados por meios pacíficos. A possibilidade de debater temáticas como cultura, DH, direitos fundamentais e PI no contexto multilateral contribui para atenuar assimetrias entre os Estados.

A propriedade intelectual e o comércio

A relação entre propriedade intelectual (PI), comércio e cultura deve ser observada sob o âmbito das OIs e em conformidade com o ordenamento jurídico interno dos Estados. Na perspectiva da OMC, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio, em inglês *the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs Agreement)*, diferente de outros acordos negociados na Rodada Uruguai, não foi elaborado no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio em 1947, em sua sigla em inglês o GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*). O GATT não mencionava o tema da propriedade intelectual quando foi elaborado.

Nos antecedentes históricos, o primeiro vínculo entre PI e comércio ocorre nos Estados Unidos (EU). Após a Rodada de Tóquio em 1979, tornou-se visível a disparidade entre a lógica estadunidense em estabelecer elevados padrões de delimitação dos direitos de propriedade intelectual e a dificuldade em Estados em desenvolvimento para implementá-las. As tentativas coordenadas na Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU), não tiveram êxito almejado. A Rodada Uruguai foi o primeiro momento em que os direitos da propriedade intelectual estiveram na agenda conduzidos pelos EU. Outro fator importante é que a ligação entre PI e comércio se relaciona com os acordos internacionais sobre transferência de direitos da PI.

No entanto, os crimes relacionados com a propriedade intelectual podem ser observados sob uma perspectiva histórica e fizeram parte da realidade de vários países. No caso do Brasil, a biopirataria inglesa, no final do século XIX e início do século XX, levou mudas da *havea brasiliensis* (seringueira) no ciclo da borracha para suas colônias asiáticas. Em períodos de maior auge, o ciclo da borracha teve relevância na economia brasileira. Em 1901, a borracha chegou a representar 28% das exportações, posteriormente a participação foi menor, em 1912 era de 22% (BURNS, 2003).

Hodiernamente, há consenso que crimes como pirataria, contrafação e violação dos direitos da PI devem ser combatidos pela comunidade internacional, pois constituem uma barreira e entrave para o comércio internacional. Simultaneamente, o maior fluxo de contratos de transferência de tecnologia, o aumento dos investimentos externos diretos é fomentado pelo estabelecimento de padrões internacionais para a PI.

A grande complexidade das normas internacionais exige maior sofisticação das instituições de solução de controvérsias. Além da interdependência de temas afins a demanda de uma grande especialização por organismos internacionais que tenham a função julgadora como a OMC. A maior jurisdicionalização nas relações internacionais pela criação de organismos multilaterais na década de 1990, como o Tribunal Penal Internacional (TPI) demonstram a relevância de um melhor entendimento jurídico sobre essa temática.

Direitos Autorais e Cultura

Os Direitos Autorais e a Cultura necessitam ser analisados em consonância com a legislação interna, contudo, não se deve esquecer os tratados e acordos internacionais. A lei nº 9.610/98, referente aos direitos do autor, é reflexo direto de tratados internacionais, trazendo no seu escopo as obras asseguradas, definindo o autor, o funcionamento de direitos morais e patrimoniais, entre outros importantes pontos. Outrossim, não é admissível a inobservância à Convenção da União de Berna (CUB), interiorizado em nosso ordenamento por meio do Decreto 75.699 de 1975, na qual estabelece, as diretrizes de proteção das Obras Literárias e Artísticas, agindo como precursora dos direitos autorais para as nações no cenário global, devido a disparidade no cenário global, quanto a matéria.

Tendo em vista a produção cultural como algo dinâmico e que tem tido espaço no mercado global, há a conversão desta em matéria de proteção. Uma vez que, dados de pesquisas mostram a indústria do autor como parte significativa do PIB brasileiro, tendo o setor movimentado cerca de 3% do PIB, mediante dados apurados pelo IBGE, tendo como referência o Guia (SILVA *et al.*, 2010). Se fazendo necessário o entendimento da Cultura como algo além da vivência social de um povo, mas também como parte de seu patrimônio cultural. Logo, ao negligenciar a regulamentação dos direitos autorais o país sofre com a possibilidade de apropriação de terceiros, havendo prejuízos financeiros e simbólicos, visto a importância de uma identidade cultural para o povo como um todo. Entretanto, é importante observar as divergências sobre o tema.

A proteção da cultura e do folclore no Brasil

A cultura e o folclore brasileiro possuem uma relevância e riqueza imensurável, devido ao seu processo de estruturação singular, resultando em um conjunto de expressões étnicas que refletem as mais diversas influências que a nação sofreu. No entanto, a proteção de conhecimentos tradicionais e expressões do folclore sob o ponto de vista do ordenamento jurídico interno ainda são insuficientes. Além de estarem aquém do promovido pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), revelam escassez quanto à diversidade cultural de um país de gigantes proporções como o Brasil.

Houve escassez em aprofundar a dimensão jurídica para sua proteção. Como alude Patrícia Pereira Tedeschi (2009, p. 247), “[...] na legislação ordinária, ainda existe uma lacuna sobre a forma como as expressões culturais devem ser protegidas”. Em nossa legislação interna, existem apenas dois artigos (genéricos) da Constituição Federal direcionados às manifestações, patrimônios culturais e Sistema Nacional de Cultura, sendo eles os Art. 215, 216 e 216-A, respectivamente *in verbis*:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

[...]

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

[...]

Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais (BRASIL, 1988).

Situando-se a discussão principalmente no polo internacional, como a Convenção de Berna e a Comissão Intergovernamental da OMPI sobre a Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore (IGC).

Conforme mencionado pela OMPI, “[...] resolver todos os aspectos do problema é uma tarefa complexa e existem opiniões divergentes sobre as melhores maneiras de avançar, inclusive sobre a questão de saber se direitos do tipo propriedade intelectual

são apropriados para proteger formas tradicionais de inovação e criatividade” (OMPI, 2022, p. 03).

Todavia, no cenário internacional é fato que as negociações acerca de instrumentos jurídicos internacionais não conseguiram avançar o desejado em virtude de sua complexidade. Como analisa Patrícia Pereira Tedeschi (2009, p. 251),

A dificuldade para a proteção do conhecimento tradicional e do folclore pode ser resumida no binômio: como evitar a apropriação e uso indevido sem que a sociedade seja impedida de utilizar sua própria cultura.

Inexiste um detentor exclusivo da própria cultura, mas um grupo de pessoas interessadas e veiculadas a estas tradições. Segunda a OMPI, NI nº 3 (2016):

As legislações nacionais são atualmente o mecanismo principal para alcançar a proteção dos Conhecimentos Tradicionais e das Expressões Culturais Tradicionais. Concernente ao Estado, deve-se definir os objetos de proteção e a identificação da matéria a ser protegida, além da imposição de sanções e penalidades em caso de violação. A partir de uma forma mais criteriosa de definição, será possível alcançar a proteção da PI como exigido pela OMPI (OMPI, 2016, p. 02).

No Decreto Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, o conceito de patrimônio foi ampliado, transformando-se em Patrimônio Cultural Brasileiro. A alteração proporcionou a incorporação de referência cultural e a constatação dos bens passíveis de reconhecimento, principalmente aqueles com caráter imaterial. Segundo o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) a redefinição promovida pela Constituição ampliou o conceito de Cultura no Brasil. Além disso, o IPHAN é responsável por zelar pelo cumprimento dos marcos legais, consagrando o Patrimônio Cultural Brasileiro, bem como os Patrimônios da Humanidade, reconhecidos pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Sendo referência para países de passado colonial, obtendo ativa cooperação internacional.

Conclusão

A cultura como direito fundamental deve ser dimensionada de forma específica de acordo com cada Estado. Em países em desenvolvimento com uma realidade econômica, política e social mais complexa e com inúmeras demandas, a cultura é muita

das vezes uma forma de harmonização de seus nacionais para lidarem com situações tão desiguais. Não obstante a visão ampla promovida pelos organismos multilaterais como a OMPI, no caso de Estados em desenvolvimento são temas relacionados com contextos locais.

As diferentes realidades mostram que o folclore adquire menor importância e a desnecessidade de legislação em Estados desenvolvidos. O debate também encontra amparo na ideia de que não seria necessária uma proteção de PI para um tema que seria vinculado a um conhecimento tradicional. Na perspectiva de que não seria um conhecimento científico. A partir dessa linha de pensamento deveria estar elencado na categoria *sui generis* de proteção.

No caso do Brasil, a cultura como um importante direito fundamental e manifestada de forma regionalizada pelo país, deve ser objeto de atenção específica pelo legislador. A cultura brasileira também é conhecida internacionalmente como *nation brand* pela riqueza e diversidade que representa o país para a sociedade internacional. Nesse contexto, faz-se essencial o debate profícuo e melhor entendimento sobre sua multiplicidade de aspectos em consonância com a discussão multilateral proferida pela comunidade internacional.

Referências

ALVES, J. A. L. **Os novos Balcãs**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2013.

AMARAL JÚNIOR, A. do. **A solução de controvérsias na OMC**. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. Decreto nº 9.574, de 22 de novembro de 2018. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre gestão coletiva de direitos autorais e fonogramas, de que trata a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 nov. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9574.htm. Acesso em: 21 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 21 jan. 2023.

BRASIL. Decreto n 75.699, de 06 de maio de 1976. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 maio 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 21 jan. 2023.

BUENO, C. **Política externa da Primeira República: os anos de apogeu (1902 a 1918)**. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

BURNS, E. B. **A aliança não escrita: o Barão do Rio Branco e as relações Brasil-Estados Unidos.** Rio de Janeiro: EMC Ed., 2003.

CUNHA FILHO, F. H. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

ISIKSEL, T. The dream of commercial peace. VAN MIDDELAAR, L.; VAN PARIJS, P. (Orgs.). **After the storm: how to save democracy in Europe.** Tiel: Lannoo, 2015.

LAFER, C. **Direito internacional: um percurso no século XXI.** São Paulo: Atlas, 2015.

MATSUSHITA, M.; SCHOENBAUM, T. J.; MAVROIDIS, P. C.; HAHN, M. **The World Trade Organization: law, practice and policy.** Oxford: Oxford University Press, 2015.

OLIVEIRA, B. N.; GOMES, C. de M.; SANTOS, R. P. dos. **Os direitos fundamentais em Timor-Leste: teoria e prática.** Coimbra: Coimbra Editora S. A., 2015.

OMPI. **Conhecimentos tradicionais e propriedade intelectual.** Genebra, Suíça: Organização Mundial da Propriedade Intelectual, 2016. Disponível em: <https://tind.wipo.int/record/40464?ln=en>. Acesso em: 21 jan. 2023.

OMPI. **O desenvolvimento de uma estratégia nacional sobre a propriedade intelectual, os conhecimentos tradicionais e as expressões culturais tradicionais.** Genebra, Suíça: Organização Mundial da Propriedade Intelectual, 2016. Disponível em: <https://tind.wipo.int/record/40466>. Acesso em: 21 jan. 2023.

SILVA, A. B. O. E.; BUAINAIN, A. M.; MENDES, C. I. C.; CARVALHO, S. M. P. Importância econômica da indústria de direito do autor no Brasil. In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISA EM CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO, 11., 2010, Rio de Janeiro. **Anais...** [S. l: s. n.], 2010. Disponível em: <http://www.alice.cnptia.embrapa.br/alice/handle/doc/868137>. Acesso em: 21 jan. 2023.

TEDESCHI, P. A proteção dos conhecimentos tradicionais e expressões de folclore. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 184, p. 245-252, out./dez. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194959/000881717.pdf?sequence=3>. Acesso em: 21 jan. 2023.

TILIO, R. Reflexões acerca do conceito de cultura. **Revista eletrônica do Instituto de Humanidades**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 17, out./dez. 2008. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/reihm/article/view/213/502>. Acesso em: 21 jan. 2023.

Autonomia do juiz singular na manifestação “de ofício” quanto à inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo em processos judiciais

Daniela Vanila Trigo Nakalski*

Eduardo Junges Amaral Soares**

Introdução

Por controle de constitucionalidade entende-se o mecanismo de garantia da primazia da Constituição, servindo para verificar se os atos executivos, legislativos e jurisdicionais são compatíveis com a Constituição.

O controle de constitucionalidade pode ser classificado em concentrado e difuso. O primeiro tem sua origem na Europa e concentra o controle na suprema corte que julga, em regra, abstratamente, isto é, sem um caso concreto. Já o controle difuso é oriundo do sistema norte-americano, incorporado ao sistema brasileiro como uma ferramenta à disposição do juiz ou a qualquer tribunal judicial, do poder-dever de negar validade à lei que não for compatível com a Constituição.

O foco do artigo é o controle na forma difusa, no qual a atuação do juiz singular merece destaque, pois a ele compete o julgamento do processo comum de forma a evitar que uma norma inconstitucional seja aplicada à lide em questão.

O controle difuso destaca-se por assegurar a qualquer juiz ou tribunal a possibilidade de verificar, no caso concreto, a constitucionalidade ou não de uma lei ou ato normativo, logo, poderá ser declarada de ofício ou provocada pelas partes no processo.

* Professora Associada III do campus de Santana do Livramento da Universidade Federal do Pampa e Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

E-mail: danielanakalski@unipampa.edu.br

** Graduando em direito pela Universidade Federal do Pampa.

E-mail: eduardosoares.aluno@unipampa.edu.br

Tendo o magistrado o dever de zelar pela Constituição e promover um processo justo, surge o questionamento de qual seria o limite da sua atuação no controle de constitucionalidade no caso concreto.

Assim, o objetivo geral da pesquisa é entender como se dá a atuação *ex officio* do magistrado no controle de constitucionalidade difuso, partindo da compreensão de como ocorre o controle de constitucionalidade difuso brasileiro, para posterior análise do limite do poder oficioso do juiz singular em processos judiciais em curso resolver, incidentalmente, uma inconstitucionalidade.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, pois o estudo foi embasado na doutrina brasileira sobre o controle de constitucionalidade. Ademais, utilizou-se o método dedutivo de abordagem, pois partiu da premissa de que juiz frente a inconstitucionalidades não suscitadas pelas partes no processo judicial tem o dever funcional de declará-las.

Controle de constitucionalidade difuso no Brasil

O controle de constitucionalidade difuso se dá no processo comum, ou seja, o autor, ao apresentar a demanda, e o réu, ao contestá-la, “invocam leis ou atos normativos que sustentam suas posições, cuja validade depende de estarem em conformidade com a Constituição” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 478).

Assim, a solução de qualquer ação judicial pode exigir do juiz o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei. Essa é uma tarefa rotineira da atuação do juiz ou tribunal. Ao reconhecê-la, o juiz deve deixar de aplicar lei inconstitucional, atividade que é inerente ao seu poder jurisdicional.

A arguição de inconstitucionalidade no processo pode se dar pela parte, terceiros, Ministério Público ou aferida de ofício pelo juiz, devendo ser apreciada de forma incidental, ou seja, como questão prejudicial à solução do litígio entre as partes. É prejudicial a arguição de inconstitucionalidade no processo comum, pois só assim a questão principal poderá ser resolvida (BULOS, 2017).

Segundo Barroso (2019), o controle difuso busca o reconhecimento de um direito ou afastar um dever que está sendo afetado por conta da inconstitucionalidade, por isso é chamada de questão prejudicial, pois ela precisa ser resolvida primeiramente, para depois discutir o mérito.

Assim sendo, qualquer norma, seja ela lei federal; estadual; municipal, atos normativos (ainda que secundários), podem ser objeto de controle difuso de

constitucionalidade. Dada a ampla diversidade de objeto, o controle difuso é tarefa comum ao Poder Judiciário brasileiro, como explicam os autores:

Qualquer caso judicial pode obrigar o juiz de primeiro grau de jurisdição ou o tribunal, a partir de decisão da maioria absoluta dos membros do seu Plenário ou Órgão Especial, a deixar de aplicar determinada norma por considerá-la inconstitucional. Deixar de aplicar lei inconstitucional é inerente ao poder de decidir, ou seja, ao poder jurisdicional. Vale dizer que o controle incidental de constitucionalidade faz parte da tarefa cotidiana e rotineira dos juízes e tribunais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 470).

O juiz singular tem o poder-dever, ao entender a existência de uma inconstitucionalidade, de anular a aplicação dessa norma no caso concreto, isso é, o efeito da decisão é somente inter parte (não afetando a terceiros) e *ex tunc* (retroage até a publicação da lei ou ato).

Ao recorrer para o segundo grau, o órgão fracionado¹ poderá: a) rejeitar a arguição e o processo seguirá (assim o órgão fracionário pode declarar a constitucionalidade da lei ou ato normativo); b) acolher a arguição e submeter ao órgão pleno ou órgão especial (o órgão fracionado não desfruta do poder de declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo (exceto se o STF se pronunciou sobre o tema), pois são regidos pelo princípio da reserva de plenário, CF, art. 97.

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (BRASIL, 1988).

O órgão fracionário, ao acolher a arguição, deve submeter ao órgão pleno ou especial do tribunal que deverá decidir se existe ou não a inconstitucionalidade. Para compreender se o tribunal tem um órgão especial ou se tribunal pleno deverá julgar a questão é aplicado o art. 93, inciso XI da CF.

Nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais

¹ Por órgão fracionário, entende-se turmas, Câmaras ou Seções.

delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno (BRASIL, 1988).

A sessão do julgamento deve conter:

a) manifestação do agente público responsável pela edição da norma jurídica, desde que requerido nas condições de cada tribunal; b) A manifestação, por escrito, das partes legitimadas do art. 103 sobre a questão de inconstitucionalidade; c) O relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação do *amicus curiae*” (LENZA, 2022, p. 278).

Com a decisão dos órgãos, pleno ou especial, vincula o órgão fracionário que julgará a questão principal mantendo o que foi decidido em sede de controle de constitucionalidade. Seguindo a lógica de efeito do primeiro grau, a decisão do tribunal não é aplicada a terceiros, somente para as partes.

A parte vencida na questão de inconstitucionalidade poderá recorrer ao STF mediante Recurso Extraordinário (RE). Segundo o art. 9º, inciso terceiro do Regimento Interno do STF, a competência para julgar RE é das turmas (primeira ou segunda); mas poderá, segundo o art. 11, remeter ao plenário (as duas turmas juntas) nos casos:

I – Quando considerar relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo Plenário, e o Relator não lhe houver afetado o julgamento; II – quando, não obstante decidida pelo Plenário, a questão de inconstitucionalidade, algum Ministro propuser o seu reexame; III- quando algum Ministro propuser revisão da jurisprudência compendiada na Súmula (BRASIL, RISTF, 2022).

No art. 22, referente às competências do relator, existem mais hipóteses para levar a questão de inconstitucionalidade ao plenário do STF, são elas:

a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário; b) quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário (BRASIL, RISTF, 2022).

Em síntese, o Recurso Extraordinário será julgado pelas turmas do STF, tendo em vista que não existe órgão especial, mas existem exceções que poderão levar o julgamento para o tribunal pleno da corte.

O STF decidindo pela inconstitucionalidade de uma lei de modo incidental, mediante voto da maioria absoluta dos seus membros, encaminha a questão para o Senado Federal que, mediante o art. 52, X da CF poderá “[...] suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 1988).

Embora haja uma perspectiva de mutação constitucional ao art. 52, X², o STF declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo e o Senado Federal referendando, o efeito que outrora era *inter partes*, torna-se *erga omnes*. Isso é, tem validade para todos os atingidos pela norma inconstitucional, somado ao fato do efeito *ex tunc*.

O Senado Federal, em sua competência privativa, mediante resolução, suspenderá a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

Os artigos 386 e 388 do Regimento Interno do Senado Federal (RISF), tratam do procedimento em que o Senado conhecerá da declaração de inconstitucionalidade, total ou parcial de lei, por decisão definitiva do STF, mediante a) Comunicação do Presidente do STF; b) representação do Procurador-Geral da República; c) projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ)³.

Visto o procedimento do controle de constitucionalidade difuso no sistema brasileiro, cabe agora verificar a questão central desta pesquisa, a atuação de ofício do juiz singular na declaração de inconstitucionalidade de lei, de forma incidental.

² Houve debates pelo STF em controle concentrado e não em controle difuso (ADIs 3406 e 3470 de 2017) que o papel do Senado Federal seria apenas de dar publicidade à decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei de modo incidental, e que o efeito vinculante e *erga omnes* decorreria da própria decisão judicial. Todavia Lenza (2022) afirma que ainda não houve uma manifestação formal do STF sobre a mitigação do art. 52, X.

³ A comunicação, a representação e o projeto deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do STF, do parecer do PGR e da versão taquigráfica do julgamento (art. 387, RISF).

O poder *ex officio* pelo juiz singular na questão de inconstitucionalidade: deve existir um limite?

O juiz singular tem como premissa julgar o caso que lhe foi designado. Essa tarefa consiste, de maneira geral, em aplicar a lei à *lide* concreta. Com isso, o juiz tem o poder e o dever de controlar a constitucionalidade de forma incidental, com isso:

[...] não há racionalidade em limitar a sua atuação à arguição de inconstitucionalidade de parte, terceiro ou mesmo do Ministério Público. Seria certamente equivocado pensar que a inconstitucionalidade da lei, quando não invocada pelos litigantes, não mais importaria ao Judiciário. Raciocínio desse porte conduziria à absurda conclusão de que a constitucionalidade da lei é questão das partes e não do poder incumbido de aplicá-la” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 479).

No exercício do poder jurisdicional compete ao juiz a análise da lei aplicável ao caso concreto, logo, sua função primordial consiste na aplicação da lei diante dos fatos que lhe são expostos, e por consequência, tem o poder-dever de controlar a constitucionalidade de forma incidental (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022).

O magistrado não deve ficar inerte ao se deparar com uma lei ou ato normativo que seja incompatível com a Constituição, visto que qualquer norma contrária ao texto constitucional deverá ser considerada nula. Assim, o juiz deve se manifestar, mesmo sem as partes alegarem, tendo em vista que defender a supremacia da Constituição é um dever funcional do juiz, como explica Veloso:

No controle difuso, mesmo que as partes ou o Ministério Público não suscitem a questão, até pelo princípio *jura novit curia*, deve o juiz observar o problema e, se encontrar **lei ou ato normativo contrário à Constituição**, que tenha relação com a causa, **está na obrigação funcional de se manifestar, decretando a invalidade da lei ou do ato normativo, determinando sua não aplicação ao caso, objetivo da demanda** (VELOSO, 2000, p. 42, grifo nosso).

É por óbvio que o juiz singular não poderá declarar inconstitucionalidade de leis em casos em que não estiver julgando, mas o juiz somente pode agir de ofício quando perceber que a inconstitucionalidade afeta o direito/dever material das partes.

Todavia, há em nossa legislação processual civil, dispositivos que tratam sobre o princípio da vedação à decisão surpresa, conforme arts. 9º e 10 do CPC:

Embora a inconstitucionalidade possa ser reconhecida de ofício, há de se dar oportunidade às partes para debater a questão de constitucionalidade, exercendo o direito de influir sobre o convencimento da Corte – corolário do direito fundamental ao contraditório. Embora o direito de influir seja extraível da Constituição Federal, está presente no Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 10, que afirma que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 480).

Importante salientar que uma norma inconstitucional deve ser considerada nula e tem que ser retirada do ordenamento jurídico imediatamente, assim sendo, o juiz singular tem o dever funcional de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo percebida e não suscitada pelas partes envolvidas no caso concreto, fundamentado no CPC art. 139, inciso IX que determina o saneamento de vícios processuais. Pois, o processo baseado em uma norma inconstitucional é um vício danoso para as partes e para o poder público.

Outro ponto para se observar é que o CPC, no seu art. 1º, mostra que “[...] o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” (BRASIL, CPC, 2022).

Com isso, a Constituição é um importante instrumento para a interpretação no processo civil brasileiro, contribuindo para o entendimento que o juiz deva reger o processo visando a supremacia da Carta Magna e rejeitando a aplicação da norma que tangencia a Constituição, como argumenta Sousa:

Sendo a constitucionalidade da norma jurídica pressuposto de sua aplicação, sua declaração pode e deve ser feita, de ofício, por qualquer julgador, desde que o processo tenha sido instaurado pela parte... Assim, resta clara **a obrigação do magistrado de recusar a aplicação de norma inconstitucional**, afastando-a do ordenamento jurídico, mesmo que intra-partes, a incidência de norma nula. Lembro a lição de Alfred Buzaid (1998, p. 118-120), para quem a lei inconstitucional nasceu morta e não tem validade (SOUSA, 2010, p. 10, grifo nosso).

Sendo assim, não pode haver uma limitação no poder oficioso no controle difuso de constitucionalidade, tendo em vista que a vigência de uma norma nula conflita com o interesse público e dificulta a proteção e a efetivação dos direitos e das garantias

fundamentais ao indivíduo e à sociedade. A importância da supremacia da Constituição é devido a ela ser uma

[...] lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas (SILVA, 2005, p. 45).

Notada a superioridade da Constituição, é irresponsável pontuar que o juiz deve julgar um caso, no qual ele entenda existir uma lei ou ato normativo que contrarie a Carta Magna, tendo em vista que “[...] não pode o legislador legislar contra a Constituição Federal, não pode o administrador atuar contra a constituição ou a lei e não pode o juiz decidir e impor decisões contrária àquelas ou estas” (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 108).

Se o juiz não pode decidir e impor decisões contrárias à Constituição, porque deveríamos limitar o poder de ofício frente a uma questão de inconstitucionalidade incidental, mesmo na ausência de arguição pelas partes frente a essa situação e até mesmo sem que exista um diálogo entre as partes sobre o tema, pois se uma lei ou ato normativo é inconstitucional deverá ser considerada nula, pois o dano ao Estado democrático de uma decisão baseada em uma norma inconstitucional é de difícil reparação. Daí resulta que muitas decisões em controle de constitucionalidade têm seus efeitos mitigados, ou seja, não retroagem, tendo como fundamento razões de segurança jurídica e relevante interesse coletivo.

Com isso é poder-dever funcional do juiz declarar imediatamente a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, pois, não é possível falar em contraditório e ampla defesa, se a norma que tangencia a lide é nula por ser inconstitucional, mesmo que tal julgamento seja realizado no íntimo discernimento do juiz singular.

Considerações finais

O presente artigo visou entender qual seria o limite na atuação *ex officio* do juiz singular na questão de inconstitucionalidade no caso concreto.

Inicialmente, buscou-se entender o funcionamento do controle difuso brasileiro, e posteriormente foi analisado o poder oficioso do magistrado de primeiro grau, pois

ele deve declarar monocraticamente a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, de forma incidental, no caso concreto.

O controle incidental é prerrogativa de qualquer juiz singular, pois no caso concreto pode existir um conflito entre lei, lide e a Constituição. Ao decidir pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, é natural que exista recurso da parte vencida, com isso a questão de inconstitucionalidade chega ao Tribunal de Justiça local, no qual deve remeter para o órgão pleno ou especial. A parte vencida, ainda pode recorrer para o STF.

Após a lei ou ato normativo ser considerado inconstitucional pelo STF, o Tribunal deve notificar o Senado Federal que poderá suspender a execução, no todo ou em parte, conforme o art. 52, X da CF. Lembrando que é uma faculdade do Senado Federal suspender a lei inconstitucional, ou seja, a Casa Legislativa poderá ou não suspendê-la, em respeito ao princípio da separação e independência dos poderes.

Ademais, é sabido que a Constituição é um elemento importantíssimo para nosso ordenamento jurídico interno, visto que vivemos em um Estado Democrático de Direito e sua supremacia deve ser respeitada. Com isso, limitar a atuação do magistrado diante do caso concreto dado que a lei, que fundamenta os fatos expostos pelas partes, contém vício de constitucionalidade, logo, dificultando a própria concretização dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Por fim, a atuação do juiz deve primar pela harmonia da Constituição rejeitando toda e qualquer forma de afronta à Carta Magna, visto que uma norma infraconstitucional que infringe a Lei Suprema é danosa para o equilíbrio das relações jurídicas.

Referências

BARROSO, L R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF: STF, 2020. disponível em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 25 out. 2022.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, A. F. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2022.

DINAMARCO, C. R.; BADARÓ, G. H. R. I.; LOPES, B. V. C. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2020.

FILHO, M. G. F. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2002.

LENZA, P.; **Direito Constitucional esquematizado**. 26^a ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2022.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**, 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, J. C. B. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO D. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA, F. T. de. **O controle constitucional ex officio**. 2010. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/17992/o-controle-constitucional-ex-officio>. Acesso em: 25 out. 2022.

VELOSO, Z. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Violencia, género y dispositivos jurídicos internacionales en América Latina y el Caribe

Gabriel Dib Daud De Vuono*

Suzana Maria Loureiro Silveira**

Introducción

La violencia contra la mujer es fruto del histórico patriarcal en las sociedades del mundo. Desde la Roma Antigua se observan costumbres y prácticas sociales que subordinan e interiorizan las mujeres, ya que el hombre era detentor del patrio poder y tenía el derecho de decidir sobre la vida, la muerte y el destino de los hijos y de la esposa (ONEMA, *apud* SAMPAIO; VENTURINI, 2007).

La violencia se manifiesta de diferentes formas, como violencia física, sexual, psicológica, patrimonial o moral. Así como puede ser perpetrada tanto por individuos (en su mayor parte familiares, cónyuges y novios) como por Estados (por la tolerancia y omisión en la investigación de los casos de violencia o en la punición de los agresores).

Actualmente se adoptan los términos “femicidio” o “feminicidio” para se referir al asesinato de una mujer sólo por el hecho de ser mujer, sin que necesariamente exista una relación entre el agresor y la víctima. Martínez (2010) destaca la esencialidad de identificar los homicidios de mujeres como feminicidios con el objetivo de visibilizar la letalidad de la violencia contra las mujeres. La visibilidad del feminicidio es fundamental para resaltar el contexto patriarcal y necropolítico social existente en Latinoamérica, el Caribe y otras partes del mundo.

Instrumentos jurídicos nacionales e internacionales garantizan que las mujeres tienen el derecho a vivir una vida libre de violencia, así como establecen deberes a los

* Doutorando e Mestre em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo (PROLAM/USP). Pós-graduado em Direitos Humanos pela Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Pós-graduado em Processos Didático-Pedagógicos pela Universidade Virtual do Estado de São Paulo.

E-mail: gabriel.devuono@usp.br

** Doutoranda em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo (PROLAM/USP). Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Pós-graduação em Sociologia Urbana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

E-mail: suzana.silveira@usp.br

Estados en la protección de los derechos humanos de las mujeres y en la prevención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer.

En este estudio se busca analizar la protección de las mujeres latinoamericanas y caribeñas a partir de los estándares jurídicos internacionales y el desempeño de las instituciones del sistema interamericano de protección de los derechos humanos frente a las violaciones de los derechos de las mujeres.

En la primera sección de este artículo se analizan datos sobre el fenómeno de la violencia contra la mujer en Latinoamérica y el Caribe. En la siguiente sección, analizamos los principales instrumentos jurídicos relacionados con los derechos de las mujeres en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La violencia de género en Latinoamérica y el Caribe

Por violencia de género, la autora Heleieth Saffioti (2001) planteó que es un concepto amplio que involucra tanto a mujeres, niños y adolescentes (sean biológicamente femeninos o masculinos). Así, considerando que está socialmente determinado que haya ejercicio de la función patriarcal por parte de personas del sexo masculino que sostienen el poder de “[...] determinar la conducta de las categorías sociales” a partir de lo que juzgan como “desviación” (SAFFIOTI, 2001, p. 115).

Por eso, históricamente se ha hecho referencia al concepto de violencia de género aun cuando no existe por parte de las personas vulnerables posibilidad “[...] de andar por caminos distintos a los prescritos por las normas sociales, la ejecución del proyecto de dominación-explotación de la categoría social. Los hombres requieren que su capacidad de mando sea ayudada por violencia” (SAFFIOTI, 2001, p. 115). Es, por tanto, un aspecto estructural de la constitución latinoamericana desde la perspectiva del colonialismo (HERNÁNDEZ, 2021), una vez que es necesario reflexionar que la “[...] imposición de este sistema de género fue tanto constitutiva de la colonialidad del poder como la colonialidad el poder fue constitutiva de este sistema de género. La relación entre ellos sigue una lógica de constitución mutua” (LUGONES, 2008, p. 93).

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en informe intitulado *Estimaciones Mundiales y Regionales de la Violencia Contra la Mujer* publicado en 2013 alerta sobre la gravedad mundial de la violencia contra la mujer, definiéndola como un “problema de salud global de proporciones epidémicas”. Este informe indica que el 35% de la población femenina mundial ha sido víctima de violencia física, sexual u otras formas de violencia contra los derechos de las mujeres.

El *Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe* de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) indica que en el estudio realizado en 19 países de la región se apuró un total de 2.559 mujeres víctimas de feminicidio en 2017. Los datos de 2016 y 2017, muestran que El Salvador (10.2), Honduras (5.8), Belice (4.8), Trinidad y Tabago (3.0), Guatemala (2.6) y República Dominicana (2.2) son los países con mayores tasas de feminicidios en la región por cada 100 mil mujeres.

En Brasil, de acuerdo con el *Mapa da Violência 2015*, el número total de feminicidios en 2013 totalizó 4.762 muertes de mujeres. El *Sistema de Información del Ministerio de Salud* brasileño registró atención médica de 147.691 mujeres en el sistema público de salud por motivos de violencia física, sexual y otras en 2014 (WAISELFISZ, 2015). Por lo tanto, 405 mujeres utilizaron los servicios médicos públicos diariamente debido a prácticas de violación a sus derechos en el referido año.

En Chile, según datos del *Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género* de este país, hasta 14 de noviembre de 2018, según el Servicio Nacional de La Mujer y la Equidad de Género (CHILE, 2018) se registran 42 feminicidios consumados y 101 feminicidios frustrados.

En México, el informe intitulado *La Violencia Feminicida en México, Aproximaciones y Tendencias 1985-2016* presenta que en 2016 la tasa de mortalidad de mujeres presumidamente víctimas de homicidios fue de 4.4 a cada 100 mil mujeres, totalizando 2.746 muertes, que implica un promedio de 7.5 asesinatos de mujeres por día.

En Argentina, el *Registro Nacional de Femicidios* presentado por la organización social Mujeres de la Matria Latinoamericana reveló que cerca de 254 mujeres han sido asesinadas en Argentina en 2017. Por lo tanto, la organización calcula que una mujer es muerta víctima de homicidio a cada 30 horas en Argentina.

En este sentido, según las lecciones de Achille Mbembe (2003, p. 24), la idea de *necropolítica*, en breves líneas, gira en torno a la exposición de sujetos determinados a la muerte en el sentido de subyugación de la vida al poder, incluso con relación a la violencia institucionalizada, es decir, la que es perpetrada por el Estado. En este sentido, “[...] la violencia del hombre contra la mujer se manifiesta en todas las sociedades falocéntricas. [...] En mayor o menor medida, se comprueba la omnipresencia de este fenómeno” (SAFFIOTI; ALMEIDA, 1995, p. 4).

Con respecto a la cuestión de género, la expresión *necropolítica* (en el marco del feminicidio) tiene que ver con la necesidad de mantener un *status quo* que permita la sumisión de las mujeres a las normas patriarcales concretizadas. Tales reglas que se

establecieron dentro del sistema patriarcal al que estamos todos insertos instituyen mecanismos de poder capaces de determinar el “[...] derecho de vida y muerte sobre cuerpos de mujer” (MARTÍNEZ, 2013, p. 11).

Los movimientos sociales han presentado históricamente reivindicaciones en todo el mundo, Clara Zetkin, líder revolucionaria, fue la encargada de editar el periódico *Igualdad*, entre los años 1891 y 1917. En 1907, Zetkin se reveló como líder de la nueva Oficina de la Mujer del Partido Socialdemócrata de Alemania. Así resume la publicación del primer número de *Cuadernos Feministas* editado por el Instituto Tricontinental:

La movilización alrededor de la consigna de “Ni una Menos” fue un punto de inflexión en el proceso de movilizaciones feministas en la región. La denuncia y el reclamo contra la violencia de género y los femicidios se articuló con otros reclamos de la agenda feminista, como los derechos reproductivos, la legalización del aborto, la desigualdad de género, la violencia cisheteropatriarcal, la distribución desigual de cuidados y la precarización de la vida (BARBAROVIC *et al.*, 2022, p. 6).

En otras palabras, el poder de determinación sobre los cuerpos, la vida y las opciones refleja directamente la instrumentalización generalizada de las mujeres que, al establecer ciertos niveles de estandarización en el actuar y ser femenina, instaura un régimen de terror con complicidad del Estado que conduce a la muerte (SAGOT, 2013).

Instrumentos jurídicos internacionales para la protección de las mujeres

La *Carta de las Naciones Unidas* de 1945 define en su preámbulo que la Organización de las Naciones Unidas debe basarse en la defensa de la paz, los derechos humanos y la igualdad entre hombres y mujeres. Igualmente, la Carta establece en sus artículos 1 (3), 13.1, letra “b”, 55, letra “c” y 76, letra “c” que la cooperación internacional estimulada por las Naciones Unidas debe desarrollarse sin ningún tipo de discriminación, incluida la de género.

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948 prevé en su preámbulo la igualdad de género y la no discriminación y el derecho de las mujeres a vivir con libertad de expresión, libertad de religión y una vida libre sin temor a la guerra. El artículo 1 establece que todos los seres humanos gozan de libertad e igualdad, y el artículo 2 (1), establece la no discriminación entre hombres y mujeres en el goce y ejercicio de los derechos contenidos en la Declaración. El artículo 16 (1) establece expresamente los mismos derechos a los hombres y a las mujeres en las relaciones

conyugales, determinando específicamente el derecho de las mujeres a contraer o disolver el matrimonio.

La *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* se basa en tres principios fundamentales, la no discriminación por razones de género, la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres y la responsabilidad de los Estados de promover la igualdad entre los sexos y cohibir las prácticas discriminatorias de cualquier naturaleza.

La citada convención no trata expresamente de la violencia de género, sin embargo, está presente de manera general en la definición de discriminación contenida en el artículo 1, así como en la mayor parte de sus normas jurídicas, en particular en los artículos 2, 5, 6, 11, 12 y 16 de la Convención, que obligan a los Estados a tomar medidas para proteger a las mujeres contra cualquier tipo de violencia en la familia, en el trabajo o en cualquier otro ámbito de la vida social.

En este sentido, en la Recomendación General n° 19, aprobada en su 11ª sesión, en 1992, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra las Mujeres adoptó una decisión para ampliar la prohibición general de la discriminación basada en el sexo, definiendo la violencia de género como aquella dirigida contra las mujeres por el hecho de ser mujeres.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará de 1994) define conductas que caracterizan la violencia contra la mujer. Este instrumento jurídico ratifica que toda mujer es titular de los derechos humanos consagrados en las normas internacionales, destacando los derechos y libertades individuales (como el derecho a la vida, la integridad física, moral y psicológica, la igualdad ante la ley y la libertad de asociación o de creencias), y los derechos políticos, económicos, sociales y culturales.

La *Agenda de Desarrollo Sostenible 2030* aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 70/1 en 2015) establece 17 *Objetivos de Desarrollo Sostenible* (ODS) que deben ser perseguidos por todos los miembros de la ONU hasta 2030. Entre los objetivos y metas definidas, el Objetivo n° 5 establece metas para la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres. Destacan-se metas para la erradicación de todas las formas de discriminación y violencia contra la mujer, fomento de políticas de participación política y social de las mujeres, entre otras que objetivan alcanzar la igualdad de género y el empoderamiento femenino.

Conclusión

La violencia contra las mujeres es un problema social latinoamericano y caribeño que constituye una grave violación de derechos humanos conforme destaca la Convención de Belém do Pará de 1994. La necesidad del enfrentamiento de este fenómeno social es un desafío global cada vez más urgente para la preservación de la dignidad humana y la consecución del bienestar social, como demuestran los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) elaborados por las Naciones Unidas. Este documento establece como meta la erradicación de la violencia contra la mujer en las esferas pública y privada a fin de alcanzar la igualdad de género y el empoderamiento femenino (Objetivo 5).

Ante un escenario tan alarmante, el desarrollo de políticas públicas que crean una red de apoyo a la mujer víctima de violencia se ha mostrado cada vez más necesario y urgente. Países de Latinoamérica, como Brasil, tienen progresivamente implantado comisarías y varas judiciales especializadas en la atención a la mujer víctima de violencia o canales de atención y denuncia dirigido a las víctimas.

En el ámbito legislativo es necesaria la ratificación de instrumentos que vinculan al Estado a la promoción de acciones dirigidas a erradicar la violencia de género. La Convención de Belém do Pará en el ámbito del sistema interamericano dispone sobre los derechos de las mujeres, crea el mecanismo interamericano de protección y obligaciones a Estados en la erradicación de la violencia contra las mujeres. Se destacan en Brasil la creación de la Ley Maria da Penha (Ley 11.340 de 2006) y la Ley del Femicidio (Ley 13.104 de 2015) creadas a partir de la normativa internacional sobre la temática.

Tales acciones, ya sean políticas públicas o normas jurídicas, están estrictamente ligadas al escenario *necropolítico* en que esta cuestión social está inserta y deben conducir a la concreción de medidas protectivas de los derechos de las mujeres, mediante la ejecución de los mecanismos públicos de tutela existentes. Para eso, es necesario comprender que la instrumentalización de medidas políticas o jurídicas se da por medio de una red de actuación en que los diversos actores de la sociedad civil y Estado puedan estar en constante interlocución.

En cuanto a la positivación de los derechos de las mujeres (en el sentido abstracto de la creación de nuevas normas), la viabilidad de los postulados y valores insertos en esos diversos instrumentos de protección, por medio de políticas públicas orientadas a la implementación de condiciones materiales de existencia, es medida que se impone

como necesaria a la alteración de la realidad social en el ámbito de la violencia de género.

Referencias

BABAROVIC, D. S.; FAJARDO, N. H.; ORTIZ, A. S.; SOSA, L. A. (Orgs). Los feminismos del Pacífico en tiempos de revuelta: Chile, Perú, Ecuador y Colombia. **Cuadernos Feministas 01**. Instituto Tricontinental de Investigación Social, 2022. Disponible en: <https://thetricontinental.org/es/argentina/cuadernosfem01/>. Acceso en: 20 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei Maria da Penha). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 ago. 2006.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 mar. 2015.

CHILE. Gobierno Nacional. Servicio Nacional de la Mujer e la Equidad de Género. **Más información sobre femicidios consumados**. 2018. Disponible en: <https://www.sernameg.gob.cl/wp-content/uploads/femicidios/FEMICIDIOS2018.pdf>. Acceso en: 20 out .2022

LUGONES, M. Colonialidad y género. **Tabula Rasa**, Bogotá, n. 9, p. 73-101, jul./dic. 2008.

MARTINEZ, A. M. de la E.; LINDG, E. C. (Orgs.). **Alteridad y exclusiones**: vocabulario para el debate social y político. México: UNAM Sello Editorial, 2013.

MARTINEZ, A. M. de la E. (Coord). **Ferninicídio**: actas de denuncia y controversia. Mexico: PUEG/UNAM, 2010.

MBEMBE, A. Necropolitics. **Public Culture**, New York, v. 1, p. 11-40, 2003.

SAMPAIO; VENTURINI. Uma breve reflexão sobre a família na Roma Antiga. En: **VI Jornada de Estudos Antigos e Medievais – Trabalhos Completos**, 2007.

SAFFIOTI, H. I. B.; ALMEIDA, S. S de. **Violência de gênero: poder e impotência**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Revinter Ltda., 1995.

SAFFIOTI, H. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. **Cadernos Pagu**, v. 16, p. 115-136, 2001. Disponible en: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/gMVfxYcbKMSHnHNLrqwYhkL/?format=pdf&lang=pt>. Acceso en: 20 out. 2022.

SAGOT, M. El feminicidio como necropolítica em Centroamérica. **Labrys Estudos Feministas**, Brasília, Motreal, Paris, 2013.

WALSELFISZ, J. J. **Mapa da Violência 2015**: Homicídios de mulheres no Brasil. 1. ed. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br>. Acesso em 20 out. 2022.

O registro da marca “Copa do Mundo” no Brasil e as exigências da FIFA quanto ao uso da marca

Ana Loren Xavier de Alcântara Nascimento*

Daniela Vanila Trigo Nakalski**

Introdução

Nesse artigo abordou-se como a entidade FIFA tutela a sua marca, dando destaque ao registro realizado no INPI. Como se trata de entidade internacional de futebol, logo, sua preocupação é buscar ampla proteção de sua marca em diversas classes de registro, seja de produto ou de serviços. Viu-se que estão vigorando no Brasil, quinze registros da marca Copa do Mundo, bem como destacou-se quais as exigências que a entidade FIFA fez às autoridades governamentais brasileiras para sediar o evento em 2014.

Numa perspectiva ainda incipiente, a pesquisa buscou trazer as informações essenciais quanto ao registro de marca em diferentes categorias conforme trata a legislação brasileira. Diferenciou-se as marcas de alto renome das marcas notoriamente conhecidas.

Como análise final verificou-se quais as exigências que a entidade FIFA cobrou do Brasil para sediar o evento, as quais foram normatizadas por meio da Lei Geral da Copa - Lei nº 12.663/12.

Registro da Marca “Copa do Mundo” no Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI

As marcas têm como finalidade identificar, distinguir e individualizar produtos e serviços existentes no mercado. Seu depósito se dá no Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI mediante solicitação do requerente que após a tramitação

* Acadêmica em Direito na Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA), participante do grupo de pesquisa em Direito Constitucional e Propriedade Intelectual – DIRCONPI.

E-mail: anaalcantara.aluno@unipampa.edu.br

** Professora Associada III da Universidade Federal do Pampa e Coordenadora do grupo de pesquisa em Direito Constitucional e Propriedade Intelectual – DIRCONPI.

E-mail: danielanakalski@unipampa.edu.br

do pedido e atendidas as exigências legais, concederá o registro da marca, conferindo-lhe ao titular o direito de propriedade sobre a marca.

Essa distintividade, segundo Jabur e Santos (2007) é pressuposto fundamental para a existência de uma marca, devendo este requisito ser analisado individualmente para cada registro.

A CF/88, em seu artigo 5º, inciso XXIX, dispõe sobre “[...] proteção às criações industriais, à propriedade de marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos” (BRASIL, 1988), reservando as criações e assim, às marcas o direito à propriedade, amparando-as como direito fundamental.

Como legislação infraconstitucional protetiva aos direitos de natureza intelectual, passou a vigorar a Lei nº 9.279/96, que não só positivou o conceito de marca, mas também tratou da titularidade do seu uso exclusivo no território nacional, por determinado tempo, 10 anos, prorrogável por períodos iguais e sucessivos.

Há situações especiais, em que se tutelou a marca de alto renome (desde que protegida no Brasil sendo resguardada em todos os ramos de atividade) e a marca notoriamente conhecida, que independente do registro no Brasil, tem amparo pelo art. 6º da Convenção União de Paris (CUP) e que é notória e conhecida em seu ramo de atividade, como é o caso da marca Copa do Mundo.

É válido ressaltar que há diferentes enquadramentos de marcas, podendo ser elas divididas em quatro categorias. As marcas nominativas são caracterizadas a partir de uma junção ou combinação de números, letras ou palavras completas, deixando o grafismo estético daquele nome referente a determinada marca.

Consoante as marcas figurativas são enquadradas de igual modo, entretanto, ao invés de caracterizadas nominalmente, são aliadas à figura que as representa. Agindo como mescla das duas anteriores, as marcas mistas são reconhecidas tanto por sua imagem, quanto pelas letras e números que nominalmente compõe. Por fim, ainda é possível classificá-las como marcas tridimensionais, aquelas que em seu produto tangível encontram sua distinção e por conta da maneira plástica que o constitui, são reconhecidas.

Por outro lado, as marcas também podem classificar-se em outros tipos de subdivisões, desta vez, relacionadas à natureza de sua existência. Primeiramente, cita-se as marcas de produtos ou serviços, já evidenciado como sinal distintivo de produtos e serviços disponíveis no mercado.

Ainda se tutela as marcas coletivas, utilizadas para identificar produtos ou serviços oriundos de membros de uma mesma entidade. E as marcas de certificação usadas para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, como é o caso da marca Copa do Mundo.

Tal marca de certificação, tem como titular a entidade FIFA que detém exclusividade sobre seu uso. Mesmo assegurado por lei a proteção da marca Copa do Mundo, a entidade FIFA adota determinados cuidados quando os países sedes oficializam suas candidaturas. Isso demonstra a preocupação em resguardar a propriedade intelectual da marca.

Numa busca no sistema de marca do INPI encontramos, em vigor, 15 marcas registradas “Copa do Mundo” de titularidade da FIFA, todas nominativas, 9 referindo-se a produtos e 6 referindo-se a serviços. Estão registradas em diferentes classes de produto, tais como jogos e brinquedos, óculos, couro, etc. Já em serviços, por exemplo, a FIFA registrou na classe de cartões de crédito e na classe de agências de emprego (INPI, 2022).

Exigências da FIFA quanto ao uso da marca durante o mundial de futebol

A entidade já procura dar entrada com o registro de marcas do seu evento em diversas classes de proteção. Segundo Dias de Castro (2022),

No Brasil, os termos relativos ao evento tiveram medidas registradas já em 2006, sendo que o evento no Brasil foi oficializado para o mundo só em 2007. A FIFA tem todo o cuidado com a proteção de seus interesses, o que inclui sua própria marca e a marca Copa do Mundo.

Dessa forma, depreende-se que a FIFA possui exclusividade sobre a marca, resguardando-a de forma bastante inflexível. Podem utilizar a marca somente as empresas patrocinadoras e aquelas que são licenciadas pela entidade. Os não patrocinadores somente podem se referir ao evento esportivo de forma indireta.

O resguardo da FIFA já começa anos antes da realização do mundial de futebol. Com isso a Federação e as entidades do governo do país sede, buscam encontrar soluções para atender a demanda desse grande evento de futebol mundial, incluindo a flexibilização das leis para atender aos interesses da FIFA.

Nesse contexto, previamente a realização da copa do mundo no Brasil, foi instituída a - Lei nº 12.663/12 - conhecida como a Lei Geral da Copa - que, dentre outras

medidas, estabeleceu o registro de símbolos, logotipos e até mesmo o boneco “Fuleco”, mascote da copa em solo brasileiro (MORAIS, 2011).

Além disso, o Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI) se responsabilizou em promover o cadastramento, ofício e o registro das marcas que se relacionavam à FIFA. Em demonstração de confiança e proteção à marca, o INPI ainda se comprometeu a não contestar ou requerer comprovação da própria Federação Internacional de Futebol referente a seu sistema de registro, conforme previsto nos artigos 4º a 7º da Lei Geral do Copa (BRASIL, 2022).

Do exposto, compreende-se que a FIFA possui a titularidade sobre a marca, sendo seu uso inviabilizado por qualquer outra pessoa que tentar utilizá-la, recebendo tutela especial pelo país sede do evento.

Durante cada evento sediado, a FIFA busca a proteção de sua marca e dos direitos relacionados a ela. O relatório “FIFA Intellectual Property Guidelines” (Diretrizes de Propriedade Intelectual da FIFA) é um documento publicado com anterioridade e referente ao ano e sede do mundial, prevendo as condições para a realização, resguardando direitos aos patrocinadores oficiais e regionais, determinado poder sobre a marca e modulando a abrangência de sua exploração.

Por conta da grande abrangência que trouxe, em 2007, após a solenidade de escolha dos Estados que sediaram o mundial de futebol nos anos de 2014, 2018 e 2022, os então presidentes do Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI) e da entidade responsável pela Copa do Mundo de Futebol, Jorge de Paula da Costa Ávila e Joseph Blatter reuniram-se, a fim de combater a pirataria no período em que o país sediou o evento e defender a propriedade intelectual da marca. Sobre isso, o programa “História das Copas” da rádio pertencente a Assembleia Legislativa do Ceará, em março de 2013 destacou:

O programa História das Copas, da FM Assembleia (96,7 MHz), deste domingo (24/03), destaca a última reunião da Fifa, em Zurique, e a audiência pública realizada pela Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia, por ocasião das comemorações do Dia Internacional do Consumidor. Nos dois encontros, representantes da Fifa e autoridades brasileiras esclareceram dúvidas em relação à Copa das Confederações 2013 e à Copa do Mundo 2014 (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA CEARA, 2013).

A reunião citada teve por resultado um protocolo que previa uma série de medidas para proteger a marca durante o evento, ainda culminando no anúncio do Instituto

Nacional de Propriedade Intelectual quanto a concessões de termos e expressões utilizadas no cotidiano como título exclusivo da marca.

Após o encerramento da “Copa do Mundo FIFA da África do Sul - 2010”, durante a cerimônia de apresentação da logomarca da Copa do Mundo de 2014, o presidente Luís Inácio Lula da Silva afirmou a relevância e pujança que o mundial poderia trazer ao país. Em seu discurso, o então presidente frisou: “Já aprovamos os planos para as 12 cidades-sede do Mundial. A preparação do evento terá máxima transparência”, deixando claro aos Estados presentes que a máxima transparência seria característica primordial quando sediada no Brasil, inclusive quanto ao controle do uso da marca (G1, 2010).

Seguindo a mesma linha, a Lei Geral da Copa (12.663/12), com seu Capítulo II reservado a Proteção e Exploração de Direitos Comerciais, nos termos do artigo 3º, assegurou que o INPI deveria promover em seus cadastros do alto renome das marcas que consistam nos Símbolos Oficiais de titularidade da FIFA, listados nos incisos do artigo, devendo, nos termos do art 6º da mesma lei, dar ciência ao Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br) das marcas reconhecidas.

Análogos a essas garantias, ainda foram exclusivamente concedidos pela Lei da Copa, os termos “Brasil 2014”, “Copa do Mundo”, além do nome do evento, “Copa do Mundo FIFA Brasil 2014” e a marca “Copa do Mundo FIFA 2014” e, assim como já citado anteriormente, o status de marca de Alto Renome a própria Copa do Mundo FIFA Brasil 2014.

Nesse mesmo sentido, ocorreu a concessão de um pedido polêmico feito em 2013 pela FIFA, a exclusividade do uso da expressão “pagode”, em respeito a fonte tipográfica, até 1º de janeiro de 2015, deixando-o “livre” no que tange ao cenário não comercial. Sobre isso, disserta o jornalista esportivo Marcus Alves (2013):

Um advogado que presta serviço para a entidade no Brasil considerou a solicitação “apelativa” e realçar a sua “obsessão por proteger” a Copa. A princípio, como se trata de uma denominação de alto renome, a Fifa poderia impedir até mesmo a divulgação de uma peça publicitária de uma casa de show com a palavra ‘pagode’ e aumentar ainda mais a polêmica em torno de seu poder no País.

Paralelo a isso, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) desenvolveu para aprimoramento da fiscalização e cuidado das medidas adicionadas ao país durante o mundial o “Fórum Nacional de Articulações das Ações do Ministério Público na Copa do Mundo”, vinculando a função essencial à justiça à eficácia na resolução da série de

problemáticas que receber o evento veio a proporcionar a nação. Tendo por coordenador, o conselheiro Fabiano Silveira, o Fórum afirmou anelar o desenvolvimento do evento de maneira a respeitar as medidas legais e constitucionais.

Em 22 de novembro de 2012, o CNMP publicou em seu endereço eletrônico, uma redação que discorria sobre o objetivado pelo Fórum, além do “I Seminário Nacional sobre a Atuação do Ministério Público na Copa do Mundo” e dos painéis “Os preparativos da Copa e os desafios aos órgãos de controle” e “A Estratégia de Segurança para a Copa do Mundo”, atividades realizadas no decorrer do evento (CNMP, s/n). A busca pela proteção e pelo cuidado necessário com o mundial esportivo foi traduzida pelo coordenador do evento. Silveira (2018, s/n) ressalta,

A iniciativa do Fórum objetiva integrar e agregar esforços que já vinham sendo desenvolvidos pelo ministério público brasileiro. Citando apenas duas iniciativas, nós temos, no âmbito do Conselho Nacional dos Procuradores Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, a Comissão Permanente de Prevenção e Combate à Violência nos estádios e, no âmbito do MPF, o Grupo de Trabalho Copa 2014.

A submissão de projetos que envolviam o controle da pirataria não parou por aí, cita-se ainda a “Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, “Brasil – Copa 2014: Desafios e Responsabilidades”, presidida pelo então Deputado Silvio Torres e tendo como relator o Deputado Paulo Rattes. Como afirmado por Torres, presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados da época, a comissão especial contribuiria para “encaminhar efetivas soluções para problemas estratégicos” e dessa forma, auxiliar o país a enfrentar as problemáticas que viriam junto a ele (RATTES, 2009).

A Câmara dos Deputados, ainda em 2011, já empenhou distintas qualificadoras para combater o uso indevido da marca, bem como para reafirmar o cuidado cotidiano em sediar o evento. Para que isso fosse garantido, por meio do presidente vigente da Câmara, Marco Maia, anunciou-se ao país que havia-se instalado a Comissão Especial da Lei Geral da Copa, indicando os seguintes polos a serem tratados: Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática; de Relações Exteriores e de Defesa Nacional; de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio; de Defesa do Consumidor; de Turismo e Desporto; de Finanças e Tributação; e de Constituição e Justiça e de Cidadania. O relatório apresentado deixava acordado que os membros atuantes já pertenciam anteriormente às comissões de nomes iguais aos polos que formaram o

grupo em favor do mundial futebolístico, como divulgado pelo portal da Câmara (CAMARA DOS DEPUTADOS, 2022).

Consoante a isso, há ainda o posicionamento da Confederação Brasileira de Futebol (CBF) quanto aos produtos falsificados, trabalhando desde 2010, em conjunto com o Instituto Brasileiro de Direito Desportivo (IBDD), contra o “marketing de emboscada” presente nas ruas brasileiras e patrocinado pela “indústria da pirataria”, conforme demonstrado no relatório “Combate à pirataria e marketing de emboscada durante a Copa do Mundo”, publicado pela CBF e divulgado pelo IBDD em seus portais virtuais, relatando as ações a serem tomadas quanto às novas normas criadas pela Lei Geral da Copa e os crimes vinculados ao uso indevido da marca referente ao evento foi positivo, ratificando as decisões tomadas para o combate desde a decisão do país como sede da solenidade esportiva. A Diretoria Jurídica da CBF publicou o relatório tal qual parecer jurídico, alertando a população da tomada de novas medidas:

A Diretoria Jurídica da CBF publica abaixo relatório contendo as medidas que tomou visando à proteção efetiva aos direitos sobre suas marcas e propriedades, bem como um eficaz combate à pirataria e ao marketing de emboscada, de modo a assegurar os investimentos feitos por seus patrocinadores e parceiros, durante a Copa do Mundo 2014 e no período que a antecedeu (CBF, 2014, s/n).

Percebe-se que previamente ao evento mundial de futebol Copa do Mundo, há inúmeras tratativas que a FIFA coordena em conjunto com os países sedes e suas instituições de fiscalização e de registro de marcas, visando impedir as falsificações e violações aos direitos de propriedade intelectual da entidade, bem como resguardar os investimentos dos patrocinadores oficiais do mundial.

Conclusão

A entidade FIFA possui ampla preocupação quanto à tutela de sua marca - Copa do Mundo - logo, atua de forma preventiva perante os países sedes do evento para que não se violem os direitos de propriedade sobre ela. Destacou-se que medidas rígidas foram exigidas pela entidade FIFA no evento sediado pelo Brasil em 2014. Durante o evento sediado pelo Brasil em 2014 sobre o uso da marca Copa do Mundo. Destarte, conclui-se que o mundial de futebol, deixou como herança a preocupação com a infração ao direito fundamental sobre a marca Copa do Mundo.

Referências

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA CEARA. **Agenda Cultural** – AL na Copa conta a história dos mundiais.

Disponível em: <https://www.al.ce.gov.br/index.php/ultimas-noticias/item/14575-2203df-historias-das-copas>. Acesso em: 11 dez. 2022.

ALVES, M. **Para proteger Copa, FIFA faz registro até mesmo de marca “pagode”**. ESPN, 29 de novembro de 2013. Disponível em: http://www.espn.com.br/noticia/372910_para-protoger-copa-fifa-faz-registro-ate-mesmo-de-marca-pagode. Acesso em: 28 out. 2022.

CNMP lança Fórum Nacional de Articulação das Ações do MP na Copa do Mundo. **Conselho Nacional do Ministério Público**, 2012. Disponível em:

https://www.cnpm.mp.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=1753:cnmp-lanca-forum-nacional-de-articulacao-das-acoes-do-mp-na-copa-do-mundo&catid=3:noticias-principal&Itemid=146. Acesso em: 11 dez. 2022.

COUTINHO TAVARES, M. de L. Marca notoriamente conhecida: espectro de proteção legal. In:

Cadernos Temáticos - Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: EMARF, 2007. Disponível em: <https://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/revistapropind.pdf#page=139>. Acesso em: 20 out. 2022.

DAMOTTA: marcas e patentes. ESCLARECIMENTOS Sobre Questões De Marcas Envolvendo A Lei Geral Da Copa. Disponível em: <https://www.damotta.com.br/index.php/85-xpert-accordion/113-esclarecimentos-sobre-questoes-de-marcas-envolvendo-a-lei-geral-da-copa>. Acesso em: 10 dez. 2022.

DARN, T. **Reflexões sobre o território do futebol e a Copa do Mundo FIFA 2014 no Brasil**. 2011. 200f. Tese - (doutorado) - Universidade Estadual Paulista, Instituto de Geociências e Ciências Exatas, 2011. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/104371>. Acesso em: 4 out. 2022.

DELBIN, G. Lei da Copa traz novos crimes por uso indevido da marca. **Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-27/gustavo-delbin-lei-copa-traz-novos-crimes-uso-indevido-marca>. Acesso em: 28 out. 2022.

DIAS DE CASTRO, F. S. É possível registrar a marca Copa do Mundo? **Audita Assessoria Empresarial**. Disponível em: <https://www.audita.com.br/blog/registrar-marca-copa-do-mundo>. Acesso em: 31 out. 2022.

DUARTE, M. de, F.; BRAGA, P. C. **Propriedade intelectual**. Porto Alegre: Grupo A, 2018. E-book. ISBN 9788595023239. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595023239/>. Acesso em: 15 set. 2022.

PORTAL G1. LULA diz que Copa de 2014 ‘terá máxima transparência’. 8 de julho de 2010. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2010/07/lula-diz-que-copa-de-2014-tera-maxima-transparencia.html>. Acesso em: 10 dez. 2022.

JABUR, W. P.; SANTOS, M. J. P. dos (Coord.). **Propriedade intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LIMA, E. A. P. **Marcas de Alto Renome: Uma abordagem sobre proteção marcária e aspectos mercadológicos**. 2010. 157 f. Dissertação (Mestrado em Gestão e Estratégia em Negócios) - Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica, 2010.

MAHNLMANN KIPPER, L.; GRUNEVALD, I.; FERREIRA PRESTES NEU, L. **Manual de Propriedade Intelectual**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. Disponível em:

<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1832/1/Manual%20de%20propriedade%20intelectual.pdf>. Acesso em 24 out. 2022.

MORAIS, G. Comissão especial da Lei Geral da Copa será instalada na semana que vem. **Agência Câmara de Notícias**, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/222087-comissao-especial-da-lei-geral-da-copa-sera-instalada-na-semana-que-vem/>. Acesso em: 10 dez. 2022.

OLIVEIRA, M. Decreto para proteger FIFA da pirataria na Copa 2014 sai nos próximos dias. **G1**, 2010. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/07/decreto-para-protetger-fifa-da-pirataria-na-copa-2014-sai-nos-proximos-dias.html>. Acesso em: 4 out. 2022.

RATTES, P. **Brasil – Copa 2014: Desafios e Responsabilidades**. Relatório da subcomissão permanente para acompanhamento, fiscalização e controle dos recursos públicos federais destinados à copa de 2014 e às olimpíadas de 2016. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01lkugp3l2ei8frfviuxncb1nc6231710.node0?codteor=726546&filename=Tramitacao-REL+1/2009+CFFC+%3D%3E+REQ+127/2009+CFFC. Acesso em: 17 set. 2022.

CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto institui a Lei Geral da Copa do Mundo de 2014. **Agência Câmara de Notícias**, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/221524-projeto-institui-a-lei-geral-da-copa-do-mundo-de-2014/>. Acesso em: 17 set. 2022.

CBF. Relatório: Combate à pirataria e marketing de emboscada durante a Copa do Mundo. **Instituto Brasileiro de Direito Desportivo**, 2014. Disponível em: <https://ibdd.com.br/relatorio-combate-a-pirataria-e-marketing-de-emboscada-durante-a-copa-do-mundo/>. Acesso em: 10 dez. 2022.

SILVEIRA, N. **Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito do autor, software, cultivares, nome empresarial, título de estabelecimento, abuso de patentes**. Barueri: Editora Manole, 2018. E-book. ISBN 9753578852045. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9753578852045/>. Acesso em: 17 set. 2022.

Editora CLAE

2023