

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

# PROCESSO DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

## COORDENAÇÃO

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

## ORGANIZAÇÃO

NARA AYRES BRITTO  
NAIARA FERREIRA MARTINS  
LARISSA RODRIGUES DE OLIVEIRA  
ANA CAROLINA RODRIGUES DE SOUZA SILVA  
JOSÉ RAMALHO BRASILEIRO JUNIOR



EDUCAÇÃO SUPERIOR

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - CEUB**

**Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

**INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD**

**Diretor**

João Herculino de Souza Lopes Filho

**Diretor Técnico**

Rafael Aragão Souza Lopes

**Diagramação**

Biblioteca Reitor João Herculino

**Capa**

CEUB

Documento disponível no link  
[repositorio.uniceub.br](http://repositorio.uniceub.br)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito: processo decisório do Supremo Tribunal Federal / coordenador, Lilian Rose Lemos Rocha – Brasília: CEUB: ICPD, 2021.

234 p.

ISBN 978-85-7267-053-1

1. Tribunais superiores. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 347.44

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – CEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

# PREFÁCIO

Pioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de ebook.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.

**João Herculino de Souza Lopes Filho**

Diretor ICPD/UniCEUB

# APRESENTAÇÃO

Os trabalhos científicos ora apresentados são fruto da disciplina Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal, ministrada no segundo bimestre de 2021 pela Professora Dra. Nara Ayres Britto.

Foram selecionados 12 artigos sobre os textos trabalhados durante o bimestre. Os textos são de autoria das e dos discentes da disciplina, sendo elas e eles: Amanda de Paula Fukuyoshi, Ana Caroline da Silva Fonseca, Amanda Helena da Silva, Bruna Maia, Carolina Sales Abraham, Hanneli Rasia, Jordana Shintaku, Karl Heisenberg Ferro Santos, Nathália de Andrade Silva Anastácio, Patrícia Pimentel, Thiago Caixeta de Queiroz Miranda e Yasmin Inês Coelho de Carvalho.

**A ADPF 132 COMO PILAR ÚNICO DOS DIREITOS DE CASAIS HOMOAFETIVOS E AS AMEAÇAS ÀS GARANTIAS CONFERIDAS PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ..... 07**  
*Amanda Helena da Silva*

**O STF E A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DEFRENTE A DEMOCRACIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ..... 23**  
*Ana Caroline da Silva Fonseca*

**ABORTO LEGAL: BREVE ESTUDO SOBRE O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POR MEIO DO CONTROLE CONCENTRADO ..... 36**  
*Amanda de Paula Fukuyoshi*

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES SOBRE A TRAJETÓRIA DE LUTA E O PAPEL DO STF ..... 52**  
*Bruna Maria Nobre Gama*

**O RECONHECIMENTO DO DIREITO AUTÔNOMO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS ..... 66**  
*Carolina Sales Abraham*

**VAQUEJADA: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA MANIFESTAÇÃO NO BRASIL ..... 87**  
*Hanneli Aresi Rasia*

**O IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 1.010.606 SOBRE A APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ESFERA CIVIL ..... 113**

*Jordana Regina Faustino Shintaku*

**DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF ..... 135**

*Karl Heisenberg Ferro Santos*

**A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DAS MINORIAS ..... 1152**

*Nathália de Andrade Silva Anastácio*

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E OS PAPÉIS CONTRAMAJORITÁRIO, REPRESENTATIVO E ILUMINISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

.....  
**1171**

*Patrícia Ferreira Lopes Pimentel Telles de Vasconcellos*

**A FUNÇÃO PROGRESSISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTEXTO CONSERVADOR BRASILEIRO ..... 195**

*Thiago Caixeta de Queiroz Miranda*

**REFLEXÕES ACERCA DA ADI 5766: UMA ANÁLISE DA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA ..... 213**

*Yasmin Inês Coelho de Carvalho*

# A ADPF 132 COMO PILAR ÚNICO DOS DIREITOS DE CASAS HOMOAFETIVOS E AS AMEAÇAS ÀS GARANTIAS CONFERIDAS PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Amanda Helena da Silva

## RESUMO

Na ADPF 132 o STF equiparou união estável e a união homoafetiva, conferindo interpretação conforme a Constituição ao art. 1723 do Código Civil, e compatibilizando o conceito de família com as demais disposições do texto constitucional, à luz dos fundamentos, objetivos e princípios que norteiam o Estado Democrático Brasileiro. A decisão típica da função contramajoritária permanece como pilar único dos direitos nela efetivados, considerando a persistente omissão legislativa sobre a matéria e os fluxos sociopolíticos que potencializam a tentativa de restrição de direitos.

**Palavras-chave:** União Homoafetiva. Função Contramajoritária. Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

At the Claim of Non-Compliance with Fundamental Precept (ADPF 132) trial before Federal Supreme Court it was held equivalence to the stable union and homo-affective relations, granting interpretation according to the Federal Constitution to the article 1723 of the Civil Code, aligning the family concept with other clauses of the constitution text, in the light of fundaments, objectives and principles that guide the Brazilian Democratic State. The typical decision of the counter majority function remains as the only pillar of the rights effected in it, considering the persistent legislation omission about the matter and the sociopolitical flow that enhance the attempt of rights restriction.

**Keywords:** Homosexual Union. Against the Majority. Federal Supreme Court.

## 1 INTRODUÇÃO

O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132<sup>1</sup> pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2011, foi um dos mais emblemáticos, reconhecidos e controversos da história da Suprema Corte.

No julgamento que equiparou união estável e a união homoafetiva, dando uma interpretação não-restritiva ao conceito de entidade familiar, o STF recorreu à essencial da Constituição Federal e aos valores arraigados ao Estado vislumbrado no pacto constituinte: uma sociedade plural, fraterna sem preconceitos.

A decisão do Supremo completou dez anos em 2021, e ainda é necessária e vanguardista. Ainda enfrenta críticas de cunho ideológico e, também, jurídico, este decorrente de uma visão mais restrita da atuação contramajoritária para a efetivação de direitos constitucionais, ou mesmo dos mecanismos para a interpretação do texto constitucional.

Depois de mais de dez anos de uma das decisões mais relevantes do STF, pouco, ou quase nada, a ser dito sobre esse julgamento poderia ser inédito. Contudo, os constantes fluxos sociais e político-ideológicos permitem revisitar o entendimento firmado pela Suprema Corte na APDF 132, a fim de analisar seus impactos na sociedade.

## 2 O DILEMA DA AUSÊNCIA DE INTERESSE LEGISLATIVO EM APRECIAR MATÉRIAS CONTROVERSAS OU INTERESSES DAS MINORIAS

O Poder Legislativo detém a competência típica da criação de leis, com a finalidade essencial de traduzir os anseios e necessidades da sociedade que

---

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 1. Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente como Ação Direta de Inconstitucionalidade. União Homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. [...]. 2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo [...]. 3. Tratamento constitucional da instituição da família [...]. 4. União estável. Norma constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. [...] 5. Divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão. [...] 6. Interpretação do art. 1723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da “interpretação conforme”). [...] ADPF132/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 28 jun 2021.

representa. Pode-se dizer que essa representatividade é, contudo, limitada; na maioria das vezes voltada a garantir os interesses das maiorias.

O motivo é lógico. Os integrantes do Poder Legislativo, assim como do Poder Executivo, dependem diretamente de aprovação popular para continuarem a exercer seus cargos, submetendo-se, obrigatoriamente, a cada legislatura, à nova avaliação por parte de seus eleitores.

O processo decisório legislativo tem como fator determinante, portanto, o apelo popular – característica inerente e pilar da democracia representativa, calcada exatamente na vontade da maioria.<sup>2</sup>

A própria estruturação do Estado moderno abarca o dilema da defesa dos interesses das minorias diante do princípio da maioria, de modo a evitar que o sistema gere a exclusão de minorias, garantindo a igualdade de direitos entre os indivíduos.<sup>3</sup>

O conceito de minoria não é unívoco, comporta critério quantitativo – inferioridade numérica – e qualitativo – “grupos de cultura não-dominante dentro da sociedade em que estão inserindo e que, por isso, são suscetíveis de maior violação de seus direitos”.<sup>4</sup>

Ambos os critérios relacionam minorias, de forma prática, a grupos hierarquicamente subordinados e vulneráveis frente a padrões dominantes.<sup>5</sup>

Na medida em que a democracia representativa prestigia interesses e a vontade da maioria, a jurisdição constitucional em um Estado Democrático de Direito tem como uma de suas principais funções “garantir a existência das minorias

---

<sup>2</sup> SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. São Paulo: Ática, 1994.

<sup>3</sup> SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. São Paulo: Ática, 1994.

<sup>4</sup> BRAGATO, Fernanda Frizzo. Sobre o conceito de Minorias: uma análise sobre a racionalidade moderna, direitos humanos e não discriminação. In: Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann (org.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado. nº 14. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2018, p. 52.

<sup>5</sup> BRAGATO, Fernanda Frizzo. Sobre o conceito de Minorias: uma análise sobre a racionalidade moderna, direitos humanos e não discriminação. In: Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann (org.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado. nº 14. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2018, p. 52-53.

e assegurar a proteção dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional e nos tratados internacionais que o Brasil seja signatário”.<sup>6</sup>

É a independência e autonomia do Poder Judiciário, garantida por medidas como a vitaliciedade do magistrado,<sup>7</sup> que confere à jurisdição constitucional a capacidade de dar efetividade a direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 que podem ser suprimidos diante de omissões legislativas.

O debate atualíssimo sobre o chamado “ativismo judicial” envolve a percepção, a um lado ou a outro, acerca da amplitude da competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para assegurar a proteção de direitos fundamentais e limitar o poder estatal.<sup>8</sup>

### **3 A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA EXERCIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Se a atuação legislativa se relaciona fortemente com o apelo de uma maioria, é a jurisdição constitucional que poderá garantir direitos de minorias, operando como instância contramajoritária. O protagonismo do Judiciário nessas matérias, reflete uma natural da ausência de interesse legislativo.

O “trunfo” contra a maioria reside nos direitos fundamentais consagrados no art. 5º da Constituição Federal de 1988,<sup>9</sup> que elenca garantias individuais invioláveis

---

<sup>6</sup> ABOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.101, n.921, p. 191-211, jul. 2012. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/retrieve/118344/119209.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

<sup>8</sup> ABOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.101, n.921, p. 191-211, jul. 2012. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/retrieve/118344/119209.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

e estabelece restrições à atuação estatal,<sup>10</sup> destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

A função contramajoritária como forma de garantia de direitos fundamentais está intimamente ligada à noção de leitura moral da Constituição – uma interpretação sobre moralidade política, construtiva e coerente em seus princípios individuais abstratos –, proposta por Ronald Dworkin na obra *Direito da Liberdade*:

O governo deve tratar todos os sujeitos sob seu domínio como tendo igual status político e moral; deve tentar, de boa-fé, tratar todos com igual consideração e deve respeitar todas as liberdades individuais indispensáveis para esses fins, incluindo, mas não se limitando às liberdades especificamente designadas no documento, tais como a liberdade de expressão e de religião. [...] A leitura moral é uma estratégia para juristas e juízes agindo de boa-fé, o que qualquer estratégia interpretativa pode ser.<sup>11</sup>

A leitura moral proposta por Dworkin é utilizada como parâmetro hermenêutico na interpretação constitucional, tendo sido mencionada inclusive na ADPF 132.

Há, contudo, críticas no sentido de que conferir a juízes o poder de decidir sobre moralidade política poderia configurar uma restrição à soberania moral do povo, entendendo que a democracia está vinculada à vontade da maioria.<sup>12</sup>

A função contramajoritária tende a gerar certa tensão entre os poderes envolvidos, uma vez as decisões judiciais proferidas se sobrepõem aos atos praticados por representantes da política majoritária – controle de

<sup>10</sup> ABOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.101, n.921, p. 191-211, jul. 2012. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/retrieve/118344/119209.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade. A leitura Moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, citado em BORGES, Adriano Souto, *A leitura moral da Constituição: entre Dworkin e Waldron*, Disponível em: <http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/DIR29-06.pdf>. Acesso em 24 jun. 2021.

<sup>12</sup> DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade. A leitura Moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, citado em BORGES, Adriano Souto, *A leitura moral da Constituição: entre Dworkin e Waldron*, Disponível em: <http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/DIR29-06.pdf>. Acesso em 24 jun. 2021.

constitucionalidade em sentido lato, na declaração de inconstitucionalidade de leis e atos do Executivo.<sup>13</sup>

Em uma sociedade heterogênea, mas com poder político e econômico concentrados, a atuação voltada à garantia de interesses de minorias tende, em certa medida, a sofrer resistência popular por parte dos integrantes de grupos predominantes quando não há um engajamento social no mesmo sentido.

#### **4 OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA A EQUIPARAÇÃO ENTRE UNIÃO HOMOAFETIVA E UNIÃO ESTÁVEL DIANTE DA EVOLUÇÃO SOCIAL DA COMPREENSÃO DE FAMÍLIA**

O julgamento da ADPF 132 – julgada conjuntamente com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 – em que o STF, à unanimidade, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, equiparando-a a união estável heterossexual, teve notadamente um caráter contramajoritário, e representou uma relevante quebra de paradigmas para o seu tempo.

Na ADPF 132, que teve como relator o Ministro Ayres Britto, o Governador do Estado do Rio de Janeiro arguiu descumprimento de preceito fundamental decorrente da interpretação dada a dispositivos do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, que implicava na redução de direitos a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual;<sup>14</sup> e decisões judiciais “negando às

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. MENDONÇA, Eduardo. STF entre seus papéis contramajoritário e representativo. Publicado em: 03/01/2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>. Acesso em 24 jun. 2021.

<sup>14</sup> RIO DE JANEIRO. Decreto-Lei 220/1975. Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro. Art. 19 - Conceder-se-á licença: II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo; V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular; [...] Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo: I - salário-família; II - auxílio-doença; III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar; IV - financiamento imobiliário; V - auxílio-moradia; VI - auxílio para a educação dos dependentes; VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico; VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento; IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional; X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões. Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.

uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja preferência sexual se define como ‘heterossexual’<sup>15</sup>.

A inicial arguiu a violação aos preceitos fundamentais da igualdade, da segurança jurídica (caput do art. 5º), da liberdade (inciso II do art. 5º) e da dignidade da pessoa humana (inciso IV do art. 1º):

A leitura do voto do relator, contudo, expande consideravelmente os fundamentos constitucionais invocados para julgar a ação procedente, conferindo interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil,<sup>16</sup> e conferindo uma interpretação não-reducionista ao caput do art. 226 da Constituição Federal<sup>17</sup> – a “expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa”.

O voto do relator ressalta que o preâmbulo da Constituição estabelece como finalidade do Estado Democrático brasileiro “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”,<sup>18</sup> consagrando o “constitucionalismo fraternal”:

O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do “Constitucionalismo fraternal” sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra “Teoria da Constituição”, Editora Saraiva, 2003. **Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas** (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental **igualdade civil-moral** (mais do que simplesmente econômico-social) **dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados**. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos

<sup>15</sup> Íntegra do Acórdão da ADPF 132/RJ, p. 10.

<sup>16</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

<sup>17</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado

<sup>18</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. PREÂMBULO. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homoafetivos”. (Grifo não consta do original).<sup>19</sup>

Nesse mesmo sentido, o voto do Ministro Luiz Fux registrou que

“os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são o **preconceito e a intolerância, enfaticamente rechaçados pela Constituição já em seu preâmbulo** (“[...]a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, [...]”)<sup>20</sup> (grifo não consta do original).<sup>20</sup>

Também foi multicitado o inciso IV do art. 3º da Constituição, que estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.<sup>21</sup>

O voto do relator invocou ainda o princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que a orientação sexual do indivíduo é “poderoso fator de afirmação e elevação pessoal”, registrando que “se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente”.<sup>22</sup>

O voto ainda se fundamentou na autonomia de vontade das pessoas naturais, no direito à intimidade e à privacidade, registrando que “nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade”.<sup>23</sup> Ainda, o direito à busca da felicidade.

Ainda no âmbito do princípio da dignidade humana, o voto do Ministro Joaquim Barbosa registrou que “o reconhecimento dos direitos das pessoas que mantêm relações homoafetivas decorre [...] do acolhimento no nosso sistema jurídico do postulado ou da ideia de reconhecimento”.

<sup>19</sup> Íntegra do Acórdão da ADPF 132/RJ, p. 25.

<sup>20</sup> Íntegra do Acórdão da ADPF 132/RJ, p. 65.

<sup>21</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>22</sup> Íntegra do Acórdão da ADPF 132/RJ, p. 31.

<sup>23</sup> Íntegra do Acórdão da ADPF 132/RJ, p. 32.

Com base nesses primados, o Supremo conferiu sentido amplo ao termo “família”, assentando que “a Constituição Federal não empresta ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica”, e “não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa”.<sup>24</sup>

A decisão histórica do STF explora as bases da Constituição Federal, na finalidade do Estado Democrático, nos fundamentos e objetivos da República, bem como em seus direitos individuais fundamentais e invioláveis, dando efetividade ao constitucionalismo democrático que norteou o pacto constituinte.

A partir dessa decisão, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução 175, que impede os cartórios brasileiros de se recusarem a converter uniões estáveis homoafetivas em casamento civil,<sup>25</sup> consolidando a isonomia entre os casais heteroafetivos e homoafetivos.

## **5 A NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO HARMÔNICA DOS PRECEITOS E DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS**

O julgamento da APDF foi apontado como um caso de “ativismo judicial”, termo relativamente recente e ainda nebuloso. Não são claros os limites entre o que seria ativismo judicial e o exercício da competência do Poder Judiciário para garantir a efetivação de direitos constitucionais, conferindo efetividade à própria vontade soberana consagrada na Constituição de 1988.

Impedir que a jurisdição constitucional atue para dar efetividade aos direitos assegurados na própria Constituição não parece atender ao que se propôs no pacto constituinte em 1988, inclusive porque são inegáveis os casos de mora ou omissão legislativa que obstar o exercício de direitos.

Veja-se que a própria Constituição previu esse risco à efetivação de direitos, estabelecendo como instrumento constitucional o mandado de injunção “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades

<sup>24</sup> Íntegra do Acórdão da ADPF 132/RJ, p. 3.

<sup>25</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 175 de 14/05/2013. Casamento Civil ; União estável ; pessoas de mesmo sexo; casamento gay; DJe/CNJ nº 37/2018, de 07/03/2018, p. 2-15. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em 28 jun 2021.

constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.<sup>26</sup>

Uma das críticas feitas ao julgamento da ADPF 132 foi de que o STF teria adotado postura interpretativa que extrapola os limites constitucionais de sua competência,<sup>27</sup> especialmente no que se refere aos vocábulos homem e mulher presentes no art. 226, §3º da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o **homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Conforme mencionado, o entendimento do STF foi no sentido de adotar uma interpretação não-reducionista do conceito de família, dando coerência ao texto constitucional, “pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico”, vedado no próprio preâmbulo da Constituição e nos fundamentos dispostos em seu art. 3º:

Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...].

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux registra que

O art. 226, § 3º, da Constituição deve ser interpretado em conjunto com os princípios constitucionais da igualdade, da

<sup>26</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 5º [...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

<sup>27</sup> STRECK, L. L. O caso da ADPF 132: defender o texto da constituição é uma atitude positivista (ou "originalista")?. *Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 280–304, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24685>. Acesso em: 24 jun. 2021.

dignidade da pessoa humana – em sua vertente da proteção da autonomia individual – e da segurança jurídica, de modo a conferir guarida às uniões homoafetivas nos mesmos termos que a confere às uniões estáveis heterossexuais.

Interpretação diversa, de fato, tornaria a Constituição Federal contraditória em si mesma, inclusive contrariando a finalidade do Estado Democrático e os fundamentos proposta para a República Federativa do Brasil. Interpretação diversa resultaria em cidadãos brasileiros de segunda classe, com cidadania limitada – violando os fundamentos da cidadania e dignidade da pessoa humana consagrados no art. 1º da Constituição.<sup>28</sup>

## **6 OS INFLUXOS IDEOLÓGICOS E POLÍTICOS QUE PODEM IMPACTAR DIREITOS INDIVIDUAIS EXERCIDOS POR FORÇA DE DECISÕES DAS CORTES CONSTITUCIONAIS**

O início do voto do Ministro Relator ressaltou que “o dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário para a estabilidade da vida coletiva”, inclusive entre magistrados e membros de Tribunais Judiciário.<sup>29</sup>

O dissenso político foi ressaltado também no voto do Ministro Gilmar, registrando que, àquela época, o debate legislativo sobre o tema já se estendia por mais de quinze anos, sem um desfecho. Contudo, pontuou iniciativas estaduais como indicativo de uma busca do Estado em consolidar o reconhecimento e a proteção da união homoafetiva.<sup>30</sup>

O Ministro Gilmar Mendes pontuou que determinados temas afetos à união homoafetiva tinham menor resistência no Parlamento, como efeitos previdenciários da união homoafetiva, outros sendo considerados bastante controvertidos, como a adoção de crianças por casais homoafetivos.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>29</sup> Íntegra do Acórdão da ADPF 132/RJ, p. 19.

<sup>30</sup> Íntegra do Acórdão da ADPF 132/RJ, p. 167.

<sup>31</sup> Íntegra do Acórdão da ADPF 132/RJ, p.167.

O julgamento foi pautado por um entendimento de “evolução do espírito do tempo” no contexto da sociedade,<sup>32</sup> uma evolução social, mudança de mentalidade, que indica uma “progressiva legitimação social das uniões homoafetivas”.<sup>33</sup>

Interesse observar que apenas dois anos após a histórica decisão do STF na ADPF 132, foi apresentado na Câmara dos Deputados, pelo então parlamentar Anderson Ferreira, o Projeto de Lei nº 6.583/2013, conhecido como “Estatuto da Família”.

O Projeto definiu “entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”,<sup>34</sup> em uma tentativa de restringir o conceito de entidade familiar, em contrariedade ao assentado pelo STF no julgamento da APDF 132.

A tentativa de nova restrição ao conceito de família, logicamente, encontraria óbice no entendimento firmado pelo STF na ADPF 132, que afastou a interpretação restritiva do conceito de família disposto no art. 226 da Constituição.

O dispositivo proposto no PL nº 6.583/2013 também encontraria óbice no art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, da qual o Brasil é signatário, segundo o qual “nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos”.

A questão que remanesce é: se cabe ao Poder Judiciário dizer o direito, e ao STF o dever-poder de interpretar a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais à luz de seus dispositivos, suas decisões baseadas notadamente em fundamentos principiológicos poderiam ser ameaçadas por mudanças sociopolíticas?

<sup>32</sup> Íntegra do Acórdão da ADPF 132/RJ, p. 30.

<sup>33</sup> Como destacado pelo Ministro Luiz Fux, p. 167 da íntegra do acórdão da APDF 132.

<sup>34</sup> Disponível em [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node08agkiws3rfi41ulkbghi9h1ac8403418.node0?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node08agkiws3rfi41ulkbghi9h1ac8403418.node0?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013). Acesso em 28 jun 2021.

No julgamento da APDF 132, os ministros da Suprema Corte abordaram a evolução da mentalidade da sociedade sobre a proteção dos direitos de cidadãos homossexuais, apontando inclusive algumas iniciativas legislativas nesse sentido.

Dez anos após esse julgamento, são notórios os avanços da sociedade e da legislação no sentido de trazer isonomia às uniões homoafetivas.

Por outro lado, são inegáveis as tentativas de restringir direitos ou deslegitimar essas relações. A exemplo do recente Projeto de Lei nº 504/2020, apresentado na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP), que “proíbe a publicidade, através de qualquer veículo de comunicação e mídia de material que contenha alusão a preferências sexuais e movimentos sobre diversidade sexual relacionados a crianças no Estado”.<sup>35</sup>

O Projeto apresenta como justificativa que “o uso indiscriminado deste tipo de divulgação traria real desconforto emocional a inúmeras famílias, além de estabelecer prática não adequada a crianças”:

Considerando que o uso indiscriminado deste tipo de divulgação trariam real desconforto emocional a inúmeras famílias além de estabelecer prática não adequada a crianças que ainda, sequer possuem, em razão da questão de aprimoramento da leitura (5 a 10 anos), capacidade de discernimento de tais questões.

Há que se ressaltar, ainda, que em vários países a divulgação de qualquer material no sentido do que estabelece este projeto de lei vem sofrendo sérias e adequadas restrições a fim de impedir desconfortos sociais e atribulações de inúmeras famílias e situações evitando, tanto a possibilidade, quanto a inadequada influência na formação de jovens e crianças.

Portanto, é nossa intenção limitar a veiculação da publicidade que incentive o consumidor do nosso Estado a práticas danosas, sem interferir na competência Legislativa exclusiva da União, no que diz respeito à propaganda comercial, que, de caráter geral, não impede que o Estado legisle a respeito de assuntos específicos, como é o caso deste Projeto de Lei.

Além da existência de iniciativas contrárias ao entendimento firmado pelo STF na ADPF 132, mesmo após dez anos da decisão que equiparou as uniões estáveis homoafetivas às uniões igualmente estáveis que se dão entre pessoas de

---

<sup>35</sup> Projeto de Lei nº 504/2020. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo – ALESP. Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000331594>. Acesso em 29 jun 2021.

gênero diferente, nenhum projeto de lei que tramita no Congresso Nacional foi aprovado – há mais de 50 (cinquenta) projetos voltados à causa LGBTQIA+.<sup>36</sup>

Uma década após o julgamento da APDF 132, a decisão do STF parece ainda mais à frente de seu tempo, e representa um freio às tentativas de retaliação aos direitos ali reconhecidos – que serviram de motor para outras conquistas sociais –, decorrentes de mudanças no cenário político-social, como a inegável onda conservadora, percebida a nível mundial.

Um dos riscos inerentes aos direitos exercidos com base em decisões judiciais proferidas em sede de jurisdição constitucional é que a interpretação das normas constitucionais pode variar conforme a composição das Cortes.

Um exemplo clássico desse fluxo são as idas e vindas das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos em um curto período, decorrentes da nova composição da Corte, que atualmente conta com maioria conservadora.

Em 2015, alguns anos após a decisão proferida pelo STF, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou, por cinco votos a quatro, inconstitucionais leis de vários Estados norte-americanos que o proibiam o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo.

Recentemente, em 2020 a Suprema Corte americana declarou que é inconstitucional a demissão de funcionário em razão de orientação sexual. O caso envolveu a interpretação dada a uma lei federal de 1964 que proíbe a discriminação “com base no gênero”, considerando decisões de tribunais que limitavam sua aplicação a distinção entre homem e mulher.<sup>37</sup>

Por outro lado, em 2021, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu nesta quinta-feira em favor de que uma agência de adoção católica que se recusou a

---

<sup>36</sup> Projetos sobre direitos LGBT caducam sem análise no Congresso. Disponível em <https://www.jota.info/legislativo/projetos-sobre-direitos-lgbt-caducam-sem-analise-no-congresso-28062021>. Acesso em 29 jun 2021.

<sup>37</sup> Corte dos EUA diz que é ilegal demitir funcionário por ser gay ou trans. Disponível em [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2020/06/15/interna\\_mundo,863881/corte-dos-eua-diz-que-e-ilegal-demitir-funcionario-por-ser-gay-ou-tran.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2020/06/15/interna_mundo,863881/corte-dos-eua-diz-que-e-ilegal-demitir-funcionario-por-ser-gay-ou-tran.shtml). Acesso em 29 jun 2021.

considerar casais da comunidade LGBTQIA+ como potenciais mães ou pais adotivos em caráter temporário.<sup>38</sup>

A efetivação de direitos pela via da jurisdição constitucional parece se sujeitar a maiores riscos de retrocesso, a depender do contexto sociopolítico imposto – e principalmente nos casos de ausência de alternância do poder. Contudo, o progresso alcançado no Brasil no tocante às pautas da comunidade LGBTQIA+ seria possível sem o entendimento firmado na APDF 132? Aparentemente, não.

## 7 CONCLUSÃO

O progresso democrático exige constante vigilância, e necessariamente passa pela possibilidade de o Poder Judiciário intervir com a finalidade de garantir os direitos de grupos minoritários, construindo as bases de uma sociedade plural e fraterna.

O julgamento da ADPF 132 foi um divisor de águas na compreensão do sentido constitucional da entidade familiar e conferiu igualdade de tratamento aos cidadãos brasileiros, por meio de uma interpretação sistêmica do texto constitucional, com base na finalidade, fundamentos e princípios do Estado Democrático Brasileiro.

Dez anos depois da decisão, o entendimento ali exarado permanece imprescindível para a manutenção dos direitos de casais homoafetivos, especialmente diante das constantes tentativas de restrição de direitos ou deslegitimação de estruturas familiares não predominantes.

A função contramajoritária do STF é sua maior contribuição para a democracia, e a garantia dos direitos das minorias, sua maior virtude.

---

<sup>38</sup> Supremo dos EUA decide que agência de adoção católica pode rejeitar casais do mesmo sexo. Disponível em <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-06-17/supremo-dos-eua-decide-que-agencia-de-adoacao-catolica-pode-rejeitar-casais-do-mesmo-sexo.html>. Acesso em 29 jun 2021.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.101, n.921, p. 191-211, jul. 2012. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/retrieve/118344/119209.pdf>>.

BARROSO, Luís Roberto. MENDONÇA, Eduardo. STF entre seus papéis contramajoritário e representativo. Publicado em: 03/01/2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Sobre o conceito de Minorias: uma análise sobre a racionalidade moderna, direitos humanos e não discriminação. In: Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado. nº 14*. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2018, p. 52.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Pleno. Relator: Ministro Ayres Brito. 05 mai 2011. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>.

DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade. A leitura Moral da Constituição norteamericana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, citado em BORGES, Adriano Souto, *A leitura moral da Constituição: entre Dworkin e Waldron*, Disponível em: <http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/DIR29-06.pdf>.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. São Paulo: Ática, 1994.

STRECK, L. L. O caso da ADPF 132: defender o texto da constituição é uma atitude positivista (ou “originalista”)? *Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 280–304, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24685>.

# O STF E A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DEFRENTE A DEMOCRACIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ana Caroline da Silva Fonseca

## RESUMO

Dos primórdios aos dias atuais, é descrita a história enfrentada pelas minorias. Minorias estas oprimidas pela intransigência que buscam por meio do Poder Judiciário a concretização de direitos, a verdadeira democracia e o afago para seus anseios. O enfoque deste estudo se limita a analisar o STF e a sua função contramajoritária defrente a democracia e os direitos fundamentais, trazendo como exemplo desse papel contramajoritário, o julgamento das ações ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ. Inicialmente far-se-á considerações acerca da democracia e direitos fundamentais sob a ótica constitucional, abordando a acepção de tais parâmetros, bem como, seu amparo na Lei Maior. Em seguida, foi realizado ponderações no que tange a função contramajoritária exercida pela Suprema Corte, e por fim, foi exposto através da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ a relevância da função contramajoritária no meio social. Esta pesquisa possui caráter qualitativo, tendo por base de estudo: a doutrina e a legislação vigente que tangenciam o tema em tela.

**Palavras-chave:** Função Contramajoritária. Democracia. Direitos Fundamentais.

## ABSTRACT

From the beginning to the present day, the history faced by minorities is described. Minorities that are oppressed by the intransigence that seek, through the Judiciary Power, the realization of rights, true democracy and care for their wishes. The focus of this study is limited to analyzing the STF and its countermajoritarian function against democracy and fundamental rights, bringing as an example of this countermajoritarian role, the judgment of actions ADI 4.277/DF and ADPF 132/RJ. Initially, considerations will be made about democracy and fundamental rights under the constitutional perspective, addressing the meaning of such parameters, as well as their support in the Major Law. Then, considerations were carried out regarding the countermajority function exercised by the Supreme Court, and finally, the relevance of the countermajority function in the social environment. This research has a

qualitative character, based on the study: the doctrine and the current legislation that tangent the theme on screen.

**Keywords:** Countermajority. Function. Democracy. Fundamental Rights.

## 1 INTRODUÇÃO

Presenciamos na contemporaneidade cada vez mais a indispensabilidade do papel contramajoritário conferido à Corte Constitucional. Isso porque, vivenciamos gradativamente e de forma acentuada e violenta o desrespeito a direitos fundamentais, direitos estes que além de ofendidos, são negligenciados e conseqüentemente oprimidos pela maioria democrática.

O Estado Democrático de Direito imprescindível para regulação da soberania popular deve observância a Lei Maior, pois é por meio da bússola constitucional que somos guiados e concretizamos valores cruciais.

Entretanto, traçando um caminho evolutivo sabe-se que conforme sedimenta a própria Carta Magna temos o Princípio da Separação dos Poderes, revelado por Aristóteles e remodelado por Montesquieu no qual pontua que os limites e responsabilidades de cada órgão devem ser preestabelecidos e seguir o caminho delineado, a fim de evitar a concentração de poder nas mãos de um só e causar o absolutismo.

Todavia, o que fazer defronte ao silêncio legislativo? Esperar e esperar? Talvez outrora, em momentos bem distantes, essa fosse a única e mais sensata escolha. No entanto, na atual conjuntura esse aguardo é sinônimo de insensatez e a opção jamais escolhida. Ainda que se tenha ciência que o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos, conforme corrobora o artigo 1º da Constituição Federal, tem-se a consciência que em face da omissão legislativa, direitos fundamentais que atuam em favor da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana padecem de efetivação.

Nesse bojo o papel contramajoritário visa essa efetivação, a busca pela preservação dos direitos fundamentais em sentido amplo, capaz de atender “maiorias e minorias” colocando-as em paridade pois, dar tratamento isonômico às partes

significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. (NERY JUNIOR, 1999, p 42)

Por essas razões, é oportuno trazer à baila ponderações no que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal e a função contramajoritária defronte a democracia e direitos fundamentais. O presente artigo tem como principal escopo discorrer no tocante a democracia e os direitos fundamentais sob a ótica constitucional, bem como no que diz respeito a aceção dessa função.

Trazendo por fim, a relevância da função contramajoritária no meio social por meio do caso concreto, elucidada nas ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ. Rel. Min. Carlos Ayres Britto (União homoafetiva).

## **2 A DEMOCRACIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL**

Segundo Eduardo Carlos Bianca Bittar (2018), quando se toca no termo democracia, muitos mitos e conceitos vem à tona. É isso porque o termo democracia está eivado de significados históricos, atravessado por experiências históricas. A doutrina costuma conhecer três modelos de democracia, ao passo que a democracia semidireta foi eleita pela Carta Magna de 1988 em que se adotam instrumentos de democracia indireta ou representativa, mesclados a alguns instrumentos de participação direta no poder.

É sabido que por meio da atual Constituição Federal assentamos o ideal democrático. Propagamos através da mesma, um viés pautado eminentemente em cidadania e consolidamos no texto legal a soberania popular, pautada no povo, no titular do poder constituinte, ente que legitima todo o poder político. O artigo 1º da Lei Maior consagra em seu parágrafo único o Estado Democrático de Direito e a relevância popular.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Por essa mesma causa, o artigo 14, ainda do mesmo diploma legal, assevera que:

A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

Dessa maneira, após um longo e escuro período de ditadura, a Constituição Federal de 1988, tornou possível a retomada do sentido da democracia. Asseverando que a democracia representativa está blindada, como cláusula pétreia, conforme disposto no seu art. 60, § 4o (“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) II. o voto direto, secreto, universal e periódico”). (BITTAR, 2018, p, 365).

Arelado a esse entendimento, é consenso afirmar, que essa mesma Carta Constitucional enumerou a fim de concretizar a democracia econômica, social e cultural seus objetivos fundamentais, com o escopo de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sendo tais direitos fundamentais nas palavras de Eduardo Carlos Bianca Bittar (2016) os próprios direitos humanos constitucionalizados, ou seja, recepcionados e admitidos como válidos dentro da ordem concreta de um determinado Estado-Nação. Nesse prisma, o artigo 5<sup>a</sup> da Constituição Federal elenca os direitos e garantias fundamentais, corroborando que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais, em suas diversas dimensões, compõem o acervo de direitos que permitem a ampla e plena salvaguarda da dignidade da pessoa humana, e, por isso, podem ser considerados aqueles direitos sem os quais é impossível pensar o desenvolvimento de sociedades democráticas, pluralistas, tolerantes e abertas. (BITTAR, 2016, p.71).

Ainda no rótulo de garantias e direitos fundamentais, o constituinte detalhou inúmeros direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5.º), assim como direitos sociais (art. 6.º) e assegurou aos trabalhadores direitos associativos (art. 8.º), de greve (art. 9.º) e participativos (arts. 10 e 11). (TOFFOLI, 2018, p.498). O legislador fez da Carta de 1988 um verdadeiro livro de direitos, e o Supremo tem desenvolvido,

nos últimos trinta anos, papel de verdadeiro guardião do seu núcleo. (TOFFOLI, 2018, p.499).

Constata-se, portanto, que à luz da Constituição Federal de 1988 democracia e direitos fundamentais coadunam do mesmo objetivo, caminham lado a lado, elevando o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como, fortalecendo o respeito a liberdade e a igualdade no seio social. Haja vista que, para que se tenha uma sociedade justa, solidaria e harmônica é imprescindível a postura diante das particularidades de cada indivíduo.

Nesse contexto, a afirmação do termo “democracia”, numa sociedade ainda marcada por traços autoritários e fortes clivagens sociais, faz algum sentido, este não é o da democracia formal (nominal), e muito menos o da democracia liberal (representativa), abrindo-se como desafio nos horizontes e perspectivas de construções sociais orientadas por utopias reais. (BITTAR, 2016, p.60).

Por fim, conclui-se que a prática da justiça se torna possível, no entanto, quando a palavra cidadã está presente nas deliberações públicas. (BITTAR, 2016, p. 62) Desse modo, para que democracia e direitos fundamentais alcance todos os cidadãos do Estado Democrático de Direito é imperativo que haja freios na consecução de tais preceitos, pois a deturpação dos mesmos difunde o retrocesso da Carta Magna e impede que mais largueza se dê aos direitos fundamentais.

### **3 ACEPÇÃO: FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA**

A Constituição Cidadã de 1988 é o esteio substancial para a formação da sociedade. Por meio dela, delimita-se, impõe-se e aprende-se que estamos inseridos em um Estado Democrático, mas não apenas democrático, nos localizamos em um Estado de Direitos e isso significa dizer que além de antiautoritário, liberal e progressista, somos um Brasil que essencialmente prima desde então pela Supremacia da Constituição e pela proteção de direitos fundamentais.

Dito isso, é irrefutável afirmar que a Lei Maior exterioriza a soberania popular e assegura a vontade do povo. Em contrapartida, embora seja executado o governo da maioria, não se pode permitir que esse exercício seja incontestável e

ilimitado ao passo que a extrapolação dessa primazia lesiona os próprios limites impostos através dessa carta constitucional.

Por essas razões surge a função contramajoritária, exercida pelo Poder Judiciário, visando que o democratismo não se desvirtue e na contramão do seu verdadeiro sentido passe a ser utilizado para distorcer valores e oprimir os direitos das minorias.

À vista disso, Eduardo Cambi (2009) preceitua que:

Em uma sociedade justa e bem ordenada, as leis não podem comprometer a realização dos direitos fundamentais. Sendo tais direitos fundamentais trunfos contra a maioria, não poderia essa maioria, mas um órgão independente e especializado deveria ter a competência para verificar a existência de ações ou omissões contrárias à Constituição. A jurisdição constitucional representa a grande invenção contramajoritária, na medida em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia. Caso contrário, se a jurisdição constitucional não existisse ou não detivesse os poderes que tem, ficando a maioria democrática na incumbência de afirmar a prevalência concreta de direitos em colisão, ter-se-ia que negar a ideia de que os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria e questionar a própria razão de ser dos mesmos direitos fundamentais. (CAMBI, 2009, p.205).

Nessa perspectiva, conforme leciona Luís Roberto Barroso (2016) Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais em todo o mundo desempenham, ao menos potencialmente, três grandes papéis ou funções, dentre as quais destacamos a função contramajoritária.

O papel contramajoritário identifica, como é de conhecimento geral, o poder de as cortes supremas invalidarem leis e atos normativos, emanados tanto do Legislativo quanto do Executivo. A possibilidade de juízes não eleitos sobreporem a sua interpretação da Constituição à de agentes públicos eleitos recebeu o apelido de “dificuldade contramajoritária”. (BARROSO, 2016, p 5).

Para Sérgio Augusto Lima Marinho e Alexandre Walmott Borges (2013):

O papel contramajoritário significa que em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe àquela instância julgadora, a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (i.e., de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). E, ao seu turno, o papel representativo que

significa o atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional.

Denota-se, portanto, que por meio da função contramajoritária, é concedido as minorias os direitos que lhe são inerentes pelo simples fato da sua condição humana. Coloca-se em patamares de igualdade os valores destes e restringe-se o poder de decisão de uma maioria parlamentar. Pois a democracia, portanto, para além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça. É isso que a transforma, verdadeiramente, em um projeto coletivo de autogoverno, em que ninguém é deliberadamente deixado para trás. (BARROSO, 2015, p. 37).

A função contramajoritária é um papel legítimo dos tribunais, notadamente quando atuam, em nome da Constituição, para protegerem os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, mesmo contra a vontade das maiorias. No Brasil, ao contrário do que se poderia supor, o Supremo Tribunal Federal desempenha este papel com parcimônia e autocontenção. (BARROSO, 2016, p.5).

Nessa conjuntura, de acordo com Daniel Sarmiento, não será por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal (STF), marcadamente, nesse tempo de grandes transformações e transição políticas, sociais e econômicas, vem sendo chamado a julgar a constitucionalidade de uma gama cada vez mais variada de assuntos tão relevantes para o país, lembrando-se como alguns dos mais recentes, o da união estável homoafetiva, entre outras de enorme repercussão.

Afinal, ainda que críticas sejam levantadas acerca da legitimidade do STF ao exercer o controle de constitucionalidade de atos praticados pelos representantes diretos do povo é necessário contrabalancear. Tendo em vista que a legitimidade não encontra amparo apenas no cargo público por meio do voto.

Pode-se, conforme preceitua Daniel Sarmiento sustentar com razoável tranquilidade a legitimação democrática – que nem por isso representa qualquer seguro contra mazelas – e a importância para a democracia participativa do papel contramajoritário do Poder Judiciário e com especial relevância do Supremo Tribunal Federal.

A decisão do Tribunal Constitucional fundada em violação à disposição de direito fundamental não é contra o povo, mas tomada, em nome do povo, contra os erros de cálculo dos representantes políticos do povo. (GALVÃO FILHO, 2010, p. 369). Pois, por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia a dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo. (BARROSO, 2010, p.90).

O que de fato é certo, é que a função contramajoritária traz paridade para os dois lados de uma mesma moeda, sopesando os limites da maioria para proporcionar que não só ela, mas também as minorias tenham a chance de usufruir do que lhe pertence. Por fim, a Constituição de um Estado Democrático de Direito assume duas funções principais, a fim de limitar as maiorias atuais:

Em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais (BARROSO, 2010, p.89)

Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. A Constituição não pode, não deve nem tem a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária. (BARROSO, 2010, p. 90).

#### **4 A RELEVÂNCIA DA FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA NO MEIO SOCIAL: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 4.277 E ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) Nº 132/RJ**

O julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ exprimem plausivelmente uma quebra de paradigmas e impõe que a união homoafetiva é entidade familiar e dela decorrem todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher.

Um avanço para o direito, um crescimento significativo e necessário para o direito de família e um progresso para a sociedade. Um entendimento consolidado

pela Suprema Corte Federal que significou muitas coisas dentro de um cenário contemporâneo enraizado em uma cultura egoísta e arcaica que usa dos conceitos de democracia e direitos fundamentais estabelecidos na Lei Fundamental para oprimir e impedir a concretização de direitos de forma plena e igualitária.

É fato, o veredicto dessa decisão trouxe afago para uma minoria desdenhada, mas muito além disso, esse mesmo veredicto viabilizado devido a função contramajoritária exercida pela Corte Constitucional testemunha a sua indispensabilidade defronte a inercia legislativa e conseqüentemente a negação de uma maioria.

As ações julgadas procedentes por votação unânime do Tribunal e cuja eficácia foi erga omnes e de efeito vinculante denota um salto importantíssimo na luta contra as discriminações e o preconceito. Dado que, nesse itinerário o relator Ayres Britto (2011) assevera que:

Há mais o que dizer desse emblemático inciso IV do art. 3º da Lei Fundamental brasileira. É que, na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica das pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada. Cuida-se, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem da química da própria Natureza, ao menos no presente estágio da Ciência e da Tecnologia humanas.

Destarte, nos dizeres de Gabriel Gomes Contarini (2021) o julgamento conjunto das ações equiparou, para todos os fins, as uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas.

Em um gigantesco e tardio salto iluminista, a corte máxima conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil assentando que *“O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica”*.

Nesse bojo, a interpretação no que tange ao instituto da família foi ampliado para estimular e promover a felicidade individual. Uma vez que, o julgamento da equiparação das uniões estáveis homoafetivas demonstra que no âmbito familiar, a

dignidade e o consequente direito a busca da felicidade só podem ser alcançados quando o indivíduo é livre para estabelecer seus vínculos afetivos da forma que melhor lhe aprouver. (CONTARINI, 2021).

Partindo dessa reflexão, assim como não se pode separar as pessoas naturais do sistema de órgãos que lhes timbra a anatomia e funcionalidade sexuais, também não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir. (AYRES BRITTO, 2011, p. 27).

Em consonância ao exposto, a ministra Cármen Lúcia (2011) assevera que aqueles que fazem sua opção pela união homoafetiva não podem ser desiguados em sua cidadania. Ninguém pode ser de uma classe de cidadãos diferentes e inferiores, porque fizeram a escolha afetiva e sexual diferente da maioria.

Desse modo, estaríamos segundo o ministro Joaquim Barbosa (2011) diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo dos direitos. Sendo arbitrário e inaceitável segundo Celso de Mello (2011) qualquer estatuto que puna, exclua, discrimine ou fomente a intolerância, estimule o desrespeito e a desigualdade e as pessoas em razão de sua orientação sexual.

Por fim, com o julgamento histórico e mais que apropriado ao contexto contemporâneo que presenciamos, a então ministra Ellen Grace (2011) em seus dizeres, corroborou que o Supremo restituiu aos homossexuais o respeito que merecem, reconhece seus direitos, restaura a sua dignidade, afirma sua identidade e restaura a sua liberdade.

## **5 CONCLUSÃO**

O ideal de justiça na atualidade pulsa muito mais forte que em outrora e essa afirmativa não é nem um pouco por acaso. Desde a antiguidade somos ensinados a lutar pela sobrevivência e ao longo dessa trajetória também fomos instruídos a lutar por direitos. Desse modo, não tem sido aceitável e nem tampouco racional que as maiorias detenham e imponham como se desdobra a soberania popular e consequentemente como se dita as regras de quem faz jus aos direitos fundamentais.

O presente artigo foi construído na análise da função contramajoritária exercida pelo Supremo Tribunal Federal defronte a democracia e os direitos fundamentais perpassando pelo caso concreto delineado através do julgamento conjunto da ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ acerca da união homoafetiva.

Constatou-se que a democracia é salutar para manter e efetivar direitos fundamentais. São parâmetros que se compatibilizam para valorizar a dignidade da pessoa humana e erradicar qualquer forma de desigualdade que tente pormenorizar quem quer seja em função, por exemplo, da sua opção sexual.

Em contrapartida, embora sejam esses os desejos que emanam do texto constitucional, observou-se também que apenas a letra da lei infelizmente não é suficientemente por si só. Isso porque, como dito em momento adequado, as deturpações no que tangerem aos conceitos e objetivos de democracia e direitos fundamentais existem e se propagam ao ponto de destruir, dominar e até mesmo matar.

Desse modo, há de se concordar que as maiorias ao manipularem os ensinamentos da Lei Maior ensejam obrigatoriamente do lado oposto que se organizem e combatam legalmente os absurdos e abusos advindos da intolerância. Faz-se, portanto, tempestivo falar em função contramajoritária para proteger direitos fundamentais e as regras do jogo democrático.

Nessa ótica, é imprescindível observar que o papel contramajoritário exercido pelo STF de forma alguma visa extrapolar os limites que lhe foram impostos pela Carta Constitucional quando se fala em Separação de Poderes e sequer tem a pretensão de desprestigiar as atribuições inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo.

Entretanto, não pode também o Tribunal Constitucional dar as costas ao ser avocado pela população, pela minoria que anseia por concretização de direitos que lhe pertencem. Não é razoável que o Supremo Tribunal Federal se mantenha inerte em razão do cochilo legislativo. Não é responsável que a Suprema Corte se mantenha omissa enquanto cidadãos são colocados contra sua vontade em uma classe inferior e diferente devido sua escolha sexual.

Em suma, a função contramajoritária quando exercida é para igualar o povo, e para trazer respeito e consequentemente devolver direitos que lhe foram tirados sem nem um respaldo admissível em seara constitucional.

## REFERÊNCIAS

AYRES BRITTO, C A F. **Voto oralizado – ADI nº 4.277/DF e ADP nº 132/RJ – União Homoafetiva**. STF, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, UniCEUB, v. 5, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>>. Acesso em: junho 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas**. UERJ, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em: junho 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 452, 2010.

BITTAR, Eduardo C. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. Editora Saraiva, 2018.

BITTAR, Eduardo C. **Teoria do Estado - Filosofia Política e Teoria da Democracia**, 5ª edição. Grupo GEN, 2016.

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

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 527, 2009.

CONTARINI, Gabriel Gomes. **Dez anos do julgamento conjunto da ADPF 132 e ADI 4277. Como anda a aplicação do direito à busca da felicidade no direito de família pelo STF?** 2021. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1668/Dez+anos+do+julgamento+conjunto+da+ADPF+132+e+ADI+4277.+Como+anda+a+aplica%C3%A7%C3%A3o+do+direito+%C3%A0+busca+da+felicidade+no+direito+de+fam%C3%ADlia+pelo+STF%3F>>. Acesso em: junho 2021.

DIAS TOFFOLI, José A. **30 Anos da Constituição Brasileira-Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições**. Grupo GEN, 2018.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientador: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Repositório Digital LUME, 2010. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/88482/000758450.pdf?sequence=1>>. Acesso em: junho 2021.

MARINHO, S A L; BORGES, A W. **O papel contramajoritário dos direitos fundamentais e o dever do poder judiciário brasileiro perante omissões legislativas**. In: VITA, Jonathan Barros; LEISTER, Margareth Anne. Direitos Fundamentais e Democracia II. XII Encontro Nacional do CONPEDI/UNINOVE. Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8ee30f15c1c633d3>>. Acesso em: junho 2021.

MIGALHAS. **STF reconhece união homoafetiva**. 2011. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/132610/stf-reconhece-uniao-homoafetiva>>. Acesso em: junho 2021.

NERY JÚNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SARMENTO, Daniel. **O papel contramajoritário do STF**. Tribunal de Justiça, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186860/man-debat-des-luiz-fernando-ribeiro-carvalho.pdf>>. Acesso: junho 2021.

# ABORTO LEGAL: BREVE ESTUDO SOBRE O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POR MEIO DO CONTROLE CONCENTRADO

Amanda de Paula Fukuyoshi<sup>1</sup>

## RESUMO

O aborto é a interrupção, voluntária ou natural, da gravidez. O ponto central é a possibilidade da interrupção por escolha da gestante, com a criminalização ou não da conduta. O tema por diversas vezes é objeto de controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal que não apresentou ainda um entendimento consolidado como será demonstrado da breve análise de algumas ações. Em outro sentido, o Poder Executivo edita a Portaria nº 2.282/2020 que altera normas e dificulta as hipóteses de aborto legal e também está sendo objeto de ação de controle concentrado no Supremo.

**Palavras-chave:** Aborto. Controle Concentrado. Portaria nº 2.282/2020.

## ABSTRACT

This article aims to outline the main points about the crime of money laundering and how the art market has functioned as a means for the perpetration of this crime. To this end, it introduces the concept linked to the criminal typification of money laundering - technically called "laundering" or concealment of assets, rights and values by Brazilian legislation -, exposing its historical origin of criminalization and the existing phases in the money laundering process; as well as the criminal and procedural aspects of Law No. 9.613/ 98; in addition to elucidating how the trade in antiques and / or works of art of any nature became an efficient way of concealing the criminal origin of goods, obtained through the previous practice of criminal offense.

**Keywords:** Criminal Law; Money Laundering; Work of Art.

---

<sup>1</sup> Pós-Graduanda em Direito Digital pelo Centro Universitário de Brasília – CEUB

## 1 INTRODUÇÃO

O aborto consiste na interrupção da gravidez, podendo ser natural ou provocada, nas hipóteses em que são provocadas, não há consenso da sociedade sobre a criminalização ou não da prática.

No Brasil, a conduta é tipificada nos artigos 124 a 128 do Código Penal, sendo extinta a tipicidade em caso de estupro, risco da vida da mãe e de fetos anencefálicos, o que foi incluído apenas em 2012 por decisão do Supremo Tribunal Federal.

O tema é polêmico, envolto de questões morais, religiosas e sociais, sendo sempre objeto de discussão quando há alteração de governo ou de uma situação fática considerada relevante, tanto que em 2020, foi editada a Portaria nº 2.282 que alterava os procedimentos para realização de aborto legal. Hipótese que sequer deveria caber discussão nos tempos atuais.

A Suprema Corte Brasileira devido a sua importância decisória é frequentemente demandada para definir as questões importantes, não podendo se afastar de tratar temas polêmicos como o aborto. Por isso, o tema já foi objeto de ações, tanto por controle concentrado como por via difusa.

A intenção não é exaurir o tema, mas apenas apresentar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto com especial enfoque das ações de controle concentrado como Arguições de Preceito Fundamental e Ações Direta de Inconstitucionalidade, inclusive, com processos que ainda não tiverem sua decisão final, mas já trouxeram o tema de certa forma.

## 2 ABORTO

Aborto é a expulsão voluntária ou espontânea de um feto ou embrião antes do tempo e sem condições de vitalidade (DICIONÁRIO AURÉLIO, 2017). Em síntese, o termo significa privação do nascimento, do latim *abortus*, em que *ab* significa privação e *ortus*, nascimento (BELO, 1999).

Com base na medicina, até a oitava semana de gravidez, o conceito é chamado de embrião, desse momento até o nascimento é chamado de feto

(BURLACCHINI, 2011). Contudo, para que o feto tenha vida própria, ou seja, consiga viver sem depender do corpo da mãe, é necessário que atinja o mínimo de 22 (vinte e duas) semanas, momento que em que ainda necessitaria de apoio médico, mas com possibilidades de sobrevivência (SPOLIDORO, 1997).

O aborto pode ser classificado em: natural, acidental, criminoso, terapêutico, humanitário, estético, eugênico e social (econômico). Sobre as classificações cabe breve explicação, as duas primeiras são involuntárias e não ocasionam qualquer punição, já as demais dependem de ação externa, seja da grávida, seja de terceiro, com aplicação de diferentes métodos, os quais poderão ou não ser punidos, como será esclarecido mais adiante (RODRIGUES, 1999).

O fato é que as mulheres, desde a antiguidade, utilizam de diversos métodos para tentar encerrar uma gravidez indesejada e o tema abarca uma grande questão, o conflito entre o direito do nascituro *versus* o direito reprodutivo das mulheres, o conflito é exatamente sobre qual direito fundamental deveria prevalecer na situação (AMARAL, 2014), não existindo qualquer consenso até o presente momento.

Inclusive, há duas fortes vertentes, uma que o feto é sujeito pertencente de direitos (vide situações que é possível incluir um *non concepturo* em testamento) e que o aborto seria um “assassinato” contra uma criança indefesa, a segunda que ele dependeria de ajuda externa para se tornar um ser humano e efetivamente ser detentor de direitos, além de ser incapaz de sentir dor até um estágio avançado de gravidez (DWORKIN, 2003).

O dilema transcende a mera questão de o embrião ser ou não ser sujeito de direitos, na realidade, envolve justamente o papel da mulher na sociedade, se ela poderia tomar decisões sobre sua saúde reprodutiva ou se o governo deveria tomar as decisões por ela, estando envolvidas diversas questões como dignidade da pessoa humana, direito à autodeterminação, direitos sexuais e reprodutivos (BRASIL, STF, 2012).

Inclusive, as mulheres apenas conseguem participar ativamente das questões políticas e sociais quando podem controlar as gravidezes indesejadas e terem seus direitos reprodutivos garantidos, tendo em vista que a ocorrência de incessantes nascimentos determina que o papel dela seria limitado a gerar prole (DAVIS, 2016).

O assunto é de ordem religiosa, social e política, tendo em vista que é frequente que o assunto seja retomado com a mudança de governo (e de linha de pensamento do governo), sendo utilizado em algumas situações como *slogan* de campanha.

## 2.1 Aborto na legislação pátria

A interrupção voluntária da gravidez passou a ser criminalizada, no Ocidente, a partir do século XIX. Criminalizada leia-se a constar expressamente nos códigos penais dos países, não apenas uma censura moral e sim uma censura legal (BIROLI, 2014).

No Brasil, a prática foi criminalizada pela primeira vez no Código Criminal de 1830. Nesse Código quem era punido era o terceiro que praticasse o aborto, mesmo que a expulsão do conceito não viesse efetivamente a ocorrer, no entanto, a própria grávida caso fizesse o auto-aborto não era punida. Apenas em 1890, a grávida passou a ser punida por provocar em si mesma o aborto (RODRIGUES, 1999).

No ordenamento jurídico brasileiro, aborto é crime, ou seja, um fato típico, ilícito e culpável (GRECCO, 2005), previsto nos artigos 124 a 128 do Código Penal (BRASIL, 1940). Contudo, o legislador não conceitua o que é aborto (SPOLIDORO, 1997).

A lei divide a figura típica do aborto em seis classificações, sendo que o artigo 128 dispõe sobre as causas que isentam a culpabilidade, chamados abortos legais. Dentro do aborto legal está expresso duas possibilidades, quando há risco de vida para a gestante (aborto profilático ou terapêutico), ou quando a gravidez foi resultado de estupro, (aborto sentimental ou humanitário) (BRASIL, 1941).

Além disso, o Código de Processo Penal, artigo 74, §1º, afirma que se trata de crime cuja competência de julgar é do tribunal do júri, mesmo que na modalidade tentada (BRASIL, 1941). Esse argumento é usado inclusive para condenar o aborto, visto que além da conduta típica estar enquadrada no capítulo de crimes contra a vida, o mesmo é julgado pela vara responsável por julgar os crimes considerados

“graves” como homicídio ou tentativa de homicídio. A justificativa seria a tutela do bem jurídico da preservação da vida humana (RODRIGUES, 1999).

Nesse ponto cabe uma crítica, não se trata de crime contra vida e sim contra a gestação, então deveria constar em um Título e Capítulo próprio (SPOLIDORO, 1997).

Embora a lei, desde sua decretação, permita o aborto nos casos descritos acima, apenas em 1997, um projeto obrigou que esses casos fossem feitos nos hospitais públicos. Esse projeto teve uma repercussão enorme, gerando reações das bancadas religiosas do país (RODRIGUES, 1999).

Nesse ponto, cabe ressaltar que o Código Penal Brasileiro é datado de 1940, antes da Constituição atual do país, sendo que as causas de aborto legais permanecem inalteradas na lei. O certo é que a sociedade já evoluiu desde 1940, tanto que promulgou uma nova constituição, assim, as situações em que o código foi elaborado já não são as mesmas que as atuais, de forma que o Código como um todo deveria ser atualizado ou reformulado (RODRIGUES, 1999).

Mesmo se o Código fosse mantido da maneira como está, é necessário fazer ajustes na parte que versem sobre as excludentes de antijuricidade, no caso, o artigo 128. Visto que em interpretação extensiva o Supremo Tribunal Federal abordou a questão dos fetos anencefálos (RODRIGUES, 1999).

Cabe levantar o seguinte questionamento: como a Constituição Federal trata a questão do aborto? Principalmente, como trata da dualidade entre os direitos dos fetos *versus* os direitos das mulheres, no sentido da realização de seus direitos sexuais e reprodutivos? A Carta Magna brasileira não apresenta o conceito de início da vida (BRASIL, STF, 2008). O Direito não considera todos os estágios da vida humana como um bem jurídico passível de proteção. No entanto, é indubitável a proteção da vida da pessoa concreta (BRASIL, STF, 2012).

Não há então vedação expressa e proibitiva da interrupção voluntária de gravidez na lei maior do país. Nenhum artigo da Constituição permite o aborto, mas também não o proíbe (RODRIGUES, 1999). Apenas o artigo 5º discute a inviolabilidade do direito à vida (BRASIL, 1988).

Mas, como não há definição de que momento a vida se inicia, não se pode aduzir que o seja desde a concepção. Além disso, um dos princípios basilares do direito brasileiro é o princípio da legalidade, esse princípio é intimamente ligado ao conceito de Estado de Direito, ou seja, o Estado só pode agir quando há um instrumento legal que autorize. Em questão penal é que não há crime quando não existir lei anterior que o defina (GRECO, 2005).

Alguns artigos esparsos pela Carta Magna tratam sobre os direitos reprodutivos e sexuais de forma ampla, sem especificamente falar de aborto. Sendo um deles, o artigo 226, §7, CF<sup>2</sup>, que dispõe que os sujeitos têm direito a exercer livremente o planejamento familiar.

No caso, se o planejamento deve ser de livre decisão do casal, então a decisão de ter filhos deve ser a junção dos parceiros, independentemente de ser explícita ou implícita (AMARAL, 2014).

Assim em mera interpretação extensiva, o Código é de 1940 e a Constituição de 1988, quase 50 anos depois. Seria então a Constituição mais atualizada que o Código Penal?

Independente disso, o fato é que os direitos reprodutivos femininos não deveriam estar elencados na lei penal e sim na Constituição Federal e serem discutidos como uma questão de saúde pública (RODRIGUES, 1999).

A norma criminalizadora não condiz com a realidade do aborto no Brasil e nem com a realidade das mulheres no país, embora exista a proibição estima-se que uma em cada cinco mulheres já fizeram ou farão aborto, ou seja, provavelmente cada um de nós conhece uma mulher que já realizou o procedimento (BIROLI, 2014)

A proibição ao aborto não impede que o ato aconteça, visto que, já é considerado crime e ocorre da mesma forma, só coopera que ele seja feito de maneira insegura, com alto risco de morte para a mulher.

---

<sup>2</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas

Atualmente, 11% das mortes maternas são decorrentes de complicações de abortos inseguros, sendo as mulheres de baixa renda as mais afetadas por ausência de condições financeiras para arcar com clínicas que fornecem melhores condições sanitárias (VENTURA, 2009).

Em síntese, a criminalização do aborto não só não impede que a prática aconteça, na verdade coopera para morte de milhares de mulheres que recorrem a métodos e/ou clínicas inseguras, ou seja, protege-se a vida do feto, mas não se protege a vida da mulher? Mesmo que se considere a teoria que a vida se inicia na concepção, a vida da mulher que já nasceu e é sujeito de direitos deveria valer menos que a vida do feto?

De fato, são questões que não se encontra um ponto comum, o fato é que se faz necessário também a proteção da vida dessas mulheres, sendo certo que o fato não merece uma tutela penal e sim de política pública.

### **3 AVANÇOS DO TEMA NO BRASIL**

Em capítulos anteriores, foi apontado que no Brasil, aborto é crime tipificado nos artigos 124 a 128. Essa regra penal foi elaborada em 1940, quase cinquenta anos antes da Constituição Federal vigente, que inaugurou a fase dos princípios fundamentais. Dada essa diferença temporal, o Supremo Tribunal Federal faz o controle de constitucionalidade para saber se a lei foi recepcionada pela Constituição e se ela se adequada aos seus princípios (PIRES, 2013).

O Código Penal tipifica aborto como crime, punível com prisão, sendo permitidos os casos em que a gravidez é resultante de estupro ou de risco de vida para mulher. Em 2012, foi acrescentada a exceção nos casos de anencefalia fetal. A exceção foi permitida depois de uma decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Essa permissão marca o desequilíbrio entre os três poderes, não apenas em relação ao aborto, mas em relação aos direitos reprodutivos e sexuais (MARIANO; BIROLI; MIGUEL, 2017).

O tema também foi pautado em razão da epidemia de zika, que buscava a ampliação das possibilidades de má-formação fetal (principalmente microcefalia), sendo proposta uma ADI cumulada com ADPF que pretendia colocar mais uma

exceção aos casos de aborto legais, contudo, por maioria o Supremo julgou prejudicada as ações em razão da ilegitimidade *ad causum* da autora e da perda de objeto por revogação do artigo questionado (BRASIL, STF, 2020).

O STF vem discutindo questões importantíssimas tanto em relação ao aborto quanto outras pautas relacionadas aos direitos e garantias fundamentais.

Além das ações já citadas que ocorreram em âmbito de controle concentrado, cabe destacar um tímido e pontual caso, mas de extrema relevância. A 1ª Turma do STF, no Habeas Corpus nº 124306/RJ, deferiu a liberdade provisória dos presos em flagrante que supostamente teriam cometido os crimes descritos nos artigos 288 c/c art. 126, CP (provocar aborto com o consentimento da gestante).

O STF apontou que a discussão envolve o antigo dilema sobre qual o momento se inicia a vida, se com a consciência – fato que ocorre após 12ª semana de gestação – ou desde a concepção. Mas que além disso, o embrião dependeria integralmente do corpo da mulher e que não deve se considerar que o útero da mulher está à disposição da sociedade por grave violação aos direitos fundamentais. (BRASIL, STF, 2017a). A decisão foi aplicada em caso concreto e não tem efeito vinculante e *erga omnes*, mas pode ser comemorado como um pequeno avanço.

Contudo, em outro sentido, recentemente em 27 de agosto de 2020, o Ministério Público da Saúde editou a Portaria nº 2.282, que alterou orientações sobre a interrupção de gravidez no caso já previsto no código penal pátrio, essa portaria está sendo objeto da ADPF 737 e ADI 6552, que serão melhor detalhadas a seguir

Ocorre que, como esclarecido nos tópicos anteriores, o tema não apresenta um consenso, inclusive entre os Poderes, certo que a questão deveria ser discutida pelos legisladores que podem editar as leis, mas diante da morosidade, acaba por exigir do Poder Judiciário um posicionamento.

### **3.1 ADPF 54**

A Arguição de Preceito Fundamental n. 54 foi proposta, em 2004, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS. A peça vestibular apontou como envolvidos os preceitos descritos nos artigos 1º, IV – dignidade da

pessoa humana –, 5º, II – princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade –, 6º, cabeça, e 196 – direito à saúde –, todos da Constituição Federal e, como ato do Poder Público, causador da lesão, o conjunto normativo ensejado pelos artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (BRASIL, STF, 2012).

Apontou ainda que, os juízes e os tribunais, com embasamento no Código Penal Pátrio estariam proibindo a antecipação terapêutica do parto dos fetos anencéfalos, mesmo que segundo a CNTS, a patologia torna inviável a vida extra-uterina (BRASIL, STF, 2012).

Nessa ADPF adotam a expressão antecipação terapêutica do parto, evitando o termo interrupção voluntária da gravidez ou aborto, tanto que a Suprema Corte relata que não iria discutir a descriminalização do aborto, ou seja, não trataria do tema que é controverso de uma maneira geral. Não cabe uma discussão detalhada sobre anencefalia que, em resumo, poderia se entender como morto cerebral, em que as condições de sobrevivida após o parto são nulas (BRASIL, STF, 2012).

Embora a Corte evite o termo aborto, sua decisão foi fundamentada na laicidade estatal, autonomia feminina, inexistência de direito absoluto à vida, entre outros pontos. Na prática, elementos que seriam discutidos se houvesse a discussão da descriminalização do aborto por vontade da gestante (BRASIL, STF, 2012).

Inclusive, destaca-se o brilhante raciocínio do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio que entende que a questão tem cunho moral, não merecendo tutela do Direito Penal, o qual deve ser aplicado apenas em caráter subsidiário (BRASIL, STF, 2012):

[...] Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. **O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal.** [...]. ]

Assim, em mero exercício lógico, porque esse mesmo raciocínio não poderia ser utilizado para a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação? Mesmo nessa situação ainda se trataria de uma questão moral, que envolvem

autonomia feminina, laicidade estatal, e todos os argumentos utilizados, exceto quando a viabilidade após o parto.

### 3.2 ADPF 442

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, foi proposta em 06 de março de 2017, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), sob o argumento da violação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, à igualdade, à proibição do tratamento desumano, à saúde e ao planejamento familiar. A APDF requer que o STF declare que os artigos 124 e 126, do Código Penal não foram parcialmente recepcionados pela Constituição Federal (BRASIL, STF, 2017b) O processo está sob a relatoria da Ministra Rosa Weber.

A petição inicial aponta que a criminalização do aborto não tem mais sentido no âmbito da Constituição atual, visto que viola diversos direitos fundamentais que a CF garante. A criminalização da prática nega às mulheres direitos básicos, podendo então causar grande sofrimento e dores para elas. Em suma, alegam que no país, a maternidade seria quase uma obrigação da mulher. (BRASIL, STF, 2017b).

Além disso, se alega também que o acesso a contraceptivos e preservativos não é o ideal, ou seja, que o Estado não cumpre como deveria as políticas públicas relacionadas aos direitos sexuais e reprodutivos (BRASIL, STF, 2017b).

Veja-se a política pública não deve limitar-se a distribuição de preservativos, é necessária uma educação sexual que disponibilize os mecanismos para que as pessoas tomem decisões sobre sua saúde reprodutiva.

Em seu pedido final, o Partido pediu que o STF:

“(...) declare a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, por serem incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres e a promoção da não discriminação como princípios (...)”

A Câmara dos Deputados encaminhou ofício ao Supremo Tribunal Federal apontando que caso este órgão reconheça a não recepção dos artigos citados, que

então, o Judiciário estaria ultrapassando sua competência e adentrando a competência legislativa.

O julgamento da ADPF ainda não foi definido e, no momento, diversas instituições pleitearam participar do processo como “*amicus curiae*”. Uma delas é o Instituto de Defesa da Vida e da Família (IDVF), que apontou, em apertada síntese, que o feto é um ser autônomo, que não é válido o argumento de “meu corpo, minhas regras”, que ele não faz parte do corpo da mãe. Além disso, que seria o caso de proibir o aborto, não de declarar sua não recepção pela Constituição atual, assim entrando em consonância com a Convenção Americana dos Direitos Humanos. Por fim, que a legislação brasileira já garante os direitos dos nascituros (BRASIL, STF, 2017).

O processo até o ano de 2020 ainda estava recebendo pedido de *amici curiae* e encontra-se pendente de análise pelo Supremo Tribunal Federal.

### 3.3 ADPF 737 e ADI 6552

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 737, foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT), para requerer a declaração de inconstitucionalidade da Portaria nº 2.282/2020 e reestabelecimento dos artigos nº 694 a 700 disciplinados na Portaria revogada nº 5/2017 (BRASIL, STF, 2020). No mesmo sentido, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6552 pelo Instituto Brasileiro das Organizações Sociais (IBROSS) requerendo a inconstitucionalidade da Portaria integralmente.

Como ambos os processos tratam sobre o mesmo objeto, o Ministro Lewandowski decidiu que tramitariam em conjunto nos autos da ADPF 737 (BRASIL, STF, 2020).

A Portaria nº 2.282/2020, dispõe em síntese que (i) torna obrigatória a notificação à autoridade policial pelo médico e demais profissionais de saúde que acolherem pacientes em casos que houve indícios de estupro, devendo preservar evidências que possibilitem à identificação do suspeito, (ii) prevê que a gestante deverá ser informada acerca da possibilidade de visualizar o feto/embrião, por meio de ultrassonografia e (iii) altera o termo de consentimento para incluir o

detalhamento de riscos na realização do procedimento (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

Na peça vestibular da APDF discute-se que a Portaria foi emitida dentro do contexto em que houve a negativa do hospital de realização do aborto legal, por ausência de protocolo em razão da idade gestacional em uma menina de dez anos que foi estuprada pelo tio. Além disso, que as medidas importam frontal violação aos preceitos fundamentais do direito à saúde, da inviolabilidade da vida, da garantia à intimidade e privacidade, da dignidade da pessoa humana e da vedação ao tratamento cruel e degradante (BRASIL, STF, 2020).

No caso da ADI, alega-se também que a referida Portaria transfere ao profissional de saúde a atividade de investigação policial, extrapolando a função do sistema de saúde. E mais, no aspecto moral/humanitário/legal, prolonga os efeitos físicos, mentais e psicológicos do estupro (BRASIL, STF, 2020b).

Sobre a questão, ressalta-se que impor a notificação à autoridade policial, além de todos os direitos fundamentais que são violados, também viola o direito ao sigilo médico, repassando aos profissionais de saúde competências investigativas, haja vista que deverão colher elementos de prova, o que por certo não pode ser aceito no ordenamento jurídico (BOUJIKIAN, 2020).

A meu ver, a edição da Portaria se mostra um retrocesso, perante uma situação que já é garantida no Código Penal, além disso, amplia o sofrimento às vítimas de estupro que já precisam lidar com todas as complicações psicológicas, emocionais e físicas de uma violação grave aos seus direitos e a sua dignidade.

No caso, os últimos anos, a Suprema Corte estava discutindo outras possibilidades de aborto por mero consentimento da gestante, no entanto, a edição da portaria retoma a discussão do aborto legal, que já deveria ser um tema consolidado, com impossibilidade de retrocesso.

## 4 CONCLUSÃO

Como apresentado, o tema não possui consenso e diversos setores da sociedade se posicionam fortemente sobre a questão, tanto de forma favorável como desfavorável.

No entanto, não deveria caber um juízo de valor sobre o ato. Na verdade, a análise deveria perpassar por questões lógicas, técnicas, científicas e jurídicas, sendo o único caminho para definir se a criminalização deve ser mantida ou não e se para isso o prazo de 12 (doze) semanas seria razoável.

É possível pautar-se na conduta de diversos países com democracias mais firmadas ou não, que já permitem o aborto por escolha da mulher dentro de certo prazo que considerem plausível. Inclusive, a Argentina, recentemente em 2020, descriminalizou a prática, após a consulta popular.

O fato é que o tema não avança no Legislativo e de forma recorrente é direcionado ao Supremo Tribunal Federal que, pelo princípio da inafastabilidade do judiciário, não poderá se omitir de apresentar um posicionamento.

Contudo, a Corte ainda não apresenta um entendimento firmado, embora tenha esboçado em algumas decisões sua concordância com a descriminalização do aborto em razão da necessidade de garantia de direitos fundamentais às mulheres.

Por outro lado, o Governo Federal atual se mostra fortemente contrário, inclusive, por meio da emissão da Portaria nº 2.282/2020 que buscou criar mais barreiras à hipótese de aborto que já era prevista legalmente, que sequer deveria ser objeto de discussão nos tempos atuais.

O fato é que o assunto ainda dependerá de uma análise mais aprofundada do Supremo por meio das ações citadas ao longo deste trabalho, que não busca chegar a conclusões, mas apenas demonstrar a importância que o tema tem para os direitos das mulheres.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Rafael Caiado. **O aborto: perspectiva filosófico constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

BELO, Warley Rodrigues. **Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos**. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988, Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.689**, 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal, Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848**, 07 de dezembro de 1940. Institui o Código de Penal, Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde, **Portaria nº 2.282, de 27 de agosto de 2020**. Dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção de Gravidez nos casos previstos em lei no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2020/prt2282\\_28\\_08\\_2020.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2020/prt2282_28_08_2020.html)> Acesso em 23 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306/RJ**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 25 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=311410567&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54/DF**. Arguição de Preceito Fundamental. Requerente: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE – CNTS. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>> Acesso em: 22 jun.2021

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2076/AC**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Requerente: Partido Social Liberal – PSL. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 15 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1780165>> Acesso em 22 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3510/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Requerente: Procurador geral da república. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2299631> > Acesso em 22 de jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 442/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Requerente: Partido socialismo e liberdade (PSOL). Relator: MIN. Rosa Weber. Brasília, 15 de março de 2017b. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5144865> > Acesso em 22 de jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6552/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Requerente: Instituto Brasileiro Das Organizações Sociais De Saúde - IBROSS. Relator: MIN. Ricardo Lewandowski. Brasília, 02 de setembro de 2020. Disponível em: <  
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5995820>> Acesso em 22 de jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 737/DF**. Arguição de Preceito Fundamental. Requerente: Partido dos Trabalhadores - PT. Relator: MIN. Ricardo Lewandowski. Brasília, 03 de setembro de 2020b. Disponível em: <  
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5995820>> Acesso em 22 de jun. 2021.

BIROLI, Flávia. **Autonomia e Cidadania no debate sobre aborto: implicações teóricas e políticas**. Brasília, 2014. Disponível em:  
[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-33522014000300037](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522014000300037). Acesso em 22 jun. 2021.

BURLACCHINI, Mario. **Medicina Fetal**. Disponível em  
<https://drauziovarella.com.br/entrevistas-2/medicina-fetal/> Publicado em 15 de setembro de 2011. Acesso em: 09 jun. 2021.

DAVIS, Angela. **Mulheres, Raça e Classe**. São Paulo: Boitempo, 2016

Dicionário Aurélio. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/>>. Acesso em: 09 junho 2021.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e liberdades individuais**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira, 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

MARIANO, R; BIROLI, F; MIGUEL, L. **O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro**: a ofensiva conservadora na Câmara dos Deputados. Opinião Pública. Campinas, vol. 23, n. 1, abril, 2017.

PIRES, Terezinha Inês. **A legitimação do aborto à luz dos pressupostos do estado democrático de direito.** Revista Brasileira de Políticas Públicas. Vol. 3, nº 2, p. 363-390, dezembro. 2013.

RODRIGUES, Paulo Daher. **Aborto.** Belo Horizonte: Palpite Editora, 1999.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil.** 3ª ed. Brasília, 2009.

SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. **O aborto e sua antijuricidade.** São Paulo: LEJUS, 1997.

# A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES SOBRE A TRAJETÓRIA DE LUTA E O PAPEL DO STF

Bruna Maria Nobre Gama<sup>1</sup>

## RESUMO

Este presente trabalho busca fazer uma análise qualitativa a respeito da discussão sobre a descriminalização do aborto no Brasil, entendendo como a trajetória de luta do movimento feminista em pressionar por este debate e a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) contribuem para que uma perspectiva de gênero prevaleça, atuando em prol da defesa dos direitos das mulheres, como direitos reprodutivos, de planejamento familiar, de liberdade e autonomia. Para esta análise é traçado o cenário histórico, social e cultural que permeia a questão do aborto, delimitando o Código Penal e trazendo também algumas decisões do STF, até a ADPF 442.

**Palavras-chave:** Descriminalização. Aborto. STF. Gênero.

## ABSTRACT

This present work seeks to make a qualitative analysis of the discussion on the decriminalization of abortion in Brazil, understanding how the trajectory of the struggle of the feminist movement to press for this debate and the actions of the Supreme Court (STF) contribute to a perspective of gender prevails, acting in favor of the defense of women's rights, such as reproductive rights, family planning, freedom and autonomy. For this analysis, the historical, social and cultural scenario that permeates the issue of abortion is drawn, delimiting the Penal Code and also bringing some decisions of the STF, up to ADPF 442

**Keywords:** Decriminalization. Abortions. STF. Gender.

---

<sup>1</sup> Trabalho apresentado como pré-requisito para aprovação na disciplina de Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal.

## 1 INTRODUÇÃO

Pensar e analisar a questão do aborto no Brasil é uma tarefa que atravessa diferentes esferas culturais, sociais, econômicas e raciais, para além de seu entendimento político, legal e constitucional, bem como os atores e movimentos que a constituem. É, portanto, extremamente complexa. Neste trabalho vão ser abordados alguns aspectos que tocam nesta questão, buscando compreender o papel que o Supremo Tribunal Federal exerce ou deve exercer sobre o debate e julgamento acerca da descriminalização do aborto e, portanto, seu entendimento sobre a análise da Constituição com um prisma de gênero, entendendo as desigualdades as quais as mulheres são cotidianamente submetidas, tornando imperativa a consideração de seus direitos reprodutivos, de escolha, acesso à saúde e à vida, dentro de uma perspectiva interseccional.

A descriminalização do aborto está em pauta no Brasil desde os anos 70 e isso se deve em grande parte ao movimento feminista, que buscou e busca, até os dias de hoje, a adoção de estratégias diversas de luta, inicialmente nos âmbitos Executivo e Legislativo e posteriormente no Judiciário - área que propriamente nos interessa aqui – como forma de pressão, mas também de um novo olhar sobre preceitos e direitos fundamentais previstos na Constituição de 88. É sobre a construção desse movimento, bem como a conjuntura política, histórica e social dos fatos acerca do debate acerca da descriminalização do aborto que a primeira sessão deste trabalho busca se debruçar.

Delimitar os marcos legais que versam sobre a proibição do aborto e entender suas origens é dimensão central que possibilita apreender as bases jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais que criminalizam o aborto no Brasil, a fim de criar um debate alicerçado na realidade vigente. Para isso, subsequentemente, serão abordados os artigos Código Penal que dispõem sobre a questão, compreendendo também sua origem.

Em seguida, são trazidos os exemplos, lições e precedentes abertos pelas ações já apreciadas pelo STF, tanto na ADPF 54/2004 quanto no HC 124.306, ações que abriram caminhos muito importantes para que o entendimento acerca dos direitos das mulheres fosse de alguma maneira ampliado, para que o debate

responsável e qualificado sobre a descriminalização do aborto ocupasse o espaço devido, tendo a função também de pressionar para que a questão seja pautada, assim como foram marcos importantes na judicialização da descriminalização do aborto, sinalizando que o Supremo é uma instituição mais atenta e aberta às questões tidas pela sociedade como progressistas, mas que falam essencialmente sobre preceitos fundamentais como igualdade, escolha, acesso à saúde, vida digna.

Tendo esses precedentes devidamente colocados, trata-se a respeito da ADPF 442, que ainda não possui decisão no STF, tendo sido inicialmente apresentada na corte em 2017. A ADPF 442 propõe a descriminalização irrestrita até o terceiro mês da gestação, num entendimento da importância de que os direitos das mulheres sejam salvaguardados, tornando legal a concessão de direito de liberdade, escolha, planejamento familiar e tantos outros fundamentos que perpassam a discussão sobre o aborto. Compreender como está apresentada a ADPF 442 no STF, quais são os atores que constituem essa ação, o debate que dela deriva e os caminhos a serem trilhados na busca por um constitucionalismo consciente das questões de gênero e que, portanto, adote uma ótica feminista de análise, afirmando a importância de que direitos sejam assegurados, com a descriminalização do aborto sendo uma das peças chave nessa busca é o que se pretende nos dois últimos capítulos deste texto.

Metodologicamente, foi conduzida neste trabalho uma análise qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica que busca revisar e explicar como está posto o debate sobre a descriminalização do aborto no Brasil e, mais ainda, qual é o papel que o STF exerce nesse debate, o que a apreciação desse processo no Supremo significa para o andamento desse tema no país, quais normas, atores e movimentos são parte de toda a complexidade que significa abordar a questão do aborto no debate público brasileiro, entendendo toda a pluralidade de ideias e convicções que permeiam nosso tecido social.

## **2 PANORAMA HISTÓRICO E SOCIAL ACERCA DA DISCUSSÃO DO ABORTO NO BRASIL**

Antes de, propriamente, começar a traçar o panorama pretendido, parece ser fundamental situar a importância latente de pautar a descriminalização do aborto no Brasil. O aborto clandestino é a quarta causa de mortalidade materna no país,

havendo um triste recorte nessa realidade, na qual mulheres negras e pobres são as mulheres majoritariamente atingidas e violadas por esse sistema operante. Trataremos da interseccionalidade como chave de análise desta questão no decorrer deste trabalho.

Em 2016, foi realizada a Pesquisa Nacional de Aborto, que mostrou que 1 a cada 5 mulheres aos 40 anos já realizou pelo menos um aborto ao longo da vida. Este dado mostra como o aborto não é uma realidade paralela e distante, mas é a realidade factual e material que inescapavelmente vivemos, na qual a realização de aborto é prática difundida entre mulheres em geral, mulheres comuns, mulheres que por vezes já são mães, pertencentes a alguma religião. Já que a realidade é esta, não tem como não interpretar como negligência que o Estado não assuma esse problema no seu planejamento, sendo um problema abrangente e persistente, que coloca em ameaça a vida de muitas mulheres no Brasil.

Ainda, há um aspecto essencial para compreender a questão do aborto que é a influência de uma perspectiva de cunho moral e de fundamentalismo religioso que permeia esse assunto, bloqueando avanços na legislação, muitas vezes servindo como impasse para que o tema não seja devidamente apreciado no Legislativo e no Executivo. O argumento que sustenta os fundamentos dos setores conservadores é o da inviolabilidade da vida humana, neste caso entendida como presente desde o momento da concepção. No entanto, o que cabe destacar é que a ideia de “pessoa humana” antes de ser um conceito jurídico é um conceito antropológico que necessita da relação social para se fazer valer<sup>2</sup>. Há, no STF, uma decisão referente a ADI 3.510, na qual o Supremo manifestou que compete ao Direito o entendimento de que a personalidade civil tem início a partir do nascimento com vida, cabendo a ele a proteção da vida dos que já nasceram<sup>3</sup>. O Supremo figura então como a melhor alternativa, dentro da luta pelo direito das mulheres, para que debates que enxerguem os problemas reais de desigualdade formal e material de gênero sejam analisados com a escuta de especialistas, médicos, cientistas, movimentos sociais,

<sup>2</sup> DINIZ, Débora; ALMEIDA, Marcos. “**Bioética e Aborto**”. Iniciação à Bioética. Conselho Federal de Medicina. Brasília, 1988

<sup>3</sup> ALDANA, Myriam; WINCKLER, Silvana. Direitos Reprodutivos: debates e disputas sobre o direito ao aborto no contexto da redemocratização do Brasil. Publicado em: Revista Sequência, Florianópolis, v. 58, p. 168-183, 2009.

trazendo colocações que norteiam o debate acerca do tema. Isso representa a importância das audiências públicas nas tramitações e decisões do STF.

A conquista de cidadania e direitos por parte das mulheres foi algo muito tardio no Brasil, tendo em vista a realidade patriarcal e de profunda desigualdade e subordinação, realidade esta que moldou a forma como os direitos das mulheres foram sendo instituídos no país, o que culminou em um enorme descompasso de acesso material a direitos que nos parecem muito óbvios hoje, mas que nos foram concedidos com muito atraso. Foi apenas em 1932 que as mulheres conquistaram o direito ao voto, na década de 60 que lhes foi concedido o direito a contracepção e, apenas com a Constituição Federal de 1988, o direito à igualdade entre homens e mulheres foi formalmente colocado.

O movimento feminista cresce no Brasil a partir da década de 70, mas a discussão sobre o direito ao aborto ganha mais corpo na década de 80. A redemocratização trouxe a ampliação do movimento feminista que passou a ocupar alguns espaços políticos na esfera do Executivo. O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), criado em 1985, exerceu um importante papel de aproximar o movimento da Assembleia Nacional Constituinte, no intuito de aproximar setores do feminismo a uma interlocução com o Estado brasileiro.

Nesse sentido, a Constituição de 88 representa um grande marco jurídico para o direito das mulheres e, mais ainda, para um constitucionalismo que considere perspectivas de gênero<sup>4</sup>, rompendo com a desigualdade que constitui social e historicamente as relações de gênero e quebrando um importante paradigma nesse elo que compõe a discussão aqui pautada. A promulgação da Constituição se dá em concomitância com o processo de inclusão de ideais de igualdade de gênero no Brasil, que se intensificou com o fim da ditadura militar e com a redemocratização. Este foi um período de grande efervescência dos movimentos feministas e da luta por direitos, que neste ponto passaram a englobar assuntos como direitos reprodutivos, direito à autonomia, igualdade, violência de gênero, para citar alguns. A Constituição, em certa medida, conseguiu incorporar parte das reivindicações

---

<sup>4</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. **Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista**. Revista Direito GV, São Paulo, v.15, n.3, 2019.

feitas, a época, pelo movimento de mulheres. O inciso I do artigo 5 pauta isso expressamente quando assegura esta igualdade entre homens e mulheres.

Foi nos primeiros anos do século XXI que os movimentos latino-americanos passaram a adotar uma nova estratégia na luta por mudanças no marco legal. Desde a transição para a democracia, na década de 80, grande parte da advocacia feminista pela modificação da lei do aborto estava concentrada em mudanças legislativas, que se mostraram ineficientes face a resistência do Congresso em modificar as disposições do Código Penal, então os movimentos passaram a apelar para as cortes constitucionais, que também davam início a uma jornada nova no sentido de agir em favor das demandas feministas. O STF se tornou, em 2004, a primeira corte latino-americana a receber uma demanda de litígio estratégico pela ampliação do direito ao aborto, conduzido por uma organização feminista<sup>5</sup>. É o caso da ADPF 54 que será tratada um pouco na frente, mas adianta-se que “significou uma inovação no repertório da ação coletiva dos movimentos pelos direitos sexuais e reprodutivos no Brasil, ao incorporar a judicialização perante o STF como parte das suas estratégias”.<sup>6</sup>

### 3 CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O Código Penal Brasileiro foi instituído por meio do Decreto-Lei nº 2.848, em 7 de dezembro de 1940, tendo sido criado com o objetivo de proteção aos direitos fundamentais. Os artigos que versam sobre o aborto são os artigos 124 ao 128. Vamos analisá-los brevemente a seguir.

No artigo 124 está exposto o seguinte: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque. Pena – detenção de 1 a 3 anos”. Os artigos 125 e 126 dizem respeito a criminalização de terceiros que provocam aborto em uma gestante. O artigo 125 prevê pena de 3 a 10 anos caso seja praticado sem o consentimento da gestante, enquanto o artigo 126 pune de 1 a 4 anos abortos

---

<sup>5</sup> RUIBAL, Alba. **A controvérsia constitucional do aborto no Brasil: inovação na interação entre movimento social de Supremo Tribunal Federal**. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 02, p. 1166-1187, 2020.

<sup>6</sup> RUIBAL, Alba. **A controvérsia constitucional do aborto no Brasil: inovação na interação entre movimento social de Supremo Tribunal Federal**. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 02, p. 1166-1187, 2020.

realizados com o consentimento da mulher grávida. O artigo 127 define a forma qualificada do aborto, já o artigo 128 estipula as situações nas quais o aborto não pode ser punido, sendo dois os casos: quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e quando a gravidez é resultado de estupro, sendo o aborto sempre precedido do consentimento da mulher.

O caso de aborto em gravidez que representa risco de vida pra a gestante trata-se do aborto denominado como terapêutico, configurando-se enquanto um excludente de ilicitude por estado de necessidade<sup>7</sup>. A preservação da vida da mulher é o que prevalece neste entendimento da inviolabilidade do direito à vida da gestante, respeitando o artigo 5º da Constituição. O aborto em caso de gravidez por estupro é o chamado aborto humanitário, cujo bem jurídico protegido não é propriamente a vida humana, mas sim a garantia de direito para que uma gravidez fruto de um contexto de violência seja levada adiante, na tentativa de diminuir os traumas causados em uma mulher. A natureza jurídica deste tipo de aborto é a de inexigibilidade de outra conduta<sup>8</sup>.

Este Código Penal é responsável por fazer com que o Brasil possua uma das legislações ocidentais mais restritivas no que concerne a questão do aborto, refletindo as circunstâncias sociais vigentes na época, amplamente deslocadas da realidade atual. Estas circunstâncias dizem respeito a uma sociedade absolutamente patriarcal na qual as mulheres não dotavam de quase nenhuma liberdade e eram vistas com finalidades reprodutivas acima de qualquer individualidade, escolha e liberdade. A Constituição de 88, conforme mencionado no capítulo anterior proporcionou a conquista da igualdade formal entre homens e mulheres, algo grandioso para a época e para o contexto de desigualdade que as mulheres enfrentavam, possibilitando que a questão do aborto fosse trazida como matéria de direitos constitucionais.

No entanto, faz-se importante pensar se este avanço na Constituição, por si só, significa que a igualdade da mulher vai ser assegurada, e nos parece que a

---

<sup>7</sup>SILVA, Davi de Lima Pereira. **Considerações sobre a ADPF 442: O sistema brasileiro de direitos fundamentais e a possível descriminalização do aborto pela via jurisprudencial.**

<sup>8</sup> . SILVA, Davi de Lima Pereira. **Considerações sobre a ADPF 442: O sistema brasileiro de direitos fundamentais e a possível descriminalização do aborto pela via jurisprudencial.**

resposta seja negativa, uma vez que existem muitos fatores que tornam ainda mais complexa esta questão. A mais evidente é o Código Penal tratado aqui, mas podemos falar do conservadorismo religioso na sociedade, que traz um embate muito grande com os movimentos feministas na tentativa de luta pela descriminalização, tornando difícil que o tema seja pautado no Executivo e no Legislativo, ou também das desigualdades que fazem com que homens e mulheres carreguem consigo diferentes materialidades de discurso que atravessam o âmbito jurídico, político, econômico e social e que refletem, portanto, no acesso desigual aos direitos fundamentais, que precisam ser interpretados e refletidos sob a égide da busca por uma inclusão de uma perspectiva de gênero nas decisões judiciais<sup>9</sup>.

#### **4 PRECEDENTES ABERTOS PELO STF EM DECISÕES PRÉVIAS**

Conforme anteriormente trazido neste trabalho, a luta dos movimentos feministas a partir da década de 70 e mais intensamente a partir da década de 80 foi um marco importante na busca por mudanças no entendimento dos direitos reprodutivos e de escolha das mulheres.

Este histórico de luta acarretou em diversas estratégias e formas de pressionar e buscar diálogo com o Estado para avançar na questão. Após o insucesso das tentativas de abertura para o tema no Legislativo e no Executivo, o movimento feminista entendeu que um possível caminho seria a judicialização do processo, que seria agora pautado no STF, obtendo como resultado a promoção de uma ampla discussão sobre o tema, por meio de Audiências Públicas, mas também pela abertura que o Supremo aparenta para dialogar racionalmente e responder as demandas dos atores sociais e jogo. Isso reitera a importância de que se tenha um direito constitucional que faça análises sob o prisma do recorte de gênero, compreendo o papel das constituições na delimitação de compromissos fundamentais para a cidadania, para os direitos e deveres<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. **Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista**. Revista Direito GV, São Paulo, v.15, n.3, 2019.

<sup>10</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. **Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista**. Revista Direito GV, São Paulo, v.15, n.3, 2019.

## 4.1 ADPF 54

A primeira vez que a questão do aborto foi trazida para o Supremo Tribunal Federal foi no ano de 2004, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, cujo relator foi o ministro Marco Aurélio, dando início a um processo de litígio estratégico perante o STF, com liderança do ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, sendo a Professora Débora Diniz uma pessoa fundamental.

No ano de 2004, após serem procurados pelo ANIS, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, por meio de Luis Roberto Barroso, então advogado, ajuizou a ADPF 54, no intuito de rever a criminalização da antecipação do parto em caso de gravidez de feto anencéfalo, com o entendimento de que isso violaria os preceitos fundamentais de dignidade da mulher, uma vez que o feto anencéfalo não possui possibilidade de vida, não podendo ser considerado crime.

A ADPF 54 possuía como argumento central o fato de que a legislação existente sobre o aborto tem como princípio a defesa da vida em potencial, condição não existente no feto anencéfalo, não havendo assim um bem jurídico a ser protegido, tampouco uma base legal de proibição para que uma mulher não interrompa a gravidez nessa circunstância. Isso diz respeito ao entendimento de que a interrupção de gravidez de feto anencéfalo não pode se enquadrar na definição penal de aborto, não sendo possível apreender a base factual exigida pela lei proibitiva<sup>11</sup>.

Esta ação é responsável por colocar o direito das mulheres no cerne da questão, vinculando essa possibilidade de descriminalização à saúde, dignidade, liberdade, à conquista de direitos reprodutivos e sexuais. Durante oito anos a ADPF 54 esteve no STF, tendo sido julgada no dia 11 de abril de 2012. Por oito votos a dois, a grande maioria da Corte se manifestou a favor da ação, na decisão que declara “inconstitucional a interpretação da interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificado nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. O entendimento compartilhado é de que não há direito violado neste

caso, uma vez que não há vida viável em jogo e, portanto, o direito a dignidade da vida da mulher se faz imperativo, visando diminuir sua dor e dotá-la de liberdade e autonomia.

Com esta decisão, o STF reafirmou que não existem direitos absolutos no sistema legal brasileiro e que ele está sempre passível a apreensão da realidade circundante, que é de desigualdade em relação aos direitos concedidos as mulheres, bem como uma nova interpretação e ressignificação da Constituição, que insira uma perspectiva de gênero em suas considerações.

## 4.2 HC 124.306

Ainda tratando a respeito de ações já julgadas pelo STF que abriram precedentes para o avanço do debate sobre modificações legais na questão do aborto hoje, vai ser trazido agora o HC 124.306, do ano de 2016. Nesse episódio, a Primeira Turma do STF, decidiu sobre um caso de prisão preventiva de uma mulher por prática de aborto no primeiro trimestre da gravidez. O voto do ministro Luís Roberto Barroso é bastante importante nessa ação e vamos pontuar alguns momentos dele agora.

Este HC foi impetrado para a concessão de liberdade provisória a uma mulher presa preventivamente por prática de aborto. O ministro Marco Aurélio relatou originalmente essa ação, votando pela concessão da ordem, tendo em vista que não havia fundamento para sustentar a prisão. O voto do ministro Barroso foi seguido pelos ministros Edson Fachin e Rosa Weber, fato que sinaliza que há, minimamente, um compartilhamento de ideais progressistas no âmbito do STF. O entendimento de Barroso considera que a interrupção do parto nos três primeiros meses de gestação não pode ser considerada crime, amalgamando diversos argumentos trazidos pelo movimento feminista, como a violação dos direitos sexuais e reprodutivos, violação do princípio de igualdade e falta de efetividade do proibicionismo, que é incapaz de frear a realização de procedimentos abortivos, de impedir que aconteçam cotidianamente na realidade da mulher brasileira.

Segundo o ministro, os artigos 124 e 126 do Código Penal deve ser interpretado à luz da Constituição. Ele entende que a manutenção da prisão da

mulher gestante é antagônica a seus direitos fundamentais e ao princípio da proporcionalidade. Assim como viola sua autonomia, sua integridade psíquica e física, o princípio fundamental de igualdade perante homens, que não passam pelas mesmas coisas e, por isso, devem respeitar a vontade da mulher nesse sentido. Também, pontuou o recorte racial e social que atravessa esse problema, numa realidade em que mulheres negras e pobres são mais vulneráveis a sofrerem com abortos ilegais, por não terem o mesmo acesso material aos abortos realizados por mulheres ricas.

O voto do ministro sinaliza que há a consideração de uma perspectiva feminista e de gênero no entendimento do STF, demonstrando como horizonte possível a descriminalização irrestrita da interrupção voluntária de gravidez até a décima segunda semana de gestação. É sobre isso que versa a ADPF 442, um vislumbre de um próximo passo nessa caminhada.

## **5 ADPF 442 E O DEBATE SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO HOJE**

A ADPF 442 foi submetida em 07 de março de 2017, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), subscrita pelas advogadas Luciana Boiteux, Luciana Genro, Gabriela Rondon e Sinara Gumeri, tendo como relatora a Ministra Rosa Weber. Esta ADPF propõe uma discussão sobre a liberdade das mulheres, a abrangência de seus direitos, de sua autonomia e dignidade, ao pautar a descriminalização da interrupção voluntária da gestação até o primeiro trimestre. Busca a revogação dos artigos 124 e 126 do Código Penal, em prol de preceitos fundamentais relacionados à dignidade da mulher e de seus direitos reprodutivos e de escolha, buscando a inviolabilidade da igualdade, da liberdade, bem como a defesa de um apelo à saúde pública, fator intrínseco a discussão sobre o aborto.

Em 2018 foi realizada uma Audiência Pública para ouvir da sociedade civil, de especialistas, juristas, cientistas suas opiniões acerca da descriminalização e todos os fatores que a constituem e atravessam. Ainda não há decisão sobre essa ação, mas espera-se que num futuro próximo esse acontecimento se dê esperançosamente no sentido de defesa dos direitos das mulheres.

Alguns dos argumentos levantados por aqueles que defendem e entendem a descriminalização do aborto como necessária para a consolidação da democracia, para a superação de uma assimetria de poder, e para a vigência de um sistema que proporcione igualdade mais do que formal para homens e mulheres, mas uma igualdade que considere os fatores socioculturais e históricos que levaram à estruturas nas quais os direitos usufruídos, os espaços ocupados, as expectativas sobre os corpos e vidas das mulheres, a condição de acesso material, o usufruto da liberdade, traçando uma realidade extremamente desigual perante homens e mulheres. É, principalmente, sobre igualdade que esse assunto toca.

No Brasil, mulheres de diferentes classes sociais sofrem com a criminalização de maneira diferente, pois a dimensão material que essas mulheres acessam são profundamente distintas. As mulheres negras, indígenas, pobres, por serem as mais vulneráveis, estão mais sujeitas à punição do Estado. É preciso garantir a igualdade de mulheres que possuem diferentes contextos sociais, igualdade de acesso à saúde, de direito à vida. A descriminalização parece almejar isto, a possibilidade de proporcionar aborto seguro para toda a multiplicidade de mulheres no Brasil.

Enquanto não há decisão por parte do Supremo acerca desta ADPF, a Procuradoria Geral da República, a Advocacia Geral da União e o Congresso Nacional já têm uma posição punitivista consolidada. Resta agora a esperança no Supremo Tribunal Federal para exercer sua função de proteção de minorias e de busca por direitos e por igualdade. Por fim, discutir a ADPF 442 é jogar com as restrições e possibilidades do sistema legal, assim como é entender que a mera e pura consideração de princípios não é tão importante quanto a análise da dimensão de sentido que é colocada por aqueles que o analisam<sup>12</sup>. Assim, é preciso que o Supremo entenda favoravelmente à inserção de uma perspectiva de gênero na interpretação e ressignificação da Constituição.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Falar de aborto é falar sobre a realidade que considerável parte das mulheres brasileiras vivenciam, realidade que as viola, violenta, as marginaliza e mata. O

<sup>12</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. **Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista**. Revista Direito GV, São Paulo, v.15, n.3, 2019.

movimento feminista, tão logo o Brasil caminhou para a redemocratização, entendeu isto e colocou como pauta constante em suas lutas a defesa da descriminalização do aborto.

Após tentativas frustradas de avançar o debate nas arenas legislativas e no Executivo, a estratégia do movimento feminista foi o apelo ao Supremo Tribunal Federal, em busca de um julgamento científico, constitucional, ciente das desproporções, desigualdades e violências que a realidade social do Brasil impõe.

Duas ações são marcantes nesta trajetória, sendo elas a ADPF 54 e o HC 124.306, ao se constituírem em decisões que abriram caminhos para que propostas mais abrangentes de descriminalização ganhem espaço, não só no acirramento do debate pela sociedade civil, mas como uma ação que precisa ser tomada como uma resposta a dimensão da violência que a proibição punitiva do aborto acarreta na vida das mulheres.

A ADPF 442 versa sobre isso, a descriminalização do aborto até a décima segunda semana de gravidez. A ação que ainda tramita no STF é um lampejo de esperança para que o Judiciário compreenda e decida favorável às demandas feministas, por uma compreensão de desigualdades que molda toda uma realidade mulheres e faz necessário com que seus direitos sejam assegurados e seus preceitos fundamentais salvaguardados.

## REFERÊNCIAS

ALDANA, Myriam; WINCKLER, Silvana. “Direitos Reprodutivos: debates e disputas sobre o direito ao aborto no contexto da redemocratização do Brasil”. Publicado em: **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 58, p. 168-183, 2009.

AZEVEDO, André Freire. Direito ao aborto, gênero e a pesquisa jurídica em direitos fundamentais. **Sexualidad, Salud y Sociedad -Revista Latinoamericana**, n. 26, p, 236-261, 2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.15, n.3, 2019.

BONFIM, Marcos Augusto Bernardes. **A descriminalização do aborto pela via judicial no Brasil**: A ADPF 442 e a legitimidade democrática do STF para decidir sobre a questão. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/338881/a->

descriminalizacao-do-aborto-pela-via-judicial-no-brasil--a-adpf-442-e-a-legitimidade-democratica-do-stf-para-decidir-sobre-a-questao Acessado em: 17/06/2021.

DINIZ, Débora; ALMEIDA, Marcos. “**Bioética e Aborto**”. Iniciação à Bioética. Conselho Federal de Medicina. Brasília, 1988

PENTEADO, Tais Sofia Cunha de Barros. Equality-based arguments for the decriminalization of abortion in brazil: towards new legal opportunities. **Revista de Investigação Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 2, p.451-472, maio/ago. 2020.

RUIBAL, Alba. A controvérsia constitucional do aborto no Brasil: Inovação na interação entre movimento social de Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 02, p. 1166-1187, 2020.

SILVA, Davi de Lima Pereira. **Considerações sobre a ADPF 442**: O sistema brasileiro de direitos fundamentais e a possível descriminalização do aborto pela via jurisprudencial. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/83782/consideracoes-sobre-a-adpf-442/2>>. Acesso em: 18/06/2021.

# O RECONHECIMENTO DO DIREITO AUTÔNOMO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Carolina Sales Abraham<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo científico objetiva analisar o direito à proteção de dados pessoais como um direito autônomo constitucionalmente garantido, a partir da atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal. Examina-se a hipótese mediante pesquisa bibliográfica (legislação, jurisprudência e doutrina), aplicando a metodologia argumentativa para verificar a hipótese. Primeiro, é apresentado os pontos que tangenciam o papel contramajoritário na manutenção do Estado Democrático de Direito, a partir da eleição do neoconstitucionalismo como modelo constitucional pátrio, na linha das modificações dos arranjos sociais pelos avanços tecnológicos. Em seguida, analisa-se amplamente a evolução no reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais, primeiramente no que concerne ao tratamento legislativo da matéria e, logo após, ao tratamento da jurisdição constitucional à proteção. Ao final, confirma-se que o direito à proteção de dados pessoais ganhou autonomia a partir da interpretação da Constituição feita pelo Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Proteção de Dados Pessoais. Papel Contramajoritário. Neoconstitucionalismo.

## ABSTRACT

This scientific article aims to analyze the right to the protection of personal data as a constitutionally guaranteed autonomous right, based on the counter-majority action of the Supreme Court. The hypothesis is examined through bibliographic research (legislation, jurisprudence and doctrine), applying the argumentative methodology to verify the hypothesis. First, the points that concern the counter-majoritarian role in the maintenance of the Democratic State of Law, from the election of neoconstitutionalism as a constitutional model, in line with the

---

<sup>1</sup> Graduada no Curso de Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – CEUB. Aluna do Curso “Direito Digital: Inovação e Tecnologia” de Pós-graduação Lato Sensu do Centro Universitário de Brasília – CEUB/ICPD. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/338250871246602> E-mail: [carolinasalesabraham@hotmail.com](mailto:carolinasalesabraham@hotmail.com)

modifications of social arrangements by technological advances, are presented. Next, it is widely analyzed the evolution in the recognition of the right to the protection of personal data, first with regard to the legislative treatment of the matter and, soon after, the treatment of the constitutional jurisdiction to protection. In the end, it is confirmed that the right to the protection of personal data gained autonomy from the interpretation of the Constitution made by the Supreme Court.

**Keywords:** Protection of Personal Data. Coutermajoritarian Role. Neoconstitutionalism.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende tratar sobre o reconhecimento de um direito autônomo à proteção de dados pessoais no Brasil, a partir da interpretação da Constituição feita pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício do seu papel contramajoritário. O estudo desse desafio para o constitucionalismo brasileiro é de extrema relevância, principalmente em tempos de virtualização da vida, ao passo que a atuação da Corte Constitucional brasileira causa impactos, não apenas jurídicos, mas também sociais e culturais, em decorrência da supremacia da Constituição.

Para tanto, na via dogmática, será abordado no segundo capítulo deste trabalho como a jurisdição constitucional atua para garantir a efetividade material do texto constitucional e, conseqüentemente sua autonomia, a partir da ideologia do neoconstitucionalismo atribuído pela Constituição Federal.

Neste seguimento, primeiramente será feito um resgate dos principais modelos de constitucionalismo existentes, compreendendo a eleição por um Estado Democrático de Direito no Brasil. Após, será percorrida a necessidade de correspondência do texto da constituição às demandas insurgentes, principalmente meio da interpretação da carga principiológica incorporada à Carta, no exercício do Controle de Constitucionalidade. Situação esta, na qual será possível responder aos anseios advindos da multifacetagem social, principalmente no que tange aos impactos da tecnologia na vida humana e sua repercussão no universo jurídico. Em último, ver-se-á o que constitui o papel contramajoritário, intimamente ligado ao debate aqui iniciado.

Em seguida, no terceiro capítulo, será abordado por meio da metodologia argumentativa o direito à proteção de dados pessoais como um direito autônomo dentro da esfera de proteção constitucional da personalidade.

Para isso, em um primeiro momento, o trabalho se destina a percorrer de forma prática como se encontra atualmente o tratamento conferido pela legislação pátria acerca da matéria. Seguidamente, passa-se a analisar como a Corte Constitucional tem reconhecido o direito à proteção de dados pessoais, principalmente em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Isto se deu no julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o referendo de medidas liminares concedidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas contra a Medida Provisória 954/2020, o qual veremos adiante.

Ao fim, acredita-se que será possível responder ao questionamento referente ao reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo do sistema jurídico brasileiro.

## **2 O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO NA MANUTENÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ANÁLISE SOB O PRISMA DA VIRTUALIZAÇÃO DA VIDA**

A sociedade é dinâmica. O ser humano está em constante evolução, num estado de inquietude, criando novas formas de interação social. O desenvolvimento tecnológico é a expressão dessa realidade, na qual revolucionam-se as formas de comunicação e armazenamento de informações.

Pensando nisso, o presente capítulo se destina à compreensão de como o Estado se comporta perante a nova realidade causada pela implementação da Internet e, conseqüentemente, criação da sociedade em rede. Mais especificamente, compreender a importância e o papel das Cortes Constitucionais na resolução de novas demandas sociais, visto que aquelas são as responsáveis pela interpretação do texto constitucional, que deverá se adequar para manter sua posição de supremacia no ordenamento jurídico, em um Estado Democrático de Direito.

Para tanto, primeiramente será percorrido qual foi o modelo de constitucionalismo adotado pela Constituição pátria, e suas implicações. Após,

pretende-se discorrer como a Constituição irá fazer correspondência às novas transformações sociais, especialmente aquelas causadas pelos avanços tecnológicos. Por último, compreender-se-á o que constitui o papel contramajoritário das Cortes Supremas.

## 2.1 O Estado Democrático de Direito

As sociedades modernas são marcadas pela concessão que seus integrantes fazem de parcela da sua liberdade de autodefesa ao Estado, para que esse atue em prol da resolução de conflitos que, eventualmente, ocorrem na coletividade. No Brasil, este poder-dever é dado em vista à crença dos indivíduos de que o Poder Judiciário atuará a defesa de seus Direitos Fundamentais e também controlará as regras do jogo democrático, tendo em vista que essa competência se insere numa ideologia de “constitucionalismo democrático”.

Não à toa, o Ministro Luís Roberto Barroso defende ser esta a ideologia vitoriosa do século XX, pois “nele se condensam as promessas da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça material, tolerância, respeito ao outro e – quem sabe? – até felicidade”<sup>2</sup>.

Para que se possa compreender a importância do reconhecimento de força normativa à Constituição, e como essa ganhou centralidade no ordenamento jurídico brasileiro, é pertinente preceder a análise de dois modelos de Constitucionalismo: O francês e o americano. As duas primeiras constituições escritas no mundo, sendo a francesa de 1791 e a americana de 1787, são as responsáveis por dar origem a dois modelos distintos de grande influência no mundo democrático.

O modelo francês era marcado por uma dimensão mais política da Constituição, na qual o documento não poderia ser utilizado nas pretensões judicializáveis. Em outros termos, não havia a aplicação direta e imediata da Carta Constitucional. Por esta razão, o sistema era marcado pela supremacia do Parlamento, destarte as Leis não eram passíveis de controle de constitucionalidade.

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum**. Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018. p. 16. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.35777>. Acesso em: 20 jun. 2021.

O modelo americano<sup>3</sup>, por sua vez, é caracterizado por uma dimensão mais jurídica da Constituição. Em outras palavras, há uma supremacia da Constituição sobre as demais normas do ordenamento jurídico, ao passo que a Magna Carta pode ser aplicada de forma direta e imediata, inclusive para exercer o controle de constitucionalidade das demais normas. Ou melhor, pode a Corte Constitucional, responsável por resguardar o referido diploma legal, declarar ineficaz as normas que estejam em desacordo com os fundamentos e princípios guardados na Constituição.

Por conseguinte, é inteligível compreender que prevaleceu o modelo americano na maior parte do mundo. Haja vista, portanto, o desejo pela defesa dos direitos fundamentais assim como a proteção das regras do jogo democrático, iminentemente frente ao quadro histórico mundial pós 2ª guerra mundial, fase em que o Judiciário logra maior visibilidade enquanto Poder garantidor da efetividade da Constituição. Marcelo Novelino<sup>4</sup> ressalta, ainda, que essa garantia jurisdicional de supremacia da Carta Constitucional deve ser considerada não somente do ponto de vista formal, mas também material.

Compreender a importância da escolha desse modelo de constitucionalismo nos dias atuais é um relevante ponto a ser levantado, haja vista os novos meios de interpretação constitucional possibilitados. Isto porque, à medida que a sociedade vai se tornando cada vez mais complexa, as soluções para os problemas jurídicos passam a não ser mais encontrados integralmente na norma fornecida pelo legislador. Assim, faz-se necessária a adoção do método de ponderação, na qual o magistrado irá construir argumentativamente sua decisão, a partir dos princípios constitucionais.

As discussões sobre proteção de dados pessoais situam-se dentro dessa nova gama de demandas sociais, diante um cenário de intenso desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação e do advento da Sociedade em Rede. Nessa medida, reflexiona-se o papel da Corte Constitucional na resolução desses conflitos, a fim que se resguarde o Estado Democrático de Direito.

---

<sup>3</sup> Foi no caso *Marbury vs. Madison*, perante a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que se atribuiu força normativa à Constituição dos EUA, por meio do reconhecimento da possibilidade de Controle de Constitucionalidade.

<sup>4</sup> NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodium, 2016. p. 246-247.

A importância da manutenção da democracia pode ser vista a partir da centralidade que o tema da proteção de dados pessoais exerce nesse aspecto, conforme aponta Laura Schertel Mendes<sup>5</sup>. Principalmente, observando os acontecimentos mais recentes no Brasil e nos países estrangeiros envolvendo o perigo que a vigilância exercida pelos provedores pode causar, como a limitação das liberdades arduamente alcançadas.

Em outra ponta, o pilar de defesa dos direitos fundamentais é razoado ante a importância de se garantir os princípios e as prerrogativas mínimas dispostas no texto constitucional, materialmente. Neste seguimento, a matéria de proteção de dados parece encontrar berço nos direitos de personalidade dos indivíduos, por estarem estritamente relacionados com a expressão desse último. Pretende-se, adiante, percorrer de que forma a Jurisdição Constitucional pátria tem dado tratamento a este aspecto, especialmente para as problemáticas que envolvem os acontecimentos de vazamento de dados e aquelas que tratam do incorreto tratamento e guarda desses.

Em desfecho, há uma escolha do modelo de “Estado Democrático de Direito” no constitucionalismo contemporâneo – neoconstitucionalismo –, em detrimento de um “Estado Legislativo de Direito”, ao passo que a Lei, que estava no centro do ordenamento jurídico, passa a estar subordinado à Magna Carta, superando-se o positivismo jurídico. A seguir, serão percorridas as nuances da prerrogativa que as Supremas Cortes possuem de exercer o controle de constitucionalidade, bem como os seus papéis dentro do sistema de *checks and balances*.

## **2.2 Correspondência da Constituição às transformações sociais causadas pelos avanços tecnológicos**

Conforme visto, o neoconstitucionalismo foi o modelo constitucional adotado pela Constituição Federal vigente, com vista à defesa do Estado Democrático de Direito. Para tanto, destaca-se a posição hierárquica de destaque que o texto da Carta Constitucional adquire, com fundamento no princípio da sua supremacia. Nas

---

<sup>5</sup> MENDES, Laura Schertel. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista JOTA**, 10 maio 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>. Acesso em: 20 jun. 2021.

expressões balizadas pelo Ministro Luís Roberto Barroso<sup>6</sup>, a Carta Magna é dotada de tal superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema de modo que, conseqüentemente, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível.

Esta supremacia seria assegurada por meio da jurisdição constitucional, que é a possibilidade de ingressar perante o Poder Judiciário para fazer valer o texto da Constituição Federal, isto é, para que se possa garantir a efetividade material dessa norma. O que é feito, prioritariamente, pelo chamado Controle de Constitucionalidade.

Neste seguimento, é necessário que essa prerrogativa seja exercida de forma autônoma por uma instância instrumentalizada, com a função de realizar o controle das normas em face do texto constitucional, assegurando a guarda desse último. Dá-se a este órgão o nome de Suprema Corte, que irá desempenhar o Controle de Constitucionalidade.

Em continuidade, Peter Häberle<sup>7</sup> afirma que a função da jurisdição constitucional se traduz na limitação, racionalização e controle do poder estatal e social, com vista à proteção das minorias, assim como à reparação dos novos perigos para a dignidade humana. Conseqüentemente, denota-se que seu papel primordial é a própria defesa do Estado Democrático de Direito, sendo o Órgão que veste a prerrogativa atribuída propriamente na Carta Magna, que adere à ideologia do neoconstitucionalismo.

Ocorre que essa atividade desempenhada pelas Supremas Cortes esbarra diretamente com a necessidade de modulação do texto constitucional às demandas sociais insurgente. Isto porque, à medida que a sociedade vai se tornando cada vez mais complexa e plural, as soluções para problemáticas jurídicas não encontram mais respostas prontas oferecidas pelo legislador, dentro do arcabouço jurídico, sendo necessária a inovação dos meios de interpretação constitucional.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 109.

<sup>7</sup> HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del estado constitucional. **Revista Direito Público**, v.3, n. 11, jan-mar/2006. p. 86. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1329>. Acesso em: 20 jun. 2021.

Desse modo, o tradicional modelo de subsunção da norma cede espaço a um protagonismo do caráter subjetivo de interpretação jurídica realizada pelo juiz, reaproximando o direito com a moral. Dá-se a esse método o nome de ponderação em que, a partir dos princípios constitucionais, o magistrado irá analisar a colisão existente entre direitos e sopesá-los. Isto é, atribuir peso às situações expostas no caso concreto. Assim, escolherá qual direito deverá prevalecer ou atribuirá concessões recíprocas diante do quadro fático que lhe foi imposto, construindo argumentativamente sua decisão.

Essa conjuntura demonstra como as Cortes Constitucionais participam do contrato social. Isto porque a jurisdição constitucional se presta ao “mantimento, reafirmação e progresso diários do contrato social, comprometida com o desenvolvimento da Constituição como processo público”<sup>8</sup>. A Carta Magna, enquanto norma de grande peso principiológico, detém margem para que sua interpretação possa ser modelada em vista às novas demandas sociais, o que será feito a partir da atuação da Suprema Corte diante aos casos que lhe for apresentado.

Uma forma de materializar esse desafio dado às Cortes Supremas é observar como tem sido respondidas as demandas que surgem com o advento da sociedade da informação, situação na qual se insere o debate sobre o direito à proteção de dados pessoais.

A partir da criação de uma factível “teia mundial”<sup>9</sup> por meio da expansão da tecnologia dos meios de informação e comunicação (TICs), viabilizou-se a criação das chamadas plataformas de memória, termo criado por Sérgio Branco<sup>10</sup> para se referir à expansão dos registros por meio digital, no qual a Internet atua como um espaço democrático de compartilhamento e arquivamento de dados. Esse contexto exprime como os direitos fundamentais, entre eles o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão, entram frontalmente em conflito, necessitando de uma

<sup>8</sup> Livre tradução para: “mantenimiento, y reafirmación y progreso diários, del contrato social, comprometida com el desarrollo de la Constitución como proceso público”. HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional em la fase actual de desarrollo del estado constitucional. **Revista Direito Público**, v.3, n. 11, jan-mar/2006, p. 85. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1329>. Acesso em: 20 jun. 2021.

<sup>9</sup> CASTELLS, Manuel. **Sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2016. p. 89.

<sup>10</sup> BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017. p. 41.

resposta jurisdicional para que se possa compreender suas barreiras e os seus núcleos essenciais de proteção.

Por certo, a delimitação desses novos contornos ligados aos direitos fundamentais somente poderá ser feita a partir da interpretação do próprio texto constitucional. Dessa maneira, “a vitalidade e a continuidade da Constituição dependem da sua capacidade de se adaptar às novas transformações sociais e históricas, possibilitando uma proteção dos cidadãos contra novas formas de poder”<sup>11</sup>.

Para que não perca sua posição hierárquica de superioridade no ordenamento jurídico, a Constituição deve transparecer segurança e estabilidade, ao passo que garanta atualização para infundir a concretização dos direitos que nela estejam previstos, como se o passado e o futuro se encontrassem em estoicismo. Laura Schetel Mendes<sup>12</sup> afirma que

nesse aspecto reside uma tensão inerente ao conceito de Constituição: de um lado, ela deve expressar continuidade, permanência, segurança e estabilidade, de outro, deve exprimir flexibilidade, abertura de interpretação e atualização para a constante concretização dos direitos e princípios nela consagrados.

Em suma, é por meio da jurisdição constitucional que será garantida a efetividade material do texto constitucional, na qual a Suprema Corte atuará como uma instância instrumentalizada e autônoma com a prerrogativa de garantir a superioridade da Constituição. Assim, é por meio da interpretação da carga principiológica incorporada à Carta, no exercício do Controle de Constitucionalidade, que será possível responder aos anseios advindos da multifacetagem social, principalmente no que tange aos impactos da tecnologia na vida humana e sua repercussão no universo jurídico.

<sup>11</sup> MENDES, Laura Schertel. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista JOTA**, 10 maio 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>. Acesso em: 20 jun. 2021.

<sup>12</sup> MENDES, Laura Schertel. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista JOTA**, 10 maio 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>. Acesso em: 20 jun. 2021.

## 2.3 O papel contramajoritário das Supremas Cortes

Primordialmente, memora-se que as Supremas Cortes possuem a função precípua do exercício da jurisdição constitucional, por meio da interpretação e aplicação da Constituição, seja em ações diretas para o Controle de Constitucionalidade seja em processos subjetivos que alcançam o Tribunal. No Brasil, o dispositivo 102 da Constituição Federal de 1988<sup>13</sup> nomina ao Supremo Tribunal Federal (STF) tais prerrogativas nas quais, segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, é de competência da Corte:

(i) aplicar diretamente a Constituição a situações nela contempladas, [...] (ii) declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, [...] (iii) sanar lacunas do sistema jurídico ou omissões inconstitucionais dos Poderes.<sup>14</sup>

Ocorre que o desenvolvimento da jurisdição constitucional tanto pelo STF como por todas as demais Supremas Cortes envolvem outros papéis, na perspectiva política-institucional de relevo do Órgão de cúpula do Poder Judiciário. É neste espaço que se situa o papel contramajoritário, exercido na realização do Controle de Constitucionalidade.

Para que se possa compreender o que consiste o papel contramajoritário, importa compreender em que ponto essa deriva das ideologias expressas pelo modelo de constitucionalismo americano, o neoconstitucionalismo. Isto porque, a partir do reconhecimento da supremacia da constituição perante todo o arcabouço jurídico-normativo, torna-se possível observar o protagonismo do Poder Judiciário ante a proteção de direitos e direcionamento de deveres.

Assim, com a possibilidade de se ingressar em juízo para debater qualquer questão constitucionalmente garantida, que pode ser aplicada de forma direta e imediata, sobrevém uma transferência do poder de instâncias políticas tradicionais, como o Legislativo e o Executivo, para os juízes e tribunais, que compõem o Poder Judiciário.

<sup>13</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 jun 2021.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. In: SARMENTO, D. (coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 18.

Este funcionamento decorre do próprio arranjo institucional brasileiro da divisão de Poderes, bem como a partir da superação de uma dimensão política da Constituição, que passa a ser jurídica. O Ministro Luís Roberto Barroso aponta que as três grandes causas para a transformação do Judiciário em um Poder político seriam:

(i) O reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é um componente essencial das democracias modernas, para preservar os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático; (ii) um certo desencanto com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral; (iii) atores políticos, muitas vezes, não são capazes de produzir consensos em relação a questões em que há desacordos morais razoáveis, preferindo transferir o ônus de certas decisões para o Judiciário, cujos membros não dependem de votos.<sup>15</sup>

No que diz respeito ao primeiro ponto, especialmente, retorna-se ao ponto que a Corte Constitucional estaria exercendo este papel em razão dos fundamentos da ideologia de um Estado Democrático de Direito. Isto é, estaria atuando em prol da defesa de direitos fundamentais e proteção da democracia.

Em seguimento, pode-se dizer que o papel contramajoritário é a prerrogativa em razão da posição política-institucional mais reconhecida pela teoria constitucional. Apresenta-se como o poder de invalidar os atos dos outros poderes, ou seja, de declarar suas normas incompatíveis com o texto constitucional. Consiste, portanto, em um grande exemplo de como o conceito de democracia transcende a ideia primitiva de governo da maioria, ao passo que invalidaria uma normativa feita por servidores eleitos pelo povo majoritariamente, abarcando uma proteção *sine qua non* aos grupos minoritários da sociedade.

Esta forma de fazer valer o texto constitucional em triunfo aduz à uma atuação representativa da Suprema Corte, ao passo que demonstra como o voto não é a fonte exclusiva e esgotável de democracia. Porquanto, para além disso, os magistrados atuariam em defesa do povo, mesmo não sendo por eles eleitos. Isso se dá quando as necessidades e demandas sociais não são atendidas pelos poderes que

---

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum**. Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018. p. 25-26. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.35777>. Acesso em: 20 jun. 2021.

originalmente tinham o dever de assim o fazer, e passam a ser concretizados pelo Judiciário, por meio da judicialização.

Contudo, faz-se importante tecer observação no sentido de que “esse papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal tem sido exercido, como é próprio, com razoável parcimônia”<sup>16</sup>. Haja vista que, nas situações em que não estejam envolvidos os fundamentos próprios de um Estado Democrático de Direito, deve-se respeitar a liberdade e a discricionariedade próprias do Legislativo e do Executivo, respectivamente.

Em desfecho, sabendo que esse papel contramajoritário se corporifica no próprio exercício do Controle de Constitucionalidade pelas Cortes Constitucionais, passará o presente trabalho científico a examinar como o Supremo Tribunal Federal têm desempenhado na prática a jurisdição constitucional. Especialmente, a partir de um recorte temático, em face dos quesitos atinentes ao direito à proteção de dados pessoais, amplamente articulado em razão das repercussões causadas pelo desenvolvimento tecnológico.

### **3 EVOLUÇÕES NO RECONHECIMENTO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**

O presente tópico deste Artigo se destina a compreender como a Corte Constitucional brasileira tem exercido seu controle de constitucionalidade em matéria de proteção de dados pessoais. Especialmente, a fim de identificar se essa se constitui um direito autônomo no sistema constitucional vigente, isto é, no texto da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, primeiramente será percorrido o tratamento dado pela legislação pátria ao assunto. Após, passa-se a esmiuçar como o Supremo Tribunal Federal entende a questão a partir da execução do controle concentrado de constitucionalidade. Escolheu-se, como caso paradigmático, o julgamento da Corte sobre o referendo de medidas liminares concedidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas contra a Medida Provisória nº 954/2020.

---

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *In*: SARMENTO, D. (coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 20.

### 3.1 Tratamento da legislação pátria sobre a proteção de dados pessoais

Antes de compreender como o Supremo Tribunal Federal tem analisado a temática da proteção de dados pessoais, é importante conhecer os avanços legislativos sobre a matéria, percorrendo o arcabouço jurídico vigente. Isto pois, para além das proteções e garantias constitucionais, as demais normas editadas por um Poder representativo podem indicar uma melhor concepção das finalidades sociais almejadas ao se interpretar os casos concretos.

Neste sentido, a positivação do direito à proteção de dados pessoais, bem como suas particularidades, soa de extrema importância nos dias atuais, “na medida em que os problemas relacionados a fraudes e vazamento de dados se tornam cada vez maiores, tanto em frequência quanto em volume, demandando ações por parte dos legisladores e reguladores”<sup>17</sup>.

Partindo a pormenorização da legislação que diz respeito ao tema, primordialmente destaca-se que os direitos de personalidade, esfera na qual estaria situado o direito à proteção de dados pessoais, possui proteção constitucional como direito fundamental, no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988. Essa Carta foi revolucionária ao prescrever, de forma expressa, que são invioláveis a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas assegurando, inclusive, dano material ou moral decorrente da violação desses direitos.

O direito à proteção de dados pessoais ganha escopo nas normas infraconstitucionais de direito brasileiro a partir da sua consagração na Lei nº. 12.965/2014<sup>18</sup>, conhecida como Marco Civil da Internet (MCI). A normativa estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, e reconhece a proteção de dados pessoais como um princípio, em seu artigo 3º, inciso III.

<sup>17</sup> SILVA, Beatriz Simas Silva. JÚNIOR, José Carlos Silveira Barbosa. Entre o passado e o futuro: um breve panorama dos marcos e desafios legislativos na defesa do consumidor. In: SILVA, Rafael Silveira (coord.). **30 anos da Constituição: Evoluções, desafios e perspectivas para o futuro**. Volume III. Brasília: Senado Federal, 2018. p. 441.

<sup>18</sup> BRASIL. **Lei nº 12.957, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Marco Civil da Internet (MCI). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 20 jun. 2021.

Mais à frente, no artigo 7º, os dados pessoais são vistos a partir de um direito de autodeterminação informativa dos usuários. Isto porque o fornecimento dessas informações necessita de um consentimento livre, expresso e informado daquele. No mesmo sentido, a coleta, o armazenamento e o posterior tratamento deverão seguir finalidades que justifiquem a atividade, a partir da especificidade no contrato de prestação de serviço ou em termos de uso de aplicações de internet.

Quanto ao âmbito de aplicação do direito brasileiro, considerando a ausência de fronteiras da sociedade em rede, quaisquer atividades que sejam realizadas no território nacional deverão, obrigatoriamente, adotar as previsões do ordenamento jurídico pátrio. O MCI traz, em seu artigo 11, que

qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

Em seguimento, os dados pessoais ganham disciplina de destaque a partir da Lei nº. 13.709/2018<sup>19</sup>, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). A norma tem a finalidade de dispor sobre o tratamento dessas informações, inclusive nos meios digitais, em razão da proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, e o livre desenvolvimento da personalidade.

A LGPD enuncia, para além do consentimento, um rol taxativo para justificar o tratamento de dados pessoais em seu artigo 7º. Neste sentido, são disponibilizadas pelo legislador dez formas de fundamentação para o cruzamento de informações individuais, o que não exclui a responsabilidade do agente de tratamento pela observância dos princípios gerais das garantias dos direitos do titular daqueles dados.

Superada a exploração legislativa da matéria, passa-se agora a averiguar como a Corte Constitucional brasileira tem entendido sobre o tema da proteção de dados pessoais. Especificamente, pretende-se aferir se o direito a ele atinente

---

<sup>19</sup> BRASIL. **Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 20 jun. 2021.

constitui uma esfera da personalidade autônomo em si, ou se este se configura dentro dos direitos de privacidade e intimidade.

### **3.2 A Corte Constitucional no reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais**

O presente tópico se destina à compreensão prática do exercício da jurisdição constitucional. Isto é, pretende-se observar como a jurisprudência da Suprema Corte vêm atuando na defesa do Estado Democrático de Direito, exercendo o seu papel contramajoritário.

Considerando o recorte temático da tutela de proteção dos dados pessoais, primeiramente será feito um resgate da instrumentalização dessas atividades por meio do controle concentrado de constitucionalidade. Após, será percorrido o julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o referendo de medidas liminares concedidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas contra a Medida Provisória 954/2020, ressaltando sua representação e seus efeitos.

Ao final, acredita-se que será possível compreender como o direito à proteção de dados pessoais no Brasil é considerado um direito fundamental autônomo, em deslinde da interpretação do próprio texto Magno pela Corte Constitucional.

#### *3.2.1 O Controle Concentrado de Constitucionalidade em matéria de proteção de dados pessoais*

Inicialmente, para que se possa explorar o caso prático que trata da matéria de dados pessoais, deslinda-se como é exercido a jurisdição constitucional no Brasil, em especial no que concerne ao controle de constitucionalidade.

Conforme visto no segundo capítulo do presente trabalho, esta prerrogativa de aferir a compatibilidade de uma lei face ao texto constitucional, ou aplica-la a um determinado caso concreto, é própria do Poder Judiciário. Ainda, mais especificadamente, da Suprema Corte quando feito de forma concentrada. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é o órgão competente para o exercício desta forma de jurisdição.

A Constituição Federal de 1988 instrumentaliza diversos mecanismos para que haja o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, entre eles a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), em seu artigo 102, inciso I, alínea “a”. Essa é considerada o instrumento da jurisdição constitucional por excelência, por exprimir íntima relação com a guarda da Magna Carta. Memora-se que o papel contramajoritário, enquanto capacidade de declara a inconstitucionalidade de normas editadas por Poderes eleitos pela maioria, quando identificado incompatibilidade à luz do texto constitucional, seria a própria consumação da procedência dessa Ação, portanto.

Após estas breves colocações, passa-se a analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o referendo de medidas liminares concedidas em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas em face da Medida Provisória 954/2020, bem como os efeitos dela advindos, conforme se segue.

### *3.2.2 Efeitos do julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o referendo de medidas liminares concedidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas contra a Medida Provisória 954/2020*

Em meio à pandemia ocasionada pelo vírus Sars-coV-2, o Poder Executivo Federal editou a Medida Provisória (MP) 954/2020, que estabelecia o compartilhamento de dados de usuários de serviços de telecomunicações, entre esses nomes, números de telefone e endereços, com o Instituto Brasileiro de Geografia e estatística (IBGE), durante o período de crise sanitária. Justificava-se que o objetivo do compartilhamento consistia na produção estatística oficial, por meio da realização de entrevistas em modelo não-presencial.

A iniciativa governamental acarretou rapidamente o ajuizamento de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, buscando declaração de incompatibilidade da normativa com diversas prerrogativas constitucionais. São estas as ADI’s 6387, 6390, 6389, 6388 e 6393, os quais argumentavam, no bojo das suas petições iniciais, que

A medida não obedece aos requisitos de relevância e urgência para a edição de Medidas Provisória. [...] 2. A medida não especifica a finalidade para a qual os dados serão utilizados. [...] 3. A transferência dos dados representava desvio da sua finalidade original. [...] 4. Concentrar todos esses dados é um risco, e faltam garantias de segurança.<sup>20</sup>

Com a distribuição das Ações à Ministra Rosa Weber, a mesma proferiu decisão favorável ao pedido de medida cautelar realizado para determinar a suspensão da eficácia da referida Medida Provisória pois, segundo a Relatora, não se vislumbrou na normativa a exigência de mecanismo e procedimentos aptos a assegurar o sigilo e anonimato dos dados compartilhados, contrariando a proteção constitucional inserida no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Ainda, realçou a ausência de interesse público legítimo que fundamentasse o compartilhamento de dados pessoais pelas empresas de telefonia. Nos termos da Liminar deferida *ad referendum* pela Min. Rosa Weber,

a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel, com o caráter precário próprio aos juízos perfunctórios e sem prejuízo de exame mais aprofundado quando do julgamento do mérito, defiro a medida cautelar requerida, *ad referendum* do Plenário desta Suprema Corte, para suspender a eficácia da Medida Provisória n. 954/2020, determinando, em consequência, que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE se abstenha de requerer a disponibilização dos dados objeto da referida medida provisória e, caso já o tenha feito, que suste tal pedido, com imediata comunicação à(s) operadora(s) de telefonia.<sup>21</sup>

A medida foi, posteriormente, referendada pelo Tribunal Pleno por maioria de 10 votos, sendo essa “decisão histórica ao reconhecer um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais”<sup>22</sup>. Isto porque, a partir do julgamento, vislumbrou-se a factual possibilidade de tutela constitucional dos dados pessoais, em um contexto de direito à autodeterminação informativa.

<sup>20</sup> Observatório da LGPD. **Caso IBGE**: usuários de telefonia. 2020. Disponível em: Acesso em: <https://observatoriolgpd.com/2020/05/07/resumo-caso-ibge-usuarios-de-telefonia/>. Acesso em: 20 jun. 2021.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 6387**. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em: 20 jun. 2021.

<sup>22</sup> MENDES, Laura Schertel. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista JOTA**, 10 maio 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>. Acesso em: 20 jun. 2021.

Semelhantemente ao julgamento precursor da matéria perante a Corte Constitucional da Alemanha (TCF), no ano de 1983, ambos os casos tratam acerca da coleta de dados realizadas por órgãos estatais, a fim de produção estatística demográfica. Considerando que a Lei alemã previa uma ampla coleta de dados pessoais, sem quaisquer proporções determinadas, o TCF reconheceu que “as novas condições tecnológicas e sociais requerem o desenvolvimento continuado da interpretação dos direitos fundamentais para garantir a proteção do indivíduo na sociedade da informação”<sup>23</sup>, ante ao risco enfrentado no âmbito da privacidade pelas atividades de processamento eletrônico dos dados.

Com isso, a Corte Constitucional alemã já apontava para a necessidade de correspondência da Constituição às novas demandas sociais, em especial aquelas que se inserem em um contexto de virtualização da vida. Não foi diferente na jurisdição brasileira, na qual os membros da Corte Suprema, em quase unanimidade, demonstraram preocupação com o perigo que a sistemática vigilância pode causar em restrição de liberdades garantidas constitucionalmente.

Laura Schertel indica três aspectos centrais dos efeitos no ordenamento jurídico, a partir do julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o referendo da medida liminar concedida, sendo:

Primeiro, a superação da falácia de que existiriam dados pessoais neutros desprovidos de proteção, consolidando o dado pessoal como merecedor de tutela constitucional. Como decorrência, tem-se o reconhecimento de um direito autônomo à proteção de dados pessoais e o seu duplo efeito sobre os deveres do Estado (um dever negativo de não interferir indevidamente no direito fundamental e um dever positivo de adotar medidas positivas para a proteção desse direito). Por fim, a partir desse reconhecimento, conclui-se que o quadro infraconstitucional brasileiro atual – de prorrogação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) por meio da Medida Provisória 959/2020 e da omissão do poder executivo em criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) – encontra-se em clara contrariedade aos parâmetros e valores constitucionais.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza, v. 25, n.4, p. 1-18, out./dez. 2020. p. 11. Disponível em: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2020.10828>. Acesso em: 20 jun. 2021.

<sup>24</sup> MENDES, Laura Schertel. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista JOTA**, 10 maio 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e>

Pode-se deduzir, portanto, que o direito à proteção de dados pessoais está abrangido pela tutela jurisdicional a partir do reconhecimento de um direito autônomo, diferente da proteção garantida à intimidade e à privacidade, contudo dentro da proteção da personalidade do indivíduo ante aos riscos inerentes do seu processamento e tratamento.

Em desfecho, a autonomia do direito em pauta na Ação Direta de Inconstitucionalidade decorreria de uma interpretação integrada do texto constitucional. No sentido de ordenar o direito fundamental à dignidade da pessoa humana, a correspondência da proteção instituída no artigo 5º, inciso X, da Constituição federal de 1988 aos novos dilemas decorrentes da revolução tecnológica e, por fim, o reconhecimento do Habeas Data como instrumento processual para a tutela do direito material à proteção de dados.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

À pretexto de analisar o reconhecimento de um direito autônomo à proteção de dados pessoais no Brasil, a partir da interpretação da Constituição feita pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício do seu papel contramajoritário, o presente Artigo buscou investigar os principais pontos que tangenciam a temática, a partir de uma metodologia dogmática e argumentativa.

Por conseguinte, o segundo capítulo se destinou a percorrer como o exercício do papel contramajoritário atua na manutenção do Estado Democrático de Direito, por meio da correspondência do texto constitucional na sua interpretação aos dilemas sociais insurgentes. Situação esta na qual se insere a corpulenta transformação de padrões sociais, a partir de uma verdadeira virtualização da vida, fenômeno reconhecido como sociedade da informação.

Em um segundo momento, no terceiro capítulo, a pesquisa voltou-se a um recorte prático de como é realizado o controle de constitucionalidade de prerrogativa das Supremas Cortes. Primeiramente, percorreu-se o arcabouço jurídico-normativo sobre o direito à proteção de dados pessoais para, posteriormente, compreender quais

---

análise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020. Acesso em: 20 jun. 2021.

foram os efeitos causados pelo julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o referendo de medidas liminares concedidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas contra a Medida Provisória 954/2020.

Finalmente, conseguiu-se evidenciar que o direito à proteção de dados pessoais foi reconhecido pela Corte Constitucional pátria como um direito autônomo protegido e amparado no texto da Constituição Federal de 1988, a partir do papel contramajoritário exercido para declarar a inconstitucionalidade da Medida Provisória que trata sobre o compartilhamento dessas informações.

Resta agora observar como serão as próximas manifestações do Tribunal Constitucional sobre a matéria, tendo a consciência que as transformações sociais causadas pelo desenvolvimento tecnológico estão longe de serem exauridas por qualquer veredito, porém caminhando para a delimitação da titularidade de dados em um manente controle de constitucionalidade.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *In*: SARMENTO, D. (coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 3-34.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum**. Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018. p. 14- 36. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.35777>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 jun 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.957, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Marco Civil da Internet (MCI). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 6387.** Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em: 20 jun. 2021.

CASTELLS, Manuel. **Sociedade em rede.** São Paulo: Paz e Terra, 2016.

HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional em la fase actual de desarrollo del estado constitucional. **Revista Direito Público**, v.3, n. 11, jan-mar/2006. p. 73-96. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1329>. Acesso em: 20 jun. 2021.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza, v. 25, n.4, p. 1-18, out./dez. 2020. p. 11. Disponível em: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2020.10828>. Acesso em: 20 jun. 2021.

MENDES, Laura Schertel. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista JOTA**, 10 maio 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>. Acesso em: 20 jun. 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador: Juspodium, 2016.

Observatório da LGPD. **Caso IBGE:** usuários de telefonia. 2020. Disponível em: <https://observatoriolgpd.com/2020/05/07/resumo-caso-ibge-usuarios-de-telefonia/>. Acesso em: 20 jun. 2021.

SILVA, Beatriz Simas Silva. JÚNIOR, José Carlos Silveira Barbosa. Entre o passado e o futuro: um breve panorama dos marcos e desafios legislativos na defesa do consumidor. In: SILVA, Rafael Silveira (coord.). **30 anos da Constituição:** Evoluções, desafios e perspectivas para o futuro. Volume III. Brasília: Senado Federal, 2018. p. 428-446.

# VAQUEJADA: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA MANIFESTAÇÃO NO BRASIL

Hanneli Aresi Rasia<sup>1</sup>

## RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 enumera diversos direitos fundamentais e, dentre eles, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao pleno exercício dos direitos culturais. Uma importante manifestação cultural nacional é a vaquejada, todavia, a crueldade aos animais é inerente a essa atividade, razão pela qual se questiona a sua constitucionalidade. O presente estudo pretende analisar os fundamentos favoráveis e desfavoráveis à constitucionalidade da vaquejada. Trata-se de tema importante porque a prática da atividade é relevante na perspectiva histórica, cultural e econômica. Apesar disso, o art. 225, §1º, VII da Constituição Federal é importante dispositivo de vedação a qualquer ato cruel contra os animais. A pesquisa consubstancia-se em uma análise da ADI 4983, Lei nº 13.364/2016 e EC 96/2017, e, ao final conclui que a prática da vaquejada no Brasil é inconstitucional.

**Palavras-chave:** Vaquejada. Inconstitucionalidade. Constituição da República Federativa do Brasil.

## ABSTRACT

The 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil lists many fundamental rights and, among them, the right to an ecologically balanced environment and to the full exercise of cultural rights. An important national cultural manifestation is the vaquejada, however, cruelty to animals is inherent to this activity, which is why its constitutionality is questioned. The present study intends to analyze the favorable and unfavorable foundations for the constitutionality of the vaquejada. It is a relevant topic because the practice of the activity is relevant from a historical, cultural and economic perspective. Despite this, the article 225, paragraph I, number VII of the Federal Constitution is an important sealing device against any

---

<sup>1</sup> Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Aluna do curso de pós-graduação *lato sensu* de Prática Processual nos Tribunais pelo Centro Universitário de Brasília – CEUB/ICPD. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pelo Instituto Damásio Educacional. Endereço eletrônico: hanneli.rasia@gmail.com.

cruel act against animals. The research is based on an analysis of Direct Action of Unconstitutionality nº 4983, Law 13.364/2016 and constitutional amendmant (CA) 96/2017, and, in the end, concludes that the practice of vaquejada in Brazil is unconstitutional.

**Keywords:** Vaquejada; Unconstitutionality; Constitution of the Federative Republic of Brazil.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto a análise da inconstitucionalidade da prática da vaquejada no Brasil. A discussão é relevante porque a Constituição Federal de 1988, por meio do art. 225<sup>2</sup>, dispôs como direito fundamental o meio ambiente ecologicamente equilibrado e como um de seus pressupostos a vedação da prática de atos cruéis contra os animais. Trata-se, portanto, de um direito fundamental, coletivo e de terceira geração.

Para a melhor doutrina, o direito ao meio ambiente nos termos da Carta Magna constitui um direito fundamental da pessoa que deve ser tutelado como qualquer outra garantia prevista pela constituinte originário.<sup>3</sup> O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, todavia, não é o único direito fundamental de caráter difuso ou coletivo previsto na Constituição. A Carta Política, em seu art. 215<sup>4</sup>, prevê como direito de todos o pleno exercício dos direitos culturais e às manifestações culturais.

A discussão quanto à constitucionalidade da vaquejada decorre exatamente do fato de que tanto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como a garantia do exercício das manifestações culturais são direitos fundamentais. Desse modo, a análise sobre a constitucionalidade exige do órgão jurisdicional uma ponderação de princípios e garantias.

A pesquisa desenvolvida por meio do artigo, é, portanto, de suma importância, posto que a vaquejada é uma manifestação cultural, de relevante caráter

---

<sup>2</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19/06/2021.

<sup>3</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

<sup>4</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19/06/2021.

econômico e que intrinsecamente envolve atos cruéis contra os animais, o que é absolutamente vedado pela Constituição Federal.

O presente estudo tem como objeto a análise da constitucionalidade da vaquejada, por meio do estudo da ADI 4983<sup>5</sup>, da Lei nº 13.364/2016<sup>6</sup> e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas face à Emenda Constitucional 96/2017<sup>7</sup>. O estudo que se propõe foi realizado por meio da leitura de doutrinas, de leis, de artigos científicos e de decisões do Supremo Tribunal Federal.

O trabalho divide-se em três partes. O primeiro capítulo é direcionado ao estudo das origens da vaquejada num contexto cultural e à análise dos votos dos Ministros do STF da ADI 4983, cujo objeto era a lei cearense que regulamentou a vaquejada no estado. O segundo capítulo tem como objeto de estudo da Lei nº 13.364/2016<sup>8</sup>, responsável por instituir a vaquejada como patrimônio cultural imaterial do Brasil, bem como o processo legislativo que culminou com a aprovação da proposta da lei.

O último capítulo analisa os fundamentos favoráveis e desfavoráveis à constitucionalidade da Emenda Constitucional 96/2017 por meio do estudo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5728<sup>9</sup> e 5772<sup>10</sup>. De todo o estudo proposto no presente artigo se verificará que a crueldade é intrínseca à vaquejada, razão pela qual a atividade, independentemente de seu caráter cultural, não pode ser admitida, em razão do previsto no art. 225, §1º, VII, CRFB<sup>11</sup>. Explicitada a estrutura da

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983**. Relator Min. Marco Aurélio. DJ 6/10/2016. DJE 27/04/2017. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 15/06/2021.

<sup>6</sup> BRASIL. **Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm). Acesso em: 19/06/2021.

<sup>7</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19/06/2021.

<sup>8</sup> BRASIL. **Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm). Acesso em: 19/06/2021.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5728**. Min. Relator Dias Toffoli. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901>. Acesso em: 19/06/2021.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5772**. Min. Relator Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5259991>. Acesso em: 19/06/2021.

<sup>11</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19/06/2021.

pesquisa e a sua relevância, passa-se ao estudo sobre a prática da vaquejada no Brasil.

## 2 VAQUEJADA: ORIGENS E ANÁLISE DA ADI 4983

Antes de se analisar minuciosamente a ADI 4983<sup>12</sup>, especialmente os fundamentos dos votos dos Ministros do STF, é imperioso tecer breves palavras a respeito da vaquejada, compreendendo o seu conceito e origem.

### 2.1 Origens da vaquejada

A vaquejada é uma atividade cultural e econômica típica da região nordeste do Brasil. Na época dos coronéis no sertão, não havia cercas nas áreas de propriedade rural, motivo pelo qual os animais eram marcados e soltos e muitos deles se reproduziam. Para juntar o gado marcado eram chamados os peões, conhecidos como vaqueiros. Sua atividade era muito importante e reconhecida, afinal, diversas vezes tinham que perseguir e laçar os animais para trazê-los de volta aos seus donos. A ideia de realização de disputas surge justamente da habilidade desses vaqueiros.<sup>13</sup>

Atribui-se como local de origem da vaquejada, reconhecida como a atividade de derrubar o boi puxando-o pelo rabo, a região de Seridó, no Rio Grande do Norte. Ainda, o primeiro registro escrito da atividade é atribuído à José de Alencar, o qual

---

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **ADI 4983**. Ementa: PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. Relator Min. Marco Aurélio. DJE 27/04/2017. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 15/06/2021.

<sup>13</sup> **História da vaquejada**. ABVAQ. Disponível em: <https://www.abvaq.com.br/institucional>. Acesso em: 15/06/2021.

no ano de 1874 escreveu sobre a “puxada de rabo de boi” no Ceará, e deixou claro que a prática já ocorria antes de sua primeira documentação.<sup>14</sup>

Observa-se, portanto, que no começo, a prática tinha a finalidade de juntar os bois soltos, sequer existindo o termo vaquejada. Ainda, a ideia de festa da vaquejada só surgiu em 1920. Atualmente, a vaquejada é um negócio de significativa movimentação financeira em razão da venda de ingressos e do oferecimento de prêmios para os vaqueiros.<sup>15</sup>

Atualmente, a atividade da vaquejada consiste em uma competição em que dois vaqueiros perseguem, a cavalo, um boi, buscando derrubá-lo na demarcação específica da competição. Um vaqueiro é responsável por conduzir o boi para o local correto, emparelhando-o com o segundo vaqueiro e este é encarregado de puxar o rabo do animal e derrubá-lo.<sup>16</sup>

No voto da Ministra Rosa Weber, o conceito da vaquejada é sintetizado de forma cristalina. No voto consignou-se que “na denominada vaquejada, dois vaqueiros galopam em velocidade no enlazo de um animal em fuga, que tem sua cauda tracionada e torcida para que tombe no chão – e há de ficar com as quatro patas para cima”.<sup>17</sup>

Apesar do inquestionável valor cultural e histórico da vaquejada, e antes mesmo da decisão do Supremo Tribunal Federal, a melhor doutrina já questionava a sua validade com fundamento na lei de crimes ambientais. Veja-se:

Atos praticados ainda que com caráter folclórico ou até histórico, como a “farra do boi” estão abrangidos pelo art. 32 da Lei 9.605/1998 e devem ser punidos não só quem os praticam, mas também, em coautoria, os que os incitam, de qualquer forma. A utilização de instrumentos nos animais, quando da realização de festas ou dos chamados “rodeios” ou

<sup>14</sup> **História da vaquejada.** ABVAQ. Disponível em: <https://www.abvaq.com.br/institucional>. Acesso em: 15/06/2021.

<sup>15</sup> **História da vaquejada.** ABVAQ. Disponível em: <https://www.abvaq.com.br/institucional>. Acesso em: 15/06/2021.

<sup>16</sup> **História da vaquejada.** ABVAQ. Disponível em: <https://www.abvaq.com.br/institucional>. Acesso em: 15/06/2021.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983.** Relator Min. Marco Aurélio. DJE 27/04/2017. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 15/06/2021. p. 65.

“vaquejadas”, tipifica o crime comentado, pois concretiza maus-tratos contra os animais.<sup>18</sup>

É evidente, portanto, que a vaquejada é uma prática cultural e de grande relevância econômica. Em que pese as questões culturais relativas à vaquejada, é evidente que os animais são os instrumentos da própria atividade. Por essa razão, e considerando que a prática consiste na derrubada do boi pelo seu rabo, questionou-se por meio da ADI 4983 se a Lei 15.299/2013 do Estado do Ceará seria inconstitucional.

## 2.2 Análise da ADI 4983

A ADI foi instruída com diversos pareceres e relatórios técnicos de profissionais da saúde animal. Por meio dos estudos consignou-se que os animais submetidos à vaquejada possuem diversas lesões traumáticas em razão da atividade e, além dos bois, os cavalos também estão sujeitos a danos à sua saúde.

A Lei do Estado do Ceará regulamentou a vaquejada como uma atividade desportiva e cultural e, em seu artigo segundo, conceitua a vaquejada como “todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiros persegue animal bovino, objetivando dominá-lo”.<sup>19</sup>

A ADI 4983 foi proposta em 2013 pelo Procurador Geral da República com o fim de que o Supremo Tribunal Federal declarasse a inconstitucionalidade da lei cearense por violação ao disposto no art. 225, § 1º VII, da CRFB. Nos termos da ADI, a prática da vaquejada constituiria um ato de crueldade vedado pela Carta Política.<sup>20</sup>

Ademais, é relevante destacar que antes mesmo do julgamento da ação, o STF já havia julgado duas importantes ações sobre o direito dos animais, especialmente quanto à vedação constitucional dos atos cruéis. Trata-se do RE nº 153.531/SC e da ADI nº 2.514/SC.

<sup>18</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 953.

<sup>19</sup> CEARÁ. **Lei n. 15.299/2013**. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250070>. Acesso em: 15/08/2019.

<sup>20</sup> BRASIL. Procurador Geral da República. **ADI 4983**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4425243>. Acesso em: 17/06/2021.

O Recurso Extraordinário diz respeito ao julgamento sobre “a farra do boi”. A prática consiste em soltar um bovino em um terreno e agredi-lo incitando-o a correr atrás das pessoas. Após à “brincadeira” o animal fica exausto, machucado e é por vezes sacrificado<sup>21</sup>. Os defensores da “farra do boi” alegam que a atividade consiste em uma prática cultural, enquanto aqueles que se opõem a atividade afirmam que se trata de uma prática cruel contra os animais.

No julgamento, o Ministro Francisco Rezek, em seu brilhante voto, afirmou que “não há aqui uma manifestação cultural com abusos avulsos; há uma prática abertamente violenta e cruel para com os animais, e a Constituição não deseja isso”. Na oportunidade, o STF reconheceu que uma manifestação cultural não prescinde da norma constitucional prevista no art. 225 da Carta Magna, razão pela qual a “farra do boi” é inconstitucional.<sup>22</sup>

O segundo precedente é a ADI nº 2.514/SC por meio da qual se discutiu a inconstitucionalidade da “briga de galo”, atividade que havia sido regularizada no Estado de Santa Catarina, por meio da Lei nº 11.366/00. Na oportunidade, a Assembleia Legislativa do estado alegou que a atividade seria típica da cultura popular e da tradição, e que não haveria de se falar em crueldade quando os animais lutam entre si.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> FLORIANÓPOLIS. Prefeitura municipal de Florianópolis. **Farra do boi**. Disponível em: <https://www.pmf.sc.gov.br/entidades/bemestaranimal/index.php?cms=farra+do+boi&menu=6&submen uid=451>. Acesso em: 17/06/2021.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **Recurso Extraordinário nº 153.531-8 Santa Catarina**. Ementa: **COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE**. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”. Ministro relator para o acórdão: Marco Aurélio. DJ 13/03/98. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>. Acesso em: 17/06/2021.

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.514-7, Santa Catarina**. Ementa: **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 11.366/00 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA E REGULAMENTA A CRIAÇÃO E A EXPOSIÇÃO DE AVES DE RAÇA E A REALIZAÇÃO DE “BRIGAS DE GALO”**. A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente. Ministro Relator Eros Grau. DJ 29/06/2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266833>. Acesso em: 17/06/2021.

O requerente da ação, por sua vez, sustentou que a norma estadual afronta o art. 225, §1º, VII, da Constituição. O Ministro Relator Eros Grau em seu voto, utilizando inclusive como precedente o Recurso Extraordinário supramencionado, votou pela inconstitucionalidade da norma, afirmando que “ao autorizar a odiosa competição entre galos, o legislador estadual ignorou o comando contido no inciso VII do §1º do artigo 225 da Constituição do Brasil, que expressamente veda práticas que submetam os animais à crueldade”.<sup>24</sup>

As sucintas palavras sobre os julgados são fundamentais porque os precedentes são utilizados como fundamento de voto de diversos Ministros no julgamento da ADI da vaquejada. Dessa forma, e tecidas breves palavras sobre a vaquejada e sobre a Lei objeto da ADI, passa-se à breve análise dos votos dos Ministros no julgamento.

De início, passa-se ao estudo do voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Na ADI é sustentado o conflito entre normas constitucionais (artigos 215 e 225, §1º, VII da CF). O Ministro faz menção aos precedentes mencionados alhures, especialmente para consignar que, novamente, a Corte encontrava-se diante do conflito de normas constitucionais de direito coletivo: direito ao meio ambiente e direito ao pleno exercício dos direitos culturais.<sup>25</sup>

Em seu voto fundamentou que os laudos e pesquisas que instruíram o processo foram suficientes para demonstrar as consequências nocivas à saúde dos animais e o inevitável tratamento cruel aos animais na vaquejada. Ainda, consignou que a crueldade aos animais é inerente à atividade, razão pela qual não há como se defender a possibilidade de que a vaquejada seja realizada sem ameaça à saúde dos

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.514-7, Santa Catarina**. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 11.366/00 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA E REGULAMENTA A CRIAÇÃO E A EXPOSIÇÃO DE AVES DE RAÇA E A REALIZAÇÃO DE “BRIGAS DE GALO”. A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente. Ministro Relator Eros Grau. DJ 29/06/2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266833>. Acesso em: 17/06/2021.

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983**. Relator Min. Marco Aurélio. DJ 6/10/2016. DJE 27/04/2017. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 15/06/2021.

animais. Desse modo, o Ministro votou a favor da inconstitucionalidade da norma cearense.<sup>26</sup>

O Ministro Edson Fachin, por sua vez, considerando a realidade da população rural, inclusive no ponto de vista econômico, defendeu a improcedência do pedido. Em seu voto afirmou que a vaquejada é uma manifestação cultura válida e que observa o art. 215 da Constituição Federal, razão pela qual não haveria que se falar na inconstitucionalidade da lei. A divergência do voto foi acompanhada pelo Ministro Fux o qual alegou que a constitucionalidade da lei estaria consubstanciada no fato de que a ponderação feita pelo legislativo seria a opção de se desenvolver a vaquejada sem crueldade. Por essa razão, para o Ministro, a lei cearense seria constitucional.<sup>27</sup>

O Ministro Gilmar Mendes seguiu o voto divergente supramencionado e decidiu pela improcedência da ação. Como fundamento, afirmou que o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei faria com que milhares profissionais que praticam a atividade fossem prejudicados e submetidos à ilegalidade.<sup>28</sup>

O quarto Ministro a votar foi Luis Roberto Barroso. Em seu voto, invoca os precedentes da Corte e defende que a jurisprudência do STF é firme em interditar manifestações culturais que são atos de crueldade contra os animais. Ademais, reitera que é impossível se regulamentar a vaquejada de forma a evitar a crueldade a qual os animais são submetidos, posto que afastar a crueldade é descaracterizar a própria prática. Desse modo, considera que a forma como se desenvolve a vaquejada

---

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983**. Relator Min. Marco Aurélio. DJ 6/10/2016. DJE 27/04/2017. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 15/06/2021.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983**. Relator Min. Marco Aurélio. DJ 6/10/2016. DJE 27/04/2017. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 15/06/2021.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983**. Relator Min. Marco Aurélio. DJ 6/10/2016. DJE 27/04/2017. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 15/06/2021.

é necessariamente cruel e lesiva aos animais, votando, por conseguinte, pela declaração de inconstitucionalidade da norma estadual.<sup>29</sup>

Para o Ministro Teori Zavascki, a lei seria um mecanismo para regulamentar a atividade e proporcionar uma forma de desenvolvimento da vaquejada sem crueldade com os animais e por isso votou pela improcedência da ADI.<sup>30</sup>

A Ministra Rosa Weber, em seu brilhante voto favorável à procedência da ação, fazendo a leitura das normas constitucionais e interpretando em conjunto o disposto no art. 215 e no art. 225, §1º, VII da Carta Política, defendeu que a Constituição incentiva e garante manifestação culturais, porém, e simultaneamente, veda qualquer ato cruel contra os animais. Desse modo, conclui-se que “o Estado não incentiva, nem garante manifestações culturais em que adotadas práticas cruéis contra os animais”.<sup>31</sup>

O Ministro Celso de Melo expõe em seu voto que o direito ao meio ambiente equilibrado é um direito coletivo fundamental e por isso ao Poder Público é imposto o dever de se proteger a fauna, vedando-se todo e qualquer ato cruel contra os animais. Ademais, afirma que a legislação objeto da ação direta de inconstitucionalidade, além de contrariar dispositivo da Constituição, também estaria em conflito com a Lei 9.605/98, a qual, em seu art. 32, tipifica o como crime ambiental os maus-tratos contra os animais.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983**. Relator Min. Marco Aurélio. DJ 6/10/2016. DJE 27/04/2017. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 15/06/2021.

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983**. Relator Min. Marco Aurélio. DJ 6/10/2016. DJE 27/04/2017. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 15/06/2021.

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983**. Relator Min. Marco Aurélio. DJ 6/10/2016. DJE 27/04/2017. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 15/06/2021. p. 64.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983**. Relator Min. Marco Aurélio. DJ 6/10/2016. DJE 27/04/2017. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 15/06/2021.

Quanto ao voto do Ministro Dias Toffoli, este acompanhou a divergência votando pela improcedência da ação, considerando que a vaquejada é uma prática esportiva e cultural. Ademais, considerou a lei estadual como uma opção legislativa válida de regulamentação da atividade porque, para o julgador, a lei cearense exigiria o respeito à integridade física dos animais.<sup>33</sup>

O Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o voto do Ministro Relator considerando a vaquejada como uma atividade que indubitavelmente envolve práticas cruéis contra os animais. Ainda, defende que nos dias atuais o critério a ser utilizado em casos envolvendo o meio ambiente é o “*in dubio pro natureza*”, em observância ao princípio da precaução.<sup>34</sup>

Por fim, o último voto proferido foi o da Ministra Carmen Lúcia que, acompanhando o voto do Ministro Marco Aurélio e, com base nos estudos desenvolvidos e colacionados ao processo, concluiu que a vaquejada provoca manifestação extremamente agressiva contra os animais violando, por conseguinte, o texto da Constituição.<sup>35</sup>

Da análise dos votos conclui-se que aqueles que defendem a constitucionalidade da lei o fazem considerando o fator econômico (a considerável movimentação de dinheiro que a vaquejada proporciona), histórico, cultural e esportivo. Por sua vez, a inconstitucionalidade da norma estadual fundamenta-se especialmente no fato de que a crueldade contra os animais é inerente à vaquejada.

Desse modo, com fundamento em diversos estudos, laudos e pesquisas de profissionais da saúde animal, considerando a interpretação da Carta Magna de

---

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983**. Relator Min. Marco Aurélio. DJ 6/10/2016. DJE 27/04/2017. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 15/06/2021.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983**. Relator Min. Marco Aurélio. DJ 6/10/2016. DJE 27/04/2017. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 15/06/2021.

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983**. Relator Min. Marco Aurélio. DJ 6/10/2016. DJE 27/04/2017. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 15/06/2021.

forma uníssona e por meio da ponderação entre direitos coletivos previstos no texto constitucional (artigos 215 e 225 da Constituição da República), o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da lei cearense, nos termos da ementa da ADI. Veja-se:

VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.<sup>36</sup>

Apesar da decisão absolutamente acertada proferida pela Suprema Corte e que foi fundamentada em estudos científicos e que considerou a ponderação de direitos difusos previstos na Constituição, o Poder Legislativo, pouco tempo depois, editou a Lei nº 13.364/2016 e a Emenda Constitucional 96/2017. Conforme se observará nos capítulos seguintes, as duas normas são inconstitucionais.

### 3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 13.364/2016

A Lei 13.364/2016 foi editada pouco tempo depois da decisão do Supremo Tribunal Federal minuciosamente analisada no capítulo anterior. No julgamento da ADI 4.983, o Tribunal adotou o entendimento de que o constituinte reconheceu como direito fundamental o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o considerou como pressuposto para o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

O entendimento adotado pelo Supremo é respaldado pela doutrina. Nesse sentido, José Afonso da Silva sustenta que:

*A proteção ambiental*, abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983**. Relator Min. Marco Aurélio. DJ 6/10/2016. DJE 27/04/2017. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 15/06/2021.

do meio ambiente em função da *qualidade de vida*, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana.<sup>37</sup>

De igual modo ensina Paulo Affonso Leme Machado:

Cada ser humano só fruirá plenamente de um estado de bem-estar e de equidade se lhe for assegurado o direito fundamental de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado. A Constituição do Brasil, além de afirmar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, determina que incumbe ao Poder Público proteger a fauna e a flora, interditando práticas que coloquem em risco a sua função ecológica ou provoquem a extinção de espécies (art. 225, caput e seu §1º, VII).<sup>38</sup>

Apesar da decisão absolutamente acertada do Supremo Tribunal Federal, o Poder Legislativo, de forma reacionária e em resposta ao entendimento consolidado pelo STF, aprovou normas em dissonância à decisão do Poder Judiciário. A primeira a ser estudada é a Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016.

A lei federal reconheceu a vaquejada, bem como a sua respectiva expressão artística (e atualmente, como a nova redação dada pela Lei nº 13.873/2019, a expressão esportiva), como manifestação cultural nacional e patrimônio cultural imaterial do Brasil<sup>39</sup>.

A promulgação da lei foi pressuposto necessário para a validade e efetividade da Emenda Constitucional nº 96/2017. Todavia, e conforme se observará, a lei é, em verdade, inconstitucional.

O Projeto de Lei, que deu ensejo à Lei 13.873/2016, foi apresentado ao Congresso Nacional ainda no curso do julgamento da ADI 4.938. Importante ressaltar que quando da análise da proposta legislativa pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania não houve qualquer discussão sobre a constitucionalidade da norma e nem sequer foi reportado o debate sobre a vaquejada que estava em curso no STF.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 61.

<sup>38</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 68.

<sup>39</sup> BRASIL. **Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm). Acesso em: 19/06/2021.

<sup>40</sup> CIRNE, Mariana Barbosa. **A (in)constitucionalidade da vaquejada como patrimônio cultural imaterial**. Direito e sustentabilidade I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG /

A análise do projeto pelo Senado Federal foi um pouco mais elaborada que na Câmara dos Deputados, todavia, não houve a exposição de qualquer justificativa fundamentada de que a vaquejada estaria dentro do conceito de patrimônio cultural imaterial. Ao contrário, houve apenas uma afirmação categórica de que a vaquejada, nos termos do art. 215 da Constituição Federal, seria patrimônio cultura imaterial do Brasil.<sup>41</sup>

Portanto, a Lei foi aprovada sem levar em conta elementos centrais para a discussão sobre o que pode ser considerado patrimônio cultural imaterial, como o fator temporal e a avaliação técnica desenvolvida pelo órgão competente, que é o Instituto do Patrimônio Histórico Artístico Nacional (IPHAN). Nesse ponto, importante destacar que o Instituto, por meio do Ofício nº 852/2016 direcionado ao Presidente do Senado, afirmou não reconhecer a vaquejada como patrimônio imaterial, fato que foi absolutamente ignorado pelo Congresso Nacional.<sup>42</sup>

O fator temporal para o reconhecimento do patrimônio cultural imaterial consiste na avaliação se a prática protegida pelo ordenamento jurídico permanece relevante no âmbito cultural. Nesse ponto, importante ressaltar o voto divergente do Senador Antonio Anastasia. Veja-se:

Não se pretende aqui discutir se o rodeio e a vaquejada são de fato manifestações culturais. Não parece haver dúvida de que são. [...] Nada obstante, em algum momento esse panorama mudou. Ao longo do tempo essas práticas evoluíram de expressões culturais para verdadeiras atividades esportivas sem se dar maior importância ao bem-estar dos animais envolvidos. [...] É dizer, as manifestações culturais transformam-se e passam a existir em novos contextos sociais, econômicos e culturais. Passou-se a prezar mais pelo entretenimento do público do que pela saúde dos animais. [...] O entretenimento das pessoas que frequentam esses eventos não mais pode prevalecer sobre o bem-estar dos animais. [...] Por essa razão, no caso do rodeio e da vaquejada, já não

---

PPGDP Coordenadores: Jerônimo Siqueira Tybusch Rildo Mourao Ferreira – Florianópolis: CONPEDI, 2019, p. 4-22.

<sup>41</sup> CIRNE, Mariana Barbosa. **A (in)constitucionalidade da vaquejada como patrimônio cultural imaterial**. Direito e sustentabilidade I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP Coordenadores: Jerônimo Siqueira Tybusch Rildo Mourao Ferreira – Florianópolis: CONPEDI, 2019, p. 4-22.

<sup>42</sup> CIRNE, Mariana Barbosa. **A (in)constitucionalidade da vaquejada como patrimônio cultural imaterial**. Direito e sustentabilidade I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP Coordenadores: Jerônimo Siqueira Tybusch Rildo Mourao Ferreira – Florianópolis: CONPEDI, 2019, p. 4-22.

podemos admitir determinadas formas de maus-tratos aos animais, ainda que elas tenham origens históricas tradicionais em nossa cultura. [...] <sup>43</sup>

O segundo fator relevante e que não foi analisado pelo Congresso Nacional é a avaliação técnica. A avaliação técnica do patrimônio cultural imaterial brasileiro é realizada pelo IPHAN, instituído pelo Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Portanto, o reconhecimento de determinado bem ou prática como patrimônio imaterial tem como pressuposto a avaliação do Poder Público. <sup>44</sup>

A assertiva é ainda mais evidente se analisada a literalidade do art. 216, CRFB. Veja-se:

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:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º **O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.**<sup>45</sup> **(Grifou-se).**

Da leitura do enunciado pela Carta Magna é evidente que o constituinte não dispôs sobre a realização de tombamento por meio de lei, mas, ao contrário, determinou que o reconhecimento de patrimônio cultural fosse feito por meio do

<sup>43</sup> BRASIL. Senado Federal. **Voto no Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 24, de 2016.** Brasília, 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4488573&ts=1553277479776&disposition=inline>. Acesso em: 19/06/2021. p. 2-4.

<sup>44</sup> CIRNE, Mariana Barbosa. **A (in)constitucionalidade da vaquejada como patrimônio cultural imaterial.** Direito e sustentabilidade I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP Coordenadores: Jerônimo Siqueira Tybusch Rildo Mourao Ferreira – Florianópolis: CONPEDI, 2019, p. 4-22.

<sup>45</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19/06/2021.

Poder Público. Ademais, importante ressaltar que tal entendimento é consolidado por meio do Decreto nº 3.551/2000, que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial e criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial.<sup>46</sup>

Desse modo, é imperioso destacar que para que um bem ou atividade seja reconhecida como patrimônio cultural imaterial, deve-se solicitar o seu registro. Ou seja, não se fará por meio de lei, mas de solicitação de registro dirigida ao Presidente do IPHAN, o qual submeterá o pedido ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural. A decisão do Conselho terá como fundamento o parecer técnico desenvolvido pelo IPHAN.<sup>47</sup>

Ainda no voto divergente do Senador consignou-se que:

Por tudo isso, concluímos que, também no caso do registro de bens do patrimônio imaterial, relevam critérios eminentemente técnicos e que devem ser aplicados em caráter sistemático por um órgão que tenha tal atribuição. Assim, devemos evitar a prática de utilizar de leis para declarar algo como patrimônio cultural imaterial, visto que essa prática se mostra incompatível com um sistema coerente e consistente instituído para o registro de bens do patrimônio imaterial.<sup>48</sup>

É indubitável, portanto, que a Lei 13.346/2016 é inconstitucional, ante a flagrante violação ao art. 216, §1º da Carta Magna, afinal, o reconhecimento de determinado bem ou atividade como patrimônio cultural imaterial do Brasil não é de competência do Congresso Nacional, mas sim do Poder Executivo, por meio do IPHAN, nos termos do Decreto nº 3.551 de 4 de agosto de 2000.

<sup>46</sup> BRASIL. **Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000.** Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3551.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3551.htm). Acesso em: 19/06/2021.

<sup>47</sup> BRASIL. **Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000.** Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3551.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3551.htm). Acesso em: 19/06/2021.

<sup>48</sup> BRASIL. Senado Federal. **Voto no Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 24, de 2016.** Brasília, 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4488573&ts=1553277479776&disposition=inline>. Acesso em: 19/06/2021. p. 8.

## 4 FUNDAMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS PARA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EC 96/2017

De início, e em conformidade com o exposto em tópico anterior, o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei 13.346/2016 implicaria no prejuízo à validade da norma inserida no texto constitucional por meio da EC 96/2017 (inconstitucionalidade por arrastamento) porque a efetividade no §7º do art. 225 só é possível em razão da lei supramencionada.

A EC 96/2017 inseriu no texto constitucional o parágrafo sétimo do art. 225, com o seguinte teor:

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 96, de 2017)<sup>49</sup>

Trata-se de uma reação do Poder Legislativo, em total inobservância à jurisprudência do STF, com o fim de permitir uma atividade reconhecida como cruel aos animais. Por essa razão, foram ajuizadas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, as quais estão conclusas para julgamento da Suprema Corte.

A ADI 5728 foi autuada em 13/06/2017 pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal e tem como fundamento a violação da EC 96/2017 aos artigos 225, §1º, VII e 60, §4º, IV da Constituição Federal. Portanto, para o requerente, a norma constitucional inserida pela emenda violaria a proibição constitucional aos atos cruéis contra os animais e os direitos e garantias individuais.<sup>50</sup>

Ainda, na inicial da ADI, o requerente informa que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do art. 225, §1º, VII, é um direito fundamental e por isso a edição da Emenda Constitucional em contrariedade com o

<sup>49</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20/06/2021.

<sup>50</sup> FÓRUM NACIONAL DE PROTEÇÃO E DEFESA ANIMAL. **ADI 5728**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5208901>. Acesso em: 20/06/2021.

artigo implicaria na violação à cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, IV da Carta Política.<sup>51</sup>

Nesses termos, a proteção aos animais e, por conseguinte, a vedação a qualquer forma de tratamento cruel, é parte do núcleo fundamental do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ainda, alega-se que uma prática cruel – e, no caso, a atividade da vaquejada – não deixa de ser cruel porque uma norma assim dispõe.<sup>52</sup>

Em outras palavras, a crueldade inerente à vaquejada, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal com fundamento em estudos, pareceres e laudos de profissionais da saúde animal analisados na ADI 4983, não deixa de existir porque o Poder Legislativo decidiu que se uma atividade é considerada patrimônio cultural imaterial não há a violação do art. 225, §1º, VII, CRFB.

Ademais, é reiterado na ADI que a motivação do Poder Legislativo ao editar a emenda ora estudada é contornar a declaração de inconstitucionalidade de leis estaduais cujo objeto é a legalização da vaquejada. Nos termos da inicial, é “claro o propósito do Congresso Nacional de utilizar-se do poder constituinte derivado para circunscrever a amplitude do âmbito de proteção do direito ao meio ambiente, e, assim, contornar a declaração do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da vaquejada”.<sup>53</sup>

O parecer do Ministério Público Federal é favorável à declaração de inconstitucionalidade da EC 96/2017 porque, para o *Parquet*, a emenda, ao considerar que práticas desportivas que sejam manifestações culturais não são atos cruéis à saúde dos animais, violou as normas constitucionais de proteção à fauna e à

<sup>51</sup> FÓRUM NACIONAL DE PROTEÇÃO E DEFESA ANIMAL. **ADI 5728**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5208901>. Acesso em: 20/06/2021.

<sup>52</sup> FÓRUM NACIONAL DE PROTEÇÃO E DEFESA ANIMAL. **ADI 5728**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5208901>. Acesso em: 20/06/2021.

<sup>53</sup> FÓRUM NACIONAL DE PROTEÇÃO E DEFESA ANIMAL. **ADI 5728**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5208901>. Acesso em: 20/06/2021. p. 12.

flora (art. 225, §1º, VII). Ainda, consignou que os maus tratos aos animais são inerentes e indissociáveis à vaquejada.<sup>54</sup>

Por fim, o parecer resta fundamentado no fato de que a tutela constitucional do meio ambiente é direito fundamental de terceira geração, razão pela qual é indisponível e inalienável. Nos termos do parecer:

A prática de vaquejada, não obstante sua antiguidade e seu relevo em certas regiões do país, é incompatível com os preceitos constitucionais que obrigam a República a preservar a fauna, a assegurar ambiente equilibrado e, sobretudo, a evitar desnecessário tratamento cruel de animais.<sup>55</sup>

Verificados os argumentos favoráveis à procedência da ação, passa-se ao estudo dos argumentos favoráveis à constitucionalidade da emenda. Nesse ponto, analisa-se os fundamentos elencados no pedido de ingresso de *amicus curiae* da Associação Brasileira de Vaquejada (ABVAQ).<sup>56</sup>

Para a Associação, a vaquejada é uma atividade arraigada na cultura brasileira, e não só a do povo nordestino. Ainda, alegou-se a importância socioeconômica do evento e que, sendo a vaquejada uma manifestação cultural popular nordestina, deve ser resguardada pelo legislador, em razão do disposto no art. 215 da Carta Política.<sup>57</sup>

Ademais, nos termos da manifestação da ABVAQ, a vaquejada não produziria necessariamente danos intoleráveis aos animais, mas, ao contrário, seriam danos comuns à utilização dos animais do cotidiano humano, tais como aqueles decorrentes da utilização de animais para transporte de cargas e pessoas. Desse

<sup>54</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. **Manifestação ADI 5728**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ManifestaoADIVaquejada.pdf>. Acesso em: 20/06/2021.

<sup>55</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. **Manifestação ADI 5728**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ManifestaoADIVaquejada.pdf>. Acesso em: 20/06/2021. p. 12.

<sup>56</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEJADA (ABVAQ). **Manifestação amicus curiae ADI 5728**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=681699492&prcID=5208901>. Acesso em: 20/06/2021.

<sup>57</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEJADA (ABVAQ). **Manifestação amicus curiae ADI 5728**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=681699492&prcID=5208901>. Acesso em: 20/06/2021.

modo, para a associação, lesões e ferimentos aos animais não seriam inerentes à prática da vaquejada.<sup>58</sup>

Portanto, conforme defendido pela ABVAQ, a EC 96/2017 possibilitaria, em verdade, a regulamentação da atividade. Desse modo, e em razão do reconhecimento da vaquejada como um esporte decorrente da expressão cultural brasileira, é possível a elaboração de leis que disponham de regras claras com o fim de evitar qualquer forma de abuso ou crueldade contra os animais e se, eventualmente existirem, puni-los de forma correta.<sup>59</sup>

Expostos os fundamentos favoráveis e desfavoráveis à constitucionalidade da EC 97/2017 na ADI 5728, passa-se à análise da ADI 5772, ajuizada pelo Procurador Geral da República em 12/09/2017.

A ADI foi proposta em face da EC 96/2017, da expressão “vaquejada” da Lei nº 13.364/16 e da expressão “as vaquejadas” na Lei 10.220/01. Assim como na ADI 5728, o principal fundamento da ADI 5772 é a inobservância à limitação material (cláusula pétrea), prevista no art. 60, §4º, IV da Constituição Federal. Há uma associação necessária entre a tutela constitucional do meio ambiente e os direitos e garantias fundamentais.<sup>60</sup>

O direito à preservação do meio ambiente consignado, entre outros fatores, na proibição da prática de atos cruéis contra a fauna (art. 225, §1º, VII, CRFB) é um direito fundamental de terceira geração. A previsão legal de que a vaquejada é patrimônio cultural imaterial cumulada com o teor da EC 96/2017 afronta o art. 60, §4º, IV da Carta Magna.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEJADA (ABVAQ). **Manifestação amicus curiae ADI 5728.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=681699492&prcID=5208901>. Acesso em: 20/06/2021.

<sup>59</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEJADA (ABVAQ). **Manifestação amicus curiae ADI 5728.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=681699492&prcID=5208901>. Acesso em: 20/06/2021.

<sup>60</sup> BRASIL. Procurador Geral da República. **ADI 5772.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13580372&prcID=5259991>. Acesso em: 20/06/2021.

<sup>61</sup> BRASIL. Procurador Geral da República. **ADI 5772.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13580372&prcID=5259991>. Acesso em: 20/06/2021.

Portanto, para a Procuradoria Geral da República, a Constituição impõe ao Estado e à coletividade a vedação ao tratamento cruel da fauna e, por essa razão, a prática da vaquejada não pode ser admitida. Desse modo, veja-se o trecho seguinte da ação proposta:

Prática de vaquejada, não obstante sua antiguidade e seu relevo em certas regiões do país, é incompatível com os preceitos constitucionais que obrigam a República a preservar a fauna, a assegurar ambiente equilibrado e, sobretudo, a evitar desnecessário tratamento cruel de animais.<sup>62</sup>

Ainda, quanto à Lei 13.364/2016, objeto de estudo do capítulo anterior e que define a vaquejada como patrimônio cultural e imaterial, e a Lei 10.220/2001<sup>63</sup>, que reconhece a vaquejada como prática desportiva, as normas encontram óbice no art. 225, §1º, VII da Constituição, razão pela qual seriam inconstitucionais.<sup>64</sup>

Como fundamentos favoráveis à constitucionalidade das normas na ADI 5772, podem-se citar aqueles indicados na manifestação da Advocacia Geral da União (AGU). Nos termos da manifestação defendeu-se que, em verdade, a norma inserida pela EC 96/2017, criou uma proteção adicional aos animais. Ainda, alegou-se que a emenda possui um conteúdo distinto da decisão do STF da ADI 4983 porque não dispõe especificamente sobre a vaquejada. Por fim, nega que a EC 96/2017 tenha violado a cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, IV da Constituição porque a emenda teria inserido no texto constitucional um comando de tutela de bem-estar dos animais.<sup>65</sup>

De todo o exposto, observa-se que em ambas as ações os pedidos pela procedência com a declaração de inconstitucionalidade das normas questionadas, bem como os fundamentos contrários à inconstitucionalidade são similares. Ainda, o Ministério Público Federal peticionou nos autos da ADI 5772 manifestando-se

<sup>62</sup> BRASIL. Procurador Geral da República. **ADI 5772**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13580372&prcID=5259991>. Acesso em: 20/06/2021. p. 12.

<sup>63</sup> BRASIL. **Lei nº 10.220/01**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2001/lei-10220-11-abril-2001-358253-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 19/06/2021.

<sup>64</sup> BRASIL. Procurador Geral da República. **ADI 5772**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13580372&prcID=5259991>. Acesso em: 20/06/2021.

<sup>65</sup> BRASIL. Advocacia geral da União. **Manifestação AGU ADI 5772**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/grace-mendonca-stf-rejeite-acao-janot.pdf>. Acesso em: 20/06/2021.

favoravelmente pela procedência do pedido e requerendo o julgamento conjunto com a ADI 5728.<sup>66</sup>

Conforme os fundamentos expostos, pode-se considerar que a Emenda Constitucional 96/2017 é uma manobra do Poder Legislativo a fim de afastar a efetividade da decisão prolatada na ADI 4983. Apesar da vaquejada ser uma prática cultural e histórica, os atos de crueldade são inerentes à atividade, razão pela qual o seu exercício é inconstitucional, posto que viola o art. 225, §1º, VII, CRFB.

Ainda, a situação se torna ainda mais gravosa porque a EC 96/2017, afronta a cláusula pétrea disposta no art. 60, §4º, IV da Constituição, afinal, viola o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado. Por essa razão, e considerando que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o direito ao meio ambiente tem como pressuposto importante a vedação à prática de atos cruéis contra os animais, espera-se que do julgamento da ADI 5772 e ADI 5728 a Suprema Corte reitere o seu entendimento de que a prática da vaquejada no Brasil é inconstitucional.

## 5 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, conclui-se que a despeito da perspectiva histórica e cultural da vaquejada, a atividade não pode ser admitida no Brasil posto que vedada a prática de atos cruéis contra os animais nos termos do art. 225, §1º, VII da Constituição Federal. Desse modo, a decisão do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 4983, declarando inconstitucional a Lei nº 15.299/2013, que regulamentava a prática da vaquejada no estado do Ceará, é absolutamente correta, porque dos laudos e pesquisas analisados pelos Ministros no curso do processo restou evidente que a crueldade contra os animais é intrínseca à vaquejada. Ainda, a decisão da Suprema Corte está em consonância com a sua própria jurisprudência, tendo em vistas os precedentes da “farra do boi” e da “briga de galo” (RE 153.531-8 e ADI 2.514-7, respectivamente).

---

<sup>66</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. **Manifestação da PGR ADI 5772**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341088755&ext=.pdf>. Acesso em: 20/06/2021.

A decisão do STF, todavia, gerou uma grande repercussão entre os defensores da vaquejada no país e o Poder Legislativo, numa tentativa de contornar a decisão da Corte Constitucional editou a Lei nº 13.364/2016 e a Emenda Constitucional 96/2017. As duas normas, porém, são inconstitucionais.

A inconstitucionalidade da lei é evidente porque, conforme estudado em tópico específico, o reconhecimento de um bem ou de uma manifestação como patrimônio imaterial é de competência do Poder Público (no caso, o IPHAN) e não do Poder Legislativo. Instituir determinada manifestação como um patrimônio imaterial exige um estudo técnico, um pedido de registro, e um parecer do órgão consultivo do IPHAN. Desse modo, é evidente a inconstitucionalidade da Lei nº 13.364/2016 em razão da inobservância ao previsto no art. 216, §1º da Constituição Federal.

A edição da lei supramencionada tinha como objetivo dar efetividade a norma que seria instituída pela EC 96/2017. A emenda inseriu no texto constitucional o §7º do art. 225 da Constituição, instituindo que as manifestações culturais consideradas como patrimônio cultural imaterial não são práticas cruéis contra os animais. Apesar do texto da emenda, uma prática não deixa de ser cruel por mera deliberação legislativa.

Ainda, a emenda viola o art. 225, §1º, VII e art. 60, §4º, IV, da Carta Política, posto que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental e a prática da vaquejada viola esse direito, porque que a crueldade contra os animais lhe é intrínseca. A vaquejada, portanto, não deve ser admitida no Brasil e espera-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5772 e ADI 5728, reitere o seu entendimento de que a prática da vaquejada no Brasil é inconstitucional.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEJADA (ABVAQ). **Manifestação amicus curiae ADI 5728**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=681699492&prcID=5208901>. Acesso em: 20/06/2021.

BRASIL. Advocacia geral da União. **Manifestação AGU ADI 5772**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/grace-mendonca-stf-rejeite-acao-janot.pdf>. Acesso em: 20/06/2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19/06/2021.

BRASIL. **Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3551.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3551.htm). Acesso em: 19/06/2021.

BRASIL. **Lei nº 10.220/01**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2001/lei-10220-11-abril-2001-358253-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 19/06/2021.

BRASIL. **Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm). Acesso em: 19/06/2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Manifestação ADI 5728**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ManifestaoADIVaquejada.pdf>. Acesso em: 20/06/2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Manifestação da PGR ADI 5772**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341088755&ext=.pdf>. Acesso em: 20/06/2021.

BRASIL. Procurador Geral da República. **ADI 4983**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4425243>. Acesso em: 17/06/2021.

BRASIL. Procurador Geral da República. **ADI 5772**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13580372&prcID=5259991>. Acesso em: 20/06/2021.

BRASIL. Senado Federal. **Voto no Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 24, de 2016**. Brasília, 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg->

getter/documento?dm=4488573&ts=1553277479776&disposition=inline. Acesso em: 19/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.514-7, Santa Catarina.** Ministro Relator Eros Grau. DJ 29/06/2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266833>. Acesso em: 17/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983.** Relator Min. Marco Aurélio. DJ 6/10/2016. DJE 27/04/2017. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 15/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5728.** Min. Relator Dias Toffoli. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901>. Acesso em: 19/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5772.** Min. Relator Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5259991>. Acesso em: 19/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **Recurso Extraordinário nº 153.531-8 Santa Catarina.** Ministro redator para o acórdão: Marco Aurélio. DJ 13/03/98. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>. Acesso em: 17/06/2021.

CEARÁ. **Lei n. 15.299/2013.** Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250070>. Acesso em: 15/08/2019.

CIRNE, Mariana Barbosa. **A (in)constitucionalidade da vaquejada como patrimônio cultural imaterial.** Direito e sustentabilidade I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP Coordenadores: Jerônimo Siqueira Tybusch Rildo Mourao Ferreira – Florianópolis: CONPEDI, 2019, p. 4-22.

FLORIANÓPOLIS. Prefeitura municipal de Florianópolis. **Farra do boi.** Disponível em: <https://www.pmf.sc.gov.br/entidades/bemestaranimal/index.php?cms=farra+do+boi&menu=6&submenuid=451>. Acesso em: 17/06/2021.

FÓRUM NACIONAL DE PROTEÇÃO E DEFESA ANIMAL. **ADI 5728.** Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5208901>. Acesso em: 20/06/2021.

**História da vaquejada.** ABVAQ. Disponível em:

<https://www.abvaq.com.br/institucional>. Acesso em: 15/06/2021.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

# O IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 1.010.606 SOBRE A APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ESFERA CIVIL

Jordana Regina Faustino Shintaku<sup>1</sup>

## RESUMO

Através deste trabalho, procuramos externar em linhas gerais, a indispensabilidade da discussão dos impactos que a decisão do Superior Tribunal Federal, sobre o julgamento do Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ, causou no chamado direito ao esquecimento. Buscamos analisar até que ponto os direitos fundamentais podem diferir da liberdade de informação fomentada pelo interesse público. Para tanto, tecemos algumas considerações acerca da questão principal desse tema que é: o direito ao esquecimento é um dissimulado instrumento de censura ou simplesmente um mecanismo genuíno de proteção à privacidade? Expusemos a opinião de alguns juristas sobre essa temática e apreciamos os votos dos ministros com seus respectivos comentários. Também apresentamos um breve histórico da aplicação do direito ao esquecimento em vários países pelo mundo.

**Palavras-chave:** Direito ao Esquecimento. Privacidade. Censura. Liberdade de Informação.

## ABSTRACT

Through this work, we seek to express in general terms the indispensability of discussing the impacts that the Superior Federal Court, on the judgment of Extraordinary Appeal 1.010.606/RJ, caused on the so-called right to be forgotten. We seek to analyze the extent to which fundamental rights can differ from freedom of information fostered by the public interest. Therefore, we make some considerations about the main question of this theme, which is: is the right to be forgotten a disguised instrument of censorship or simply a genuine mechanism to protect privacy? We presented the opinion of some jurists on this topic and appreciated the votes of ministers with their respective comments. We also present a

---

<sup>1</sup> Advogada. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário de Brasília

brief history of the application of the right to be forgotten in several countries around the world.

**Keywords:** Right to be Forgotten. Privacy. Censorship. Freedom of Information.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como foco principal abordar uma das controvérsias mais relevantes da contemporaneidade, qual seja, direito ao esquecimento versus direito à informação. Para tanto, vamos usar como referência a decisão do STF no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.010.606/RJ.

Ao contrário do que se esperava, após o aludido julgamento, ainda se discute a aplicabilidade do que se convencionou chamar direito ao esquecimento na esfera civil.

Segundo o professor de Direito Civil Anderson Schreiber, “a tese (do STF) negou uma certa acepção de direito ao esquecimento, mas deixou muitas questões em aberto”<sup>2</sup>.

Sendo assim, numa abertura democrática para exposição de opiniões contrárias, o direito ao esquecimento, coloca em lados opostos o direito à intimidade e a liberdade de expressão, e isso tem fomentado ainda, muitas discussões acaloradas acerca desse tema.

Apesar desse trabalho se orientar pela questão jurídica do assunto, não podemos deixar de revelar o lado filosófico dessa questão, como, por exemplo, entender que se a memória é importante para a história, o esquecimento é importante para quem precisa recomeçar. Nesse sentido, a ex-relatora de liberdade de expressão da Organização dos Estados Americanos (OEA), Catarina Botero, alega que “o direito ao esquecimento não é uma categoria jurídica, é uma categoria emocional”.

É de bom alvitre esclarecer que, no direito ao esquecimento, nos referimos a informações verídicas, obtidas por meio lícito, pois o nosso ordenamento jurídico

---

<sup>2</sup>SHCREIBER, Anderson. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. STF forma maioria para declarar inexistente direito ao esquecimento. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8161/STF+forma+maioria+para+declarar+inexistente+direito+ao+esquecimento>.

tem resoluções próprias para casos em que há divulgação de informações falsas ou obtidas de forma ilícita.

Discutir sobre o julgamento do RE 1.010.606 e seus consecutivos impactos sobre o suposto direito ao esquecimento, justifica-se porque, além da pertinência do assunto, o caso não está, por certo, encerrado, haja vista que, o que está em evidência nessa argumentação são dois direitos inerentes à pessoa humana; de um lado está a liberdade de expressão e informação que é essencial para o pleno exercício da democracia e cujo direito é resguardado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos IV, IX e XIV. Por outro lado, a proteção dos direitos da personalidade é, também, um direito fundamental previsto na Constituição Federal no mesmo artigo 5º, inciso X e de igual valor para a dignidade do indivíduo.

No tocante a metodologia utilizada, foi feita uma pesquisa aplicada de caráter exploratório, que visa percorrer sobre o Recurso Extraordinário 1.010.606 e seus consecutivos impactos sobre o direito ao esquecimento. Dessa feita, os resultados serão apresentados de forma qualitativa, a partir da coleta de informações de fontes secundárias, incluindo o ministro Luís Roberto Barroso, os juristas José Eduardo Martins Cardozo, Taís Borja Gasparian, Anderson Schreiber e outros.

Isto posto, o presente estudo foi elaborado da seguinte forma:

O primeiro capítulo busca conceituar direito ao esquecimento, explanar sua terminologia e apresentar de forma breve os aspectos históricos relacionados a esse tema.

No segundo capítulo pretende-se apresentar o caso concreto que deu origem ao RE 1.010.606, elucidar o debate sobre a aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil e tecer considerações acerca dos votos dos ministros do STF.

O terceiro capítulo tem como premissa, analisar os impactos que o julgamento do RE 1.010.606 causou sobre o direito ao esquecimento no âmbito civil.

## **2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Precedentemente ao início da questão a qual se funda esse artigo, por outra, o direito ao esquecimento, é imprescindível que se faça aqui uma observação: O

Superior Tribunal Federal, recentemente, decidiu que o nosso ordenamento jurídico não comporta o direito ao esquecimento. Apesar dessa decisão, alguns ministros consideraram a possibilidade de existência de um constitucional direito ao esquecimento a ser esclarecido em casos concretos<sup>3</sup>, de onde se conclui que ainda haverá muitas discussões sobre esse assunto.

A adversidade gerada pela decisão do STF se explica pelo fato do tema possuir aspectos práticos relevantes, além de ser tratado pelo Código Civil e fundamentado pela Constituição Federal. Também é importante salientar que ninguém pode apagar fatos transcorridos, tampouco reescrever a própria história, o que se pretende ao buscar o direito ao esquecimento, é ter a oportunidade de analisar o modo como esses fatos são lembrados.

Relativamente à passagem do tempo, a atualidade da informação não diz respeito apenas ao transcurso temporal, mas a vários fatores. O fato de ser recente ou remoto não determina a importância do caso.

Para que se conheça melhor o objeto desse estudo, é necessário portanto, começar esse artigo pela conceituação do direito ao esquecimento (usaremos essa terminologia mesmo que inadequada, devido a sua grande difusão) e por uma breve exposição dos aspectos históricos ligados ao seu surgimento no âmbito jurídico.

## 2.1 Conceito do direito ao esquecimento

O “*derecho al olvido*”, como é conhecido nos países de língua espanhola, não tem um conceito estabelecido mundialmente, mas apesar das várias definições, todas chegam à uma conclusão similar: a de que o direito ao esquecimento, nos países que o reconheceram, cabe a todo cidadão que deseja impedir que um fato pretérito e verídico seja exposto ao público em geral de modo a trazer-lhe prejuízo psicológico, emocional ou qualquer tipo de transtorno ou constrangimento.

Porém, não se pode confundir o direito ao esquecimento com o simples fato de uma pessoa recorrer à justiça para pedir a exclusão de seus dados pessoais da

---

<sup>3</sup> BELMUDES, Guilherme. Impacto do julgamento do STF. JOTA – Opinião e Análise.2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/impactos-do-julgamento-do-stf-sobre-o-direito-ao-esquecimento-18022021>.

internet, pois há uma contraposição entre direito à intimidade e direito à informação que deve ser levada em conta.

Na esfera internacional o direito ao esquecimento é reconhecido em vários países da Europa. A expressão “*le droit à l’oubli*” foi usada pela primeira vez pelo professor Gerard Lyon-Caen em menção a um direito que se reporta ao esquecimento.

Nos Estados Unidos, é chamado de “*the right to be let alone*” e está estreitamente relacionado ao direito à privacidade. Na Alemanha, país onde o direito ao esquecimento tem ganhado força, foi alcunhado de “*recht auf vergessen*”.

Mas independente da nomenclatura que se use, o direito ao esquecimento é um assunto amplamente discutido no mundo todo. Em nosso país, onde também é denominado de direito de ser deixado em paz, só atualmente apareceram entendimentos jurisprudenciais que incidiram sobre o assunto. Em 2013, o direito ao esquecimento foi pela primeira vez reconhecido em julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o caso conhecido por ‘Chacina da Candelária’, como veremos adiante.

## 2.2 Aspectos históricos

O direito ao esquecimento, teve sua origem no ano de 1931, em um julgamento que foi realizado pelo Tribunal da Califórnia, nos EUA. Nesse caso, um homem casado com uma ex-prostituta que foi envolvida em um episódio de homicídio (mas foi inocentada), pleiteou na Corte o direito de sua esposa suplantarem esses fatos que a desabonavam, além disso, ele também pedia que a comunidade não tomasse mais conhecimento do que já havia sido esclarecido. O referido marido recorreu à Corte assim que ficou sabendo que um filme sobre o homicídio, onde seria citados dados pessoais da vida de sua esposa, seria publicado. O Tribunal da Califórnia concedeu à mulher o direito de ser deixada em paz e o filme teve sua publicação proibida.

No famoso caso *l’affaire Landru*, de 1967 (ao qual o professor Gerard Lyon-Caen se referiu ao usar o termo *le droit à l’oubli*), que foi julgado pela Corte de Apelação de Paris (*Cour d’appel*), a ex-amante (Mme. S.) do Serial Killer Henri

Landru, que o acompanhava quando ele foi preso, propôs ação indenizatória perante diretor de cinema, produtora e de distribuidora parisienses referente à produção de um documentário ficcional que exibia trechos de sua vida ao lado do serial killer, utilizando seu nome sem sua autorização.<sup>4</sup>

Outro caso memorável aconteceu na Alemanha, em 1973, quando a Corte Constitucional Alemã julgou o caso de um soldado que havia sido condenado por um crime (Caso *Lebash*) e que prestes a obter livramento requeria provimento judicial para impedir a divulgação de um documentário sobre o crime no qual se envolvera. O tribunal alemão entendeu que esse soldado tinha o direito de se ressocializar, de ter seu crime esquecido por todos e de reconstruir sua vida porque já havia cumprido sua pena. Mas em 1999, em relação ao mesmo crime, o tribunal alemão considerou o fato de que nem tudo pode ser esquecido. Levando em conta o interesse público na persecução penal e na divulgação dos fatos, o tribunal decidiu que a liberdade de informação prevaleceria, liberando assim, a veiculação do documentário.

A jurisprudência francesa estabeleceu limites que “separam o direito ao respeito à vida privada dos indivíduos, frente ao direito do público à informação e a liberdade de imprensa”.<sup>5</sup> O jurista e filósofo belga François Ost expôs uma decisão do tribunal de última instância de Paris (Mme. Filipachi Cogedipresse), tomada no ano de 1983, em que o direito ao esquecimento foi confirmado nos termos seguintes:

“[...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade;

visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos,

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 1010606. **Acórdão**. Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>5</sup> ORTEGA, Flávia Teixeira. **O que consiste o direito ao esquecimento?** Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/319988819/o-que-consiste-o-direito-ao-esquecimento>. Acesso em: 20 maio 2021.

inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela.”<sup>6</sup>

Em 1995 o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia editaram a diretiva 95/46/CE que delibera sobre a política de tratamento dos dados das pessoas na União Europeia, garantindo a responsabilização do veículo divulgador, a correção dos dados e sua retirada da mídia caso a informação constante no meio utilizado para divulgar fosse incorreta, imprecisa ou incompleta – admitindo, ainda, segundo a interpretação extensiva de alguns especialistas a retirada de informações legítimas, mas que deixaram de ter notoriedade com o decurso do tempo.<sup>5</sup>

Um dos casos mais emblemáticos sobre esse tema, foi o caso *Google Spain vs Mario Costeja González*, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no dia 13/05/2014.

O Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu, num primeiro passo do julgamento, que os mecanismos de busca representam uma formatação de dados pessoais, pois o programa busca, armazena e organiza os dados pessoais, além de outros tipos de dados. Ademais, os mecanismos de busca devem ser responsabilizados pela formatação dos dados, posto que, segundo o tribunal, a seleção, análise, sistematização e difusão dos dados é feita pelo Google e os dados são muito mais propagados com os mecanismos de busca. Dessa feita, concluiu o TJUE, se aplica o direito de proteção de dados.<sup>7</sup>

A segunda vertente diz respeito ao direito de alguém de exigir a exclusão de referências ou links dos mecanismos de busca. O TJUE considerou que nesse caso específico se tratava apenas de restringir o acesso à informação, sem impedir, as pessoas físicas individuais, o acesso seletivo às informações.

Evidenciamos também o caso ocorrido na Turquia, em 2016, decisão 2013/5653, que determinou: “O direito de ser esquecido torna-se motivo de preocupação quando a dignidade e a reputação de pessoas são violadas por notícias

<sup>6</sup> MARTINS, Eequias Martins da Silva. **Aplicação do direito ao esquecimento no processo de ressocialização**. <https://jus.com.br/artigos/69998/aplicacao-do-direito-ao-esquecimento-no-processo-de-ressocializacao>. Acesso em 24 maio 2021.

<sup>7</sup> SARLET, Info Wolfgang. **Direitos fundamentais**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protacao-dados-mario-gonzalez>. Acesso em 22/05/2021.

de fácil acesso, embora já não tenham interesse público ou atualidade em razão do transcurso do tempo”.<sup>8</sup>

Alguns países, no entanto, se negaram a reconhecer o direito ao esquecimento, como é o caso do Japão, Austrália, Colômbia e Chile.

O STJ adotou esse princípio em dois precedentes: O caso Aída Curi – encaminhado para o Superior Tribunal Federal (STF) e do qual falaremos mais especificamente no capítulo seguinte desse artigo – e o já mencionado caso da Chacina da Candelária.

Nesse segundo caso, uma pessoa que foi inocentada de um crime, teve seu nome citado numa reportagem sobre a Chacina ocorrida na Igreja da Candelária, no Rio de Janeiro, no dia 23 de julho de 1993 e também foi associada com outras pessoas que foram condenadas. O STJ entendeu que aquela pessoa já inocentada tinha o direito de ser esquecida. Contudo, foi permitido que a reportagem fosse apresentada, pois não houve censura à reportagem em si, mas o STJ garantiu o direito de indenização à pessoa atingida.

Como bem sabemos, a questão da teoria do direito ao esquecimento ter ou não suporte constitucional e sobre os limites da aplicação dessa teoria, foi levada ao Supremo Tribunal Federal.

### **3 RE 1.010.606/RJ: O CASO CONCRETO ANALISADO PELO STF EM FEVEREIRO DE 2021**

É notório que as notícias veiculadas todos os dias pela imprensa apresentam fatos de interesse geral da coletividade e são uma fonte inesgotável de pesquisa, não obstante, com o avanço da tecnologia e com o surgimento dos computadores o acesso às notícias e às informações de modo geral, ficou tão simples que acabou gerando problema para algumas pessoas. Ao contrário do que se via antigamente, quando o acesso a dados pessoais era muito mais restrito, hoje a internet proporciona

---

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Boletim de jurisprudência internacional: direito ao esquecimento. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciainternacional/anexo/BJ5DIREITOAESQUECIMENTO.pdf>. Acesso em: 31/05/2021

uma facilidade muito grande em ralação à pesquisa sobre o histórico de qualquer pessoa, independente da sua vontade.

Percebe-se que no universo da internet é que se converge os maiores problemas relacionados ao chamado direito ao esquecimento, apesar de que, no Brasil, as duas primeiras decisões do STJ em que houve referência a esse tema, diziam respeito a reportagens difundidas através da televisão. Uma dessas reportagens deu origem ao Recurso Extraordinário 1.010.606 que gerou o debate sobre a aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil.

### **3.1 O caso Aída Curi**

Ocorreu no Rio de Janeiro, no bairro de Copacabana, no ano de 1958. A jovem Aída Jacob Curi, juntamente com uma amiga, Ione Arruda Gomes, aguardava o ônibus que as levaria de volta para casa. Três rapazes aparecem repentinamente e iniciam um diálogo com as moças. Eram eles, Ronaldo Guilherme de Sousa Castro, Cássio Murilo Ferreira (menor de idade na época) e Manoel Antônio da Silva Costa. Aída demonstra desinteresse na conversa. Renitentes, os rapazes arrancam a bolsa da jovem à força e Aída se vê obrigada a dirigir-se a eles. Ione está com pressa e vai embora acompanhada por Manoel. Mas Ronaldo e Cássio, atraem Aída para o apartamento de um amigo que ficava perto do lugar onde estavam, com a promessa de mostrar a ela a vista do mar de cima do prédio. No interior do apartamento que ficava no 12º andar, a moça inicia uma luta contra seus agressores. Aída desmaia em dado momento, e os rapazes supondo que ela havia morrido, jogam-na de cima do prédio.

Em 2004, o programa Linha Direta da Rede Globo de televisão apresentou uma dramatização sobre a morte de Aída Curi e seu brutal assassinato. A família Curi, sentindo-se incomodada com a dolorosa lembrança e ofendida pelo uso não autorizado da imagem da falecida, recorreu à justiça reivindicando reparação de danos morais, materiais e à imagem consequente da exibição do episódio intitulado ‘Linha Direta – Justiça: Aída Curi’. Os parentes da vítima desejavam o reconhecimento do direito ao esquecimento da catástrofe que devastou a família.

Por outro lado, os representantes da ré, alegavam, entre outras coisas, que:

o direito ao esquecimento não encontra respaldo constitucional nem mesmo como genérico princípio da dignidade humana sendo, ademais, completamente incompatível com a plena liberdade de informação assegurada pela Constituição da República.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro desproveu a apelação interposta pelos recorrentes, sob o fundamento de que os fatos expostos no programa eram de conhecimento público, amplamente divulgados pela imprensa ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos, permanecendo acessíveis à coletividade. Afirmou que a família da vítima não teria direito absoluto de esquecer o evento e frisou que, embora a rede de TV fosse pessoa jurídica de fins lucrativos, observou-se que a reprodução do caso não trouxe aumento do seu lucro ou, ao menos, não houve comprovação nos autos.<sup>9</sup>

Via recurso dos autores, o Plenário do Supremo Tribunal Federal dedicou quatro sessões para julgar esse tema.

Várias entidades se manifestaram na Tribuna do STF, inclusive muitos amigos da Corte (*amici curiae*), numa discussão que evocou princípios da dignidade da pessoa humana, inviolabilidade da honra e direito à privacidade, contra a liberdade de expressão e de imprensa e direito à informação.<sup>10</sup>

Defendendo o denominado direito ao esquecimento, o advogado e professor Anderson Schreiber alegou que em vários países do continente europeu, esse direito é reconhecido como desdobramento do direito fundamental à privacidade e afirmou:

Nesses países a noção técnica de direito ao esquecimento corresponde ao direito de não ser perseguido pelos fatos do passado que já não mais refletem a identidade atual da pessoa. Trata-se assim, essencialmente de um direito contra uma recordação opressiva dos fatos pretéritos que projete o ser humano numa esfera pública de forma equivocada, porque não

<sup>9</sup> DOMINGUES NETO, Vitor Celso. **ANÁLISE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ÂMBITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1010606 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. 2019. 91 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2019. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/5628/1/1.%20TCC%20Completo%20-%20Vitor%20Celso%20Domingues%20Neto.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>10</sup> MIGALHAS. Histórico: STF definirá em repercussão geral se há direito ao esquecimento. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/334108/historico--stf-definira-em-repercussao-geral-se-ha-direito-ao-esquecimento>

atual, impedindo-o de ser reconhecido pelo público como quem realmente é.<sup>11</sup>

Schreiber ainda acrescentou que esse “não é o caso de um direito contra a história, mas de um direito a favor da história concreta que não apresente o ser humano apenas por meio do rótulo do passado que não mais corresponde à realidade”.

Consensualmente com essa perspectiva, o advogado Roberto Algranti Filho, que representou a família Curi, argumentou que o direito ao esquecimento “não abarca fatos históricos que são relevantes para a memória nacional”. Para ele, fatos não se apagam, o que se limita é a sua divulgação. Ele acrescentou também que a exposição contra a própria vontade é nociva à saúde dos envolvidos que em alguns casos podem chegar até a desenvolver o transtorno de estresse pós-traumático.

Contudo, Gustavo Binenbojm, representante da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), discordou totalmente, ele foi enfático ao defender que “esse direito é muito vago para se elevar à condição de um contra valor justificável a limitar direitos como os de liberdade de expressão e de Informação”. Ainda reiterou que ninguém pode invocar direito à privacidade e à intimidade pela divulgação de uma informação verdadeira obtida por meios lícitos na imprensa ou em outro meio de comunicação. Outro fato questionado por Binenbojm em relação ao direito ao esquecimento foi a indefinição dos limites do que seria esse direito<sup>12</sup>.

Convém mencionar aqui, que em 2016, que foi um ano eleitoral, 921 processos pediram remoção de conteúdo da internet, já em 2017, esse número caiu para 460, um número bem menor. Em 2018, novamente ano eleitoral, 1.200 processos pediram a remoção de conteúdo e todos eles feitos por políticos.<sup>13</sup>

Em relação aos dados mencionados acima, a advogada Taís Borja Gasparian, que falou em nome da Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo - Abraji, amicus curiae, justificou que se eventualmente o direito ao esquecimento fosse acolhido no Brasil, isso certamente beneficiaria essas pessoas que tentam esconder informação da população. Sobre o caso Aída Curi, Gasparian lembrou que o

<sup>11</sup> SCHREIBER, Anderson. Professor Titular de Direito Civil da UERJ

<sup>12</sup> BINEMBOJM, Gustavo. Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ

<sup>13</sup> Dados extraídos da sustentação oral feita por Taís Borja Gasparian no julgamento do RE 1010606/RJ

processo, no início, não tratava de direito ao esquecimento, o que havia era um pedido de indenização pelo fato da emissora Globo ter usado a imagem da vítima sem autorização. Segundo ela, o direito ao esquecimento só veio à tona nas alegações finais, dando a entender que se tivesse havido ação prévia com pagamento, não haveria o que ser esquecido.

O Dr. Carlos Affonso de Sou-a Neto, representou o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio, *amicus curiae*, e criticou o uso oportunístico do direito ao esquecimento. Ele citou o Marco Civil da Internet e a LGPD dizendo que ambos são silentes quanto a esse direito e terminou suas alegações declarando que seria muito triste que a repercussão do caso Aída Curi transformasse o direito ao esquecimento numa forma de censura.

O Instituto Palavra Aberta foi representado pelo defensor Oscar Vilhena Vieira, o qual argumentou: acolher o direito ao esquecimento seria virar as costas para uma robusta jurisprudência do STF cristal-ada no caso das biografias não autorizadas.

A Google Brasil, através do advogado Eduardo Mendonça, defende que “já existe uma proteção dos direitos da personalidade e que seria um desserviço ao papel decisivo do STF e a proteção à liberdade de expressão o reconhecimento do que ele chama de ‘novo poder de restrição’”.

O advogado José Eduardo Martins Cardozo, pelo Instituto do Direito Partidário e Político (Pluris), se manifestou pelo reconhecimento ao direito ao esquecimento. Ele ressaltou que o caso versa sobre os limites ao direito ao esquecimento e não sobre sua possibilidade, pois tal instituto já faz parte do estado de direito. Nas palavras do advogado “O tempo não elimina a dor, a amortece”. E também lembrou que Aída Curi não era uma pessoa pública, mas a Rede Globo procurou o interesse do público ao reproduzir sua história.<sup>14</sup>

Para Adriele Pinheiro Reis Ayres Britto, representante do Instituto Vladimir Herzog, “não se pode impor a quem quer que seja, um dever de esquecer um ato

---

<sup>14</sup> MIGALHAS. Amigos da Corte sustentam em direito ao esquecimento na área cível. Publicado em 03/02/2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/339879/amigos-da-corte-sustentam-em-direito-ao-esquecimento-na-area-civil>. Acesso em: 29 maio 2021.

ilícito ou desabonador cometido por outrem. O direito à memória, dotado do mais alto interesse público, é diametralmente oposto à imposição de um dever de esquecimento”, declarou.

Em nome da Yahoo do Brasil, o advogado André Zonaro Giaccheta, amparou-se no artigo 3º, inciso I, do Marco Civil da Internet, em que um dos princípios é a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação, previstos na Constituição Federal. O defensor sugeriu que a ordem de remoção, baseada no direito ao esquecimento, deveria ser dirigida ao autor do próprio conteúdo, e não ao provedor e encerrou sua argumentação alertando que os prováveis reflexos do direito ao esquecimento na internet, podem trazer maiores problemas do que soluções.<sup>15</sup>

Feitas as alegações pelos representantes das entidades interessadas no caso, coube ao plenário do STF decidir sobre a aplicação do instituto do direito ao esquecimento na esfera civil.

### **3.2 O voto dos ministros e a decisão do STF**

O relator do caso, ministro Dias Toffoli, votou pelo indeferimento do pedido de reparação de danos. Em seu discurso, o ministro lembrou que “a Constituição Federal de 1988, em diversos momentos refere-se à liberdade de expressão, bem como à liberdade de informação” e continuou dizendo que “deve-se priorizar o complemento da informação em vez de sua exclusão, mais ainda, a retificação de um dado ao invés de sua ocultação”. O relator também elucidou que “a restrição à divulgação de informação verdadeira, lícitamente obtida e com adequado tratamento dos dados nela inseridos, precisa estar previsto em lei, de modo pontual e sem a lei anular a liberdade de expressão”. Dias Toffoli concluiu que a ideia de um direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal.

A ministra Cármen Lúcia também votou pelo indeferimento do RE 1010606 e expressou seu ponto de vista:

Num país de triste desmemória como o nosso, discutir o direito ao esquecimento como direito fundamental, de alguém

---

<sup>15</sup> TV JUSTIÇA. Justiça - Pleno – Direito ao esquecimento.

poder impor silêncio ou segredo de fato ou ato que pode ser de interesse público, seria um desaforo jurídico para a minha geração. A minha geração lutou pelo direito de lembrar.

O ministro Nunes Marques concordou com o relator no sentido de que, no Brasil, ainda não há o direito ao esquecimento como categoria jurídica, individualizada e autônoma e que cabe ao Poder Legislativo normatizar a imensa quantidade de sutilezas geradas por esse direito, mas votou pelo parcial provimento do recurso para reconhecer aos familiares o direito de indenização por dano moral, a ser fixado na instância de origem.

Para o ministro Alexandre de Moraes, “o reconhecimento genérico, abstrato e amplo do direito ao esquecimento configura censura prévia”. Portanto, ele votou pelo desprovimento total do Recurso Extraordinário em questão”.

Quanto ao ministro Edson Fachin, ele reconheceu o direito ao esquecimento optando pela parcial procedência do Recurso Extraordinário. Mas em relação ao caso concreto concluiu que a aspiração dos familiares da vítima não pode se sobrepor à liberdade de expressão e ao direito à informação.

A ministra Rosa Weber se mostrou contrária à exacerbação do direito ao esquecimento, para ela isso contribui para “manter o país culturalmente pobre, a sociedade moralmente imatura e a nação economicamente subdesenvolvida”. Seu voto acompanhou integralmente o voto do relator.

No entendimento do ministro Ricardo Lewandowski, o direito ao esquecimento, enquanto categoria, só pode ser apurado caso a caso, numa avaliação de valores de modo a sopesar qual dos direitos fundamentais deve prevalecer. Ele também votou em concordância com o voto do relator.

Em contrapartida, o ministro Gilmar Mendes votou pelo parcial provimento do RE, acompanhando a divergência apresentada pelo ministro Nunes Marques e expôs o seguinte enunciado:

A exposição humilhante ou vexatória de dados, da imagem e do nome de pessoas (autor e vítima) é indenizável, ainda que haja interesse público, histórico e social, devendo o tribunal de origem apreciar o pedido de indenização.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Íntegra do Acórdão do Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ.

O ministro Marco Aurélio votou igualmente pelo indeferimento do RE, citando o artigo 220 da Constituição Federal. “Não cabe passar a borracha e partir para um verdadeiro obscurantismo e um retrocesso em termos de ares democráticos”, ajuizou.

O Presidente do STF, ministro Luiz Fux, alegou que se há confrontos entre valores constitucionais é necessário escolher a prevalência de um deles. No entendimento do ministro o direito ao esquecimento pode ser empregado, mas no caso dos autos, ele constatou que os fatos são notórios e assumiram domínio público quando retratados em vários meios de comunicação. Portanto, votou pelo desprovimento do recurso.

O ministro Luís Roberto Barroso não participou do julgamento, pois se declarou impedido.

O recurso 1.010.606/ RJ, então, foi indeferido em primeira e segunda instância. O Tribunal Superior Federal fixou a seguinte tese:

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

A sentença do STF acirrou ainda mais o debate relativamente ao direito coletivo *versus* direito individual, o que acabou fazendo com que esse julgamento, em tese de repercussão geral, não se ajustasse plenamente ao objetivo para o qual ele foi idealizado, isto é, evitar que as demandas repetitivas continuassem a ser debatidas.

## 4 IMPACTOS DA DECISÃO DO STF SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO

A decisão do STF foi tomada por uma larga maioria de votos, porém, trata-se de um tema muito complexo. Os debates envolveram o histórico, os limites, a eficácia e a aplicabilidade do direito ao esquecimento.

As consequências que a possível aplicação do direito ao esquecimento poderia trazer no direito à liberdade de expressão e informação, estava preocupando um grande número de pessoas. Por isso, a decisão do STF trouxe alívio para aqueles que temiam que esse direito, uma vez reconhecido, se tornasse um meio de censura. Contudo, a discussão permanece, numa busca da solução de questões polêmicas suscitadas por essa temática, como, por exemplo: O simples fato de um acontecimento ser do conhecimento público e notório é suficiente para aniquilar os direitos personalíssimos dos envolvidos? Seria o direito ao esquecimento a ferramenta certa para resolver o problema da livre circulação de informações pessoais que fogem ao nosso controle?

Com o voto do STF percebe-se que a diretriz que se dá para a análise desse tema é de que o direito ao esquecimento deve ser uma exceção e não uma regra<sup>17</sup>, ainda assim, não se eliminou a possibilidade de ter um reconhecimento ao direito ao esquecimento. O próprio ministro Luiz Fux, fez algumas elucubrações sobre esse tópico: “é inegável que o direito ao esquecimento é uma decorrência lógica da tutela da dignidade da pessoa humana [...] a doutrina consagra o direito ao esquecimento”, argumentou o então presidente do STF.

Em relação ao impacto da decisão da Corte sobre o direito ao esquecimento no ambiente da internet, o advogado Guilherme Belmudes faz a subseqüente avaliação:

[...]a jurisprudência pátria adota entendimento acerca da possibilidade de desindexação de parâmetros de pesquisa em casos pontuais, onde os prejuízos à dignidade do indivíduo são causados pela exposição de fatos cujo interesse público já desvaneceu’ [...] ‘apesar da fixação de tese vinculante pelo STF, ainda existe abertura para debates sobre a matéria, que permanecerá em pauta pelos próximos anos, na academia e no

<sup>17</sup> OLIVEIRA, Caio César. Direito ao Esquecimento no STF. Canal ITS Rio.

Judiciário, inclusive, no que se refere ao alcance territorial da desindexação.<sup>18</sup>

No que concerne à questão da existência de um direito ao esquecimento na ordem jurídico-constitucional, é interessante expor que há no ordenamento pátrio algumas possibilidades de se efetivar esse direito. Cito aqui, como exemplo, trechos da matéria escrita pelo desembargador aposentado Ingo Wolfgang Sarlet, para o site Consultor Jurídico:

*Não apenas no que diz respeito a atos infracionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.07.1990) contempla regras que podem ser utilizadas no reconhecimento de um direito ao esquecimento, promovendo a proteção da dignidade e direitos de personalidade das crianças (até 12 anos incompletos de idade) e adolescentes (12-18 anos). Assim, o artigo 143 veda "a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional". Soma-se a isso que de acordo com o parágrafo único do mesmo artigo que nenhuma notícia a respeito do fato poderá identificar a criança ou o adolescente, vedando-se fotografias, referências ao nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome.*

Outra manifestação específica que tem sido associada a um direito ao "esquecimento" encontra suporte do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990), mais precisamente no seu artigo 43, §1º, prescreve que as informações cadastrais dos consumidores constantes das listas de inadimplência (cadastros negativos) somente poderão ser armazenadas e utilizadas pelo prazo de cinco anos, assegurado o direito de exigir o cancelamento (exclusão das informações), ademais da responsabilização das entidades responsáveis pela manutenção e uso dos dados em caso de violação da regra, nos termos de doutrina e jurisprudência dominante.<sup>19</sup>

A Lei nº12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, previu garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Apesar de não ter previsto expressamente o direito ao esquecimento, em seu artigo 7º expõe<sup>20</sup>:

<sup>18</sup> BELMUDES, Guilherme. Impactos do julgamento do STF sobre o direito ao esquecimento. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/impactos-do-julgamento-do-stf-sobre-o-direito-ao-esquecimento-18022021>

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. STF e o direito ao esquecimento: julgamento a ser esquecido ou comemorado? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-05/direitos-fundamentais-stf-direito-esquecimento-julgamento-esquecido-ou-comemorado>

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. STF e o direito ao esquecimento: julgamento a ser esquecido ou comemorado? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-05/direitos-fundamentais-stf-direito-esquecimento-julgamento-esquecido-ou-comemorado?>

[...] O acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados, entre outros, os seguintes direitos, designadamente os previstos nos incisos:

I — Inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...] X — exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei.

Os exemplos acima citados revelam que apesar do STF ter “afastado” a possibilidade da existência de um direito ao esquecimento, as leis brasileiras não deixaram de reconhecer eventuais limites quanto aos meios de comunicação. Seriam manifestações implícitas do direito ao esquecimento?

Por se tratar de um termo cuja largueza conceitual permite diferentes interpretações, o vocábulo “direito ao esquecimento” pode ser usado pelos tribunais para os mais distintos efeitos. Segundo o advogado Carlos Affonso, aludido anteriormente, nesse ponto, a tese do STF tem um resultado positivo inicial que é reduzir o uso ampliado dessa figura do direito ao esquecimento nos tribunais de justiça.

## 5 CONCLUSÃO

Apesar do Brasil não possuir uma lei específica para o direito ao esquecimento, admite-se as preocupações ligadas à proteção da intimidade, numa era em que o acesso à informação está cada vez mais fácil. Em compensação, o fato de uma informação remeter-se a alguém não implica que esse alguém tenha autoridade absoluta sobre a mesma.

Essa disparidade, é o pano de fundo do cenário em que se desenrola o debate a respeito do direito ao esquecimento. Mesmo depois do julgamento do STF sobre o caso Aída Curi, não há como negar que esse debate ainda está em pauta.

A argumentação sobre o reconhecimento ou não do direito ao esquecimento em nosso país, é muito ampla e ainda não foi discutida de modo satisfatório. Pois, se por um lado, o desejo de ser esquecido não pode servir de fundamento jurídico para limitar o exercício de direitos constitucionais, como liberdade de expressão e direito à informação, sob outra perspectiva, a liberdade de expressão, como todo direito fundamental, não é um direito absoluto, podendo vir a sofrer restrições caso ofenda a honra e a reputação de outra pessoa.

Em síntese, o STF não negou o fato de que o direito ao esquecimento encontra abrigo em diversos dispositivos constitucionais. Para a Corte, o que é incompatível é um direito ao esquecimento que tenta impedir a divulgação de fatos verdadeiros e obtidos de forma lícita, todavia, foi feita uma ressalva quanto a alternativa de se avaliar, caso a caso, se existiu excesso na condução da liberdade de expressão, especialmente os relacionados à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral.

O caminho a ser percorrido entre memória coletiva e direito ao esquecimento, será sempre espinhoso. Trata-se de uma faca de dois gumes, como se diz na expressão popular, pois se a Constituição Federal protege a liberdade de expressão e proíbe a censura, ela também garante o direito à privacidade em casos em que a memória pública pode trazer constrangimento e dor à pessoa cuja intimidade foi exposta.

Apesar da tese fixada pelo Superior Tribunal Federal no julgamento do RE 1.010.606, alegando que um direito ao esquecimento não é compatível com a Constituição Federal, é certo que questões que aludem a outros aspectos do direito ao esquecimento podem voltar ao plenário do STF. Nas palavras de Michel Gondry para o filme “Brilho eterno de uma mente sem lembranças, “até agora, a tecnologia foi bem sucedida em fazer-nos lembrar esquecer de tudo, exceto as coisas das quais não queremos lembrar.”

## REFERÊNCIAS

AGU Explica – Direito ao Esquecimento. Disponível em:  
[https://www.youtube.com/watch?v=9pIfWYCfewY&ab\\_channel=Advocacia-GeraldaUni%C3%A3oAGU](https://www.youtube.com/watch?v=9pIfWYCfewY&ab_channel=Advocacia-GeraldaUni%C3%A3oAGU). Acesso em 24/05/2021.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Tradução: Humberto Laport de Mello.

BELMUDES, Guilherme. **Impacto do julgamento do STF sobre o direito ao esquecimento. JOTA** – Opinião e Análise.2021. Disponível em:  
<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/impactos-do-julgamento-do-stf-sobre-o-direito-ao-esquecimento-18022021>. Acesso em: 02/06/2021

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília**, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm). Acesso em: 25/05/2021

\_\_\_\_\_. Enunciado nº 531. **VI Jornada de Direito Civil. Brasília**, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada>>. Acesso em: 01/06/ 2021

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.965/2014**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm) Acesso em: 04/06/2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069/1990**. Disponível em  
[https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/camara/estatuto\\_crianca\\_adolescente\\_9ed.pdf](https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/camara/estatuto_crianca_adolescente_9ed.pdf). Acesso em: 03/06/2021

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078/1990**. Disponível em:  
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8078-11-setembro-1990-365086-normaatualizada-pl.pdf>. Acesso em: 03/06/2021

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 1010606. **Acórdão Ementa**. Brasília. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 20 maio 2021

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Boletim de jurisprudência internacional: direito ao esquecimento**. 2018. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciainternacional/anexo/BJ5DIREITOA OESQUECIMENTO.pdf>. Acesso em: 31/05/2021

DOMINGUES NETO, Vitor Celso. **ANÁLISE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ÂMBITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1010606 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** 2019. 91 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2019. Disponível em:  
<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/5628/1/1.%20TCC%20Completo%20-%20Vitor%20Celso%20Domingues%20Neto.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

MIGALHAS. Histórico: STF definirá em repercussão geral se há direito ao esquecimento. Disponível em:  
<https://www.migalhas.com.br/quentes/334108/historico--stf-definira-em-repercussao-geral-se-ha-direito-ao-esquecimento>

MIGALHAS. Amigos da Corte sustentam em direito ao esquecimento na área cível. Publicado em 03/02/2021. Disponível em:  
<https://www.migalhas.com.br/quentes/339879/amigos-da-corte-sustentam-em-direito-ao-esquecimento-na-area-civel>. Acesso em: 29/05/2021

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao Esquecimento:** A proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014

MARTINS, Eequias Martins da Silva. Aplicação do direito ao esquecimento no processo de ressocialização. <https://jus.com.br/artigos/69998/aplicacao-do-direito-ao-esquecimento-no-processo-de-ressocializacao...> Acesso em 24 maio 2021.

MARTINS, Guilherme Magalhães. <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/340463/direito-ao-esquecimento-no-stf-repercussao-geral-786-e-seus-efeitos>. Disponível em:. Acesso em: 29/05/2021

MENDES, Guilherme. **STF forma maioria para declarar inexistente o direito ao esquecimento.** IBDFAM. Disponível em:  
<https://ibdfam.org.br/noticias/8161/STF+forma+maioria+para+declarar+inexistente+direito+ao+esquecimento>. Acesso: 11 de fevereiro de 2021.

OLIVEIRA, Caio César. Direito ao Esquecimento no STF. Canal ITS Rio. Acesso em: 03/06/2021

ORTEGA, Flávia Teixeira. Jusbrasil. **O que consiste o direito ao esquecimento?** Disponível em <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/319988819/o-que-consiste-o-direito-ao-esquecimento>. Acesso em 20/05/2021.

SARLET, Info Wolfgang. Direitos fundamentais. Disponível em  
<https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protacao-dados-mario-gonzalez>. Acesso em 22/05/2021

\_\_\_\_\_. STF e o direito ao esquecimento: julgamento a ser esquecido ou comemorado? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-05/direitos-fundamentais-stf-direito-esquecimento-julgamento-esquecido-ou-comemorado?>

SHCREIBER, Anderson. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **STF forma maioria para declarar inexistente direito ao esquecimento**. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8161/STF+forma+maioria+para+declarar+inexistente+direito+ao+esquecimento>.

SILVA, Ezequias Martins. Jus.com.br – aplicação do direito ao esquecimento no processo de ressocialização. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/69998/aplicacao-do-direito-ao-esquecimento-no-processo-de-ressocializacao>. Acesso em 24/05/2021.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

# DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF

Karl Heisenberg Ferro Santos

## RESUMO

Este artigo propõe uma reflexão a respeito da função contramajoritária exercida pelo Supremo Tribunal Federal. O trabalho começa trazendo uma compreensão sobre o surgimento da democracia na coletividade e a importância dos direitos fundamentais como suporte das decisões pronunciadas pelo STF. O destaque que vem sendo dado ao princípio majoritário e suas limitações para que não se tenha uma ideia distorcida levaram ao exame deste tema. Abordar situações reais em que o princípio majoritário foi exercitado no intuito de abonar e afirmar os benefícios constitucionais são imprescindíveis para o indivíduo. Justifica-se, ainda, a seriedade deste artigo, pois diante do momento anômalo o qual vivenciamos, em que simples direitos e garantias fundamentais não são observados nem atendidos pelos diferentes poderes, o STF tem uma obrigação mais que crucial na tutela de tais prerrogativas.

**Palavras-chave:** Democracia. Direitos Fundamentais. Função Contramajoritária.

## ABSTRACT

This article proposes a reflection on the countermajority function exercised by the Federal Supreme Court. The work begins by bringing an understanding of the emergence of democracy in the community and the importance of fundamental rights in support of the decisions made by the STF. The emphasis that has been given to the majority principle and its limitations so that one does not have a distorted idea led to the examination of this theme. Addressing real situations in which the majority principle was exercised in order to endorse and affirm the constitutional benefits are essential for the individual. The importance of this article is also justified, because given the anomalous moment we are experiencing, in which simple fundamental rights and guarantees are not observed or attended to by the different powers, the STF has a more than crucial obligation in the protection of such prerogatives.

**Keywords:** Democracy. Fundamental Rights. Countermajority Function

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente, tem se presenciado e rememorado uma forte discussão sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal em exercer a sua função contramajoritária, sob a justificativa que seria proibido à Suprema Corte desatender a vontade da sociedade no momento em que fosse proferir seus julgamentos.

A Carta Magna, que se traduz em, além de instalar e instalar um Estado e, assim, limitar seus poderes intrínsecos e conceber proteções e defesas às suas minorias políticas. Conseqüentemente, é digna de pesquisa as ocorrências em que o STF teve que intervir a favor de grupos minoritários.

À vista disso, e de modo a organizar um melhor raciocínio lógico, se fez primordial realizar uma elucidação relativamente ao papel tanto da democracia como dos direitos fundamentais no seu contexto histórico e social. Esses dois institutos são pedras basilares para que se possa adquirir uma incumbência contramajoritária, que tem como objetivo assegurar a integridade e a inteireza do texto constitucional, das garantias e dos direitos fundamentais, mesmo que para que isso aconteça seja preciso contrariar a vontade de uma grande maioria.

Após essa abertura, procura-se demonstrar a magnitude e a dimensão da função contramajoritária com pensamentos e entendimentos de juristas, doutrinadores e constitucionalistas.

Deslumbra-se, portanto, a indispensabilidade de certificar como essa função se deu no mundo real, a análise e o estudo de dois casos que tiveram bastante impacto na vida do cidadão brasileiro foram concretizadas. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ, que tratou das Uniões Homoafetivas e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 756/DF, que aborda a obrigatoriedade de fornecimento de oxigênio e insumos a hospitais de Manaus, são os casos em questão.

Por último, serão trazidos alguns julgados sobre o posicionamento e a atuação da Supremo Corte nas questões que necessitaram do seu posicionamento contramajoritário, na defesa e na proteção dos direitos das minorias.

O presente artigo foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas e do método indutivo partindo de ideias iniciais e globais para se alcançar o exercício da função contramajoritária exercida pelo STF.

## 2 DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Preliminarmente, é importante mencionar que a gênese etimológica do vocábulo democracia foi criado nas polis, que eram as cidades estados da Grécia Antiga, exercendo, assim, um papel fundamental no desenvolvimento da cultura grega, principalmente com o finalizar dos períodos homérico, arcaico e clássico.

Em consulta ao *Dicio*, dicionário online de português, a expressão democracia é o governo em que o poder é exercido pelo povo, isto é, um sistema governamental e político em que os dirigentes são escolhidos por meio de eleições populares, baseado em liberdade e soberania popular, um regime em que não existem desigualdades ou privilégios de classes.

No mesmo sentido caminha as palavras de Renato Janine Ribeiro, que em seu livro “A Democracia”, explica que o termo é oriundo do grego (*demos*, povo; *kratos*, poder), ou seja, o poder do povo. Não quer dizer governo pelo povo. Pode estar no governo uma só pessoa, ou um grupo, e ainda tratar-se de uma democracia — desde que o poder, em última análise, seja da comunidade. O fundamental é que o povo escolha o indivíduo ou grupo que governa, e que controle como ele governa.

Para o jurista e filósofo austríaco, Hans Kelsen, a liberdade e a igualdade formal fazem parte da democracia, pois o primeiro assegura ao povo a acessibilidade tanto às atividades do poder executivo como do poder legislativo, enquanto que a igualdade formal garante a equivalência de direitos políticos a toda população. Possibilita-se, então, que a plenitude do corpo social participe e colabore com a vontade do Estado e de modo isonômico (KELSEN, 2000, p. 99).

Compreende-se, pelas definições acima mencionadas que a expressão democracia é o governo do povo, porém nenhuma elucidação clara e concreta se fixou de modo definitivo entre os cientistas políticos ou no próprio dicionário. Pode-se dizer que a existência da democracia é motivo de controvérsias.

Ronald Dworkin entende que a democracia é subdividida em duas classes: a majoritária e a comunitária. A primeira é pautada na vontade da maioria, enquanto que a segunda se equipara àquela em que o povo se autogoverna e leva em conta cada parceiro que seja integrante da sua sociedade. (DWORKIN, 2006, p.23).

Consoante suas considerações, a democracia seria mais acertada se fosse moldada com o objetivo de garantir que a seleção da pluralidade fosse representada nas decisões da nação. O jusfilósofo explana que o escopo da democracia é que “as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito” (DWORKIN, 2006, p.24).

Depreende-se, que o conceito de democracia é amplo e abrangente, pois efetua e realiza os valores da convivência humana. Destarte, a democracia é um regime político no qual a soberania é exercida pelo povo, e, por intermédio de eleições majoritárias serão eleitos os representantes para uns de exercício do poder de governança.

Em consonância com essa independência e autonomia contemplamos a existência de textos constitucionais em um Estado que verse sobre a limitação do poder e a prevalência de direitos fundamentais.

Na Carta Magna os direitos fundamentais são pilares e autenticações para os cidadãos sem limitação temporal, uma vez que resultam da própria natureza humana, recheados de inviolabilidade, de universalidade e imutabilidade, vinculados de forma muito íntima ao contexto histórico, já que percorreram toda uma construção tanto teórica como acadêmica, mas, também, por demandas e batalhas travadas contra injustiças e violações.

É claro e evidente, que o texto constitucional aborda entre os artigos 5º e 17º os diversos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. O próprio artigo 17 da CF/88, em seu caput ensina que:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os **direitos fundamentais da pessoa humana** e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei. **(Grifei)**

Analisando o tópico supracitado, percebe-se que o seu início demonstra, desde já, um desprendimento, um desamarrado, sendo que concede total liberdade na criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, todavia defende, protege e preserva os direitos fundamentais da pessoa humana.

Robert Alexy julga os direitos do homem como globais, pois todos os indivíduos são titulares de direitos, morais, isto é, não se presume que descenda de uma maneira positivada, mas que seja extensivamente aceita e passível de justificação, direitos preferenciais, direito positivo como protetor da moral, sendo que deve zelar pela concretização destes e, direitos fundamentais com a prioridade a todos os níveis do Direito. (ALEXY, 1999, p. 65-66).

O autor relaciona os direitos fundamentais com a democracia em razão da igualdade e liberdade que garantem o desenvolvimento da sociedade, tendo em vista que é assegurado, então, a manutenção da democracia pela liberdade de expressão, opinião, radiodifusão, reunião e associação, bem como através do direito eleitoral e outras liberdades políticas. (ALEXY, 1999, p. 65-66).

Prossegue afirmando “sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito”. Além do mais, abrangerá todas as demais normas que garantam os direitos fundamentais, de forma expressa ao longo da Constituição ou atribuída pela atividade interpretativa das cortes constitucionais (ALEXY, 2011, p.50).

Em aula do curso de Pós-Graduação, denominada de Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal, ministrada pela professora e doutora Nara Britto, que teve como convidado o advogado e professor Saul Tourinho Leal, foi esclarecido que **nós brasileiros somos:**

A convivência familiar e comunitária”, as “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras”, a “valorização da diversidade étnica e regional”, o “pleno desenvolvimento da pessoa”. Somos o “pluralismo de ideias”, o “bem-estar dos

proprietários e dos trabalhadores" e "a dignidade da pessoa humana". Somos o "bem de todos, sem preconceitos", a "defesa da paz", a "cooperação entre os povos para o progresso da humanidade" e "a proteção à maternidade e à infância". Somos o "voto direto e secreto, com valor igual para todos", "a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os **direitos fundamentais da pessoa humana**" e a "integração social dos setores desfavorecidos" Somos os que aderiram à aurora da civilização humanista, os que se alimentam dos seus frutos tão fecundos. (Grifei)

Inferre-se, que as palavras do renomado professor foram muito bem proferidas, visto que a sua escrita é repleta de pluralidade, elemento fulcral e mais que presente tanto na democracia como na garantia dos direitos fundamentais. E como o famoso escritor Rui Barbosa bem disse; “a pior democracia é preferível à melhor das ditaduras.”

### 3 O PAPEL CONTRAMAJORITARIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 ensina, em seu artigo 2º, que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Constata-se, que o desempenho destas três forças de estado é estabelecido e estipulado pela constitucional, cuja finalidade é equilibrar os poderes e inibir ações que tenham o intuito de atender interesses próprios. Desse jeito, é plausível afirmar que o constituinte teve o desejo de reduzir forças dominadoras e absolutistas que pendem a manchar a nitidez do estado democrático de direito, mesmo que com o passar do tempo a Carta Magna tenha adotado outro atributo, o regulador da generalidade. (STRECK, 2009, p. 17).

Em seu livro Filosofia do Direito, o jurista e autor Miguel Reale explica sobre a vontade existente no que se é dito e defendido pela maioria é a verdade absoluta a ser levada adiante como orientação dos princípios legais e constitucionais elaborados pelos legisladores, mesmo que exista pronunciamento no meio político. (REALE, 2015, p. 197).

Embora exista um entendimento global e integral no que toca à necessidade de um consenso geral a respeito da necessidade de uma estabilidade igualitária no poder legislativo, o preceito adotado por longa data nos regimes dotados de

democracia foi o majoritário, apoiado na concepção de que um governo majoritário deve ter seus conceitos naturais elementares estabelecidos sobre o desejo popular da maioria.

Sob outra perspectiva, pensamentos e ideias provenientes de teóricos como Peter Häberle é que se começou a perceber a possibilidade de criação de um princípio que pudesse dar uma constância às normas constitucionais com os anseios da sociedade, abarcando, também, as demandas e imposições dos grupos minoritários. Mediante essa união de fatos, se edificou o princípio contramajoritário no domínio constitucional.

Sobre esse assunto discursa o doutrinador Dirley da Cunha Júnior:

[...] uma verdadeira democracia é aquela onde todas as pessoas são tratadas com igual respeito e consideração. Se é certo que a democracia é o governo segundo a vontade da maioria, não menos exato é afirmar que o princípio majoritário não assegura o governo pelo povo senão quando todos os membros da comunidade são concebidos, e igualmente respeitados, como agentes morais. (JÚNIOR, 2010, p.59).

No mesmo condão caminha as palavras do Ministro Roberto Barroso:

Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia a dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo. (BARROSO, p. 23-32, 2012).

Assimila-se, que a função contramajoritária é fundada no Estado Democrático de Direito, sendo que este está baseado no regime de caráter democrático e na eficácia dos direitos tidos como fundamentais, que ganham um tratamento privilegiado em nosso ordenamento jurídico. A segurança oferecida pelo poder estatal garante uma série de coberturas de direitos para grupos que passam, corriqueiramente, por situações de vulnerabilidade.

Levando o conteúdo para a inclusão e proteção, é de suma importância mencionar o artigo 6º da Constituição Federal de 1988:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Apesar de os direitos sociais serem oferecidos pelo Estado, é imprescindível que sejam assegurados, sendo essa garantia fornecida pelas políticas governamentais por meio de políticas públicas. Ao se falar de direitos sociais e coletivos, a definição mais adequada e melhor utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, é o que se apresenta no artigo 81 do Código de defesa do consumidor;

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. **A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:**

**I - interesses ou direitos difusos**, assim entendidos, para efeitos deste código, **os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;** (grifei)

A descrição acima mencionada, exposta no código de defesa do consumidor, é o resultado sistemático é da função contramajoritária vivenciada pelo STF, já que as decisões deliberadas em casos que abordem a defesa das minorias são documentadas por meio de garantias como a dos direitos difusos, cuja finalidade é proteger aqueles que se encontram esquecidos tanto pela sociedade como pelos abundantes ordenamentos pátrios.

Ao citar o Supremo Tribunal Federal, mesmo que aconteçam as mutações constitucionais, a Corte Constitucional assume um papel importante em posicionamentos contramajoritários, e isso percebe-se pelo texto do 102, I, a da CF/88:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, **originariamente:**

a) **a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

Na mesma sequência, apesar de uma extensão e alcance diferenciado, merece referência o inciso “q” e os § 1º e 2º, bem como o inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”, e o art. 103, § 2º, todos da CF/88:

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

(...)

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

§ 2º **As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal**, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade **produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADIN 3392)

Art. 103. Podem propor a **ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade**: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

(...)

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a **adoção das providências necessárias** e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. (grifei)

Resta mais que evidente, que em todas as situações arriba colocadas, verifica-se o papel de contraposição por parte do Supremo Tribunal Federal em relação aos outros Poderes, ajustados na representatividade e na maioria como critérios de escolha, ou seja, nomeadamente o Executivo e o Legislativo.

Em palestra, intitulada de “Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy”, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma:

O que cabe destacar aqui é que a Corte desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de contramajoritário: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (i.e., de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo contramajoritário. (BARROSO, 2014, p. 15) (grifei)

Logo, por tudo estudado e investigado, afirma-se que a função contramajoritária intenta viabilizar e ocasionar que as minorias tenham voz efetiva e participação perceptível, evitando, dessa forma, que sejam suprimidas e caladas quando versamos acerca dos valores democráticos colocados pela massa em geral, buscando atingir objetivos e propensões a ideias e querereres próprios.

O Supremo Tribunal age com o propósito de atender e propiciar as demandas provenientes da sociedade, isso nada mais é que equilibrar o jogo e dar conforto às pequenas comunidades. Todavia, isso não é transfigurar o papel do judiciário em mais um meio de propagação política majoritária, submetido ao que se opina e se aborda pelo público em geral ou pelas manobras mediáticas pelos periódicos e comunicação social.

## **4 CASOS DE APLICABILIDADE DA FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF**

À luz do tema discutido e levando o debate para âmbito da materialidade, serão apresentados dois exemplos que foram analisados pelo STF, em que, de forma cristalina a Corte máxima do país defendeu os direitos fundamentais da pessoa humana, fazendo uso da sua função contramajoritária, no qual a supremacia da lei fundamental do Estado se sobrepôs à vontade de uma grande maioria.

### **4.1 ADPF 132: uniões homoafetivas**

Não podemos negar que as uniões homoafetivas sempre foram matéria de grande repercussão. A suplantação da discriminação e a vontade para a solidificação da felicidade, do direito aos diversos significados de família, da liberdade sexual e

do pensamento ficaram mais confortados e fortalecidos a partir da ADPF nº 132/RJ e ADIN 4.277/DF, ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal, mais precisamente pela Procuradoria Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, apresentando como fundamentação e balizamento as decisões proferidas por outras instâncias jurídicas, que não admitiam nem interpretavam de modo extensivo e análogo o regime de união estável já agraciados aos casais heterossexuais para os casais homoafetivos.

Resultado disso, foi a decisão do poder judiciário em equiparar os deveres e direitos pertencentes à união heterossexual e união homossexual. Esse direito concedido aos casais homoafetivos foi um marco histórico tanto para o mundo jurídico como para a sociedade, na medida em que estendeu diversos direitos aos casais, como por exemplo, o direito à adoção, pensão em caso de divórcio e pensão por morte para os companheiros de pessoas falecidas, entre outros.

Eis um caso concreto e efetivo de uma decisão que precisou de pulso forte no que toca à posição contramajoritária da Supremo Tribunal Federal, que ao regulamentar uma matéria polêmica, uma vez que o seu teor e a sua aprovação pelo Congresso Nacional seriam de um extremo bloqueio e embaraço.

Importante mencionar que o Ministro Luís Roberto Barroso, então Procurador do Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2012, teceu os seguintes comentários:

A ADPF indicou como preceitos fundamentais violados o direito à igualdade (art. 5º, caput); o direito à liberdade, do qual decorre a autonomia da vontade (art. 5º, II); o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); e o princípio da segurança jurídica (art. 5º, caput), todos contidos na Constituição da República; e como atos do Poder Público causadores da lesão: a) o art. 19, II e V e o art. 33, I a X e parágrafo único, todos do Decreto-lei nº 220, de 18.07.1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), se interpretados de maneira discriminatória em relação aos homossexuais; b) o conjunto de decisões judiciais proferidas por tribunais estaduais, inclusive e notadamente o do Rio de Janeiro, que negam às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico das uniões estáveis. (BARROSO, 2012, p. 121-122).

Identifica-se, desse modo, que o cerne da questão foi respaldado e assentado nos direitos fundamentais, evitando a discriminação por omissão legislativa, tratando

de um vício democrático e realizando o que lhe mais compete, a justiça! Esse reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo faz com que se observe e se sinta a tangibilidade de um endurecimento e solidificação de democracia e das igualdades sociais.

#### 4.2 ADPF 756: obrigatoriedade de fornecimento de oxigênio e insumos a hospitais de manaus

Desde o início do ano de 2020 que o Brasil vem passando por tempos sombrios. A propagação e o alastramento da pandemia do COVID-19, gerou fortes impactos no dia a dia do cidadão comum. O número elevado de mortes e o descaso do poder público em ações efetivas que pudessem diminuir tanto número de falecimentos como o risco de contaminação da doença, levaram o Partido Comunista do Brasil – PCdoB e o Partido dos Trabalhadores – PT, a requererem, junto ao STF, pedido de tutela de urgência incidental, nos autos da ADPF 756, em que os requerentes narram que “a situação da contaminação e agravamento dos casos de COVID-19 no estado do Amazonas, sobretudo na capital Manaus, é calamitosa e necessita de atuação imediata por parte desse e. Supremo Tribunal Federal.”

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, teve como Relator o Ministro Ricardo Lewandowski fez as seguintes considerações:

Bem examinadas as alegações dos partidos requerentes, entendo que elas se mostram perfeitamente plausíveis no tocante à descrição da **caótica situação sanitária instalada no sistema de saúde de Manaus**, capital do Estado de Amazonas, que **está a exigir uma pronta, enérgica e eficaz intervenção por parte das autoridades sanitárias dos três níveis político-administrativos da Federação, em particular da União.**

Ao entender a admissibilidade do pedido sobre a situação vivenciada na cidade de Manaus, o Ministro inicia seu voto de forma brilhante, ora vejamos:

Em primeiro lugar, recorro que, **dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil**, listados art. 3º da Constituição, **sobressai o propósito de construir uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de promover o bem de todos.**

Sobre o bem jurídico tutelado, o direito à saúde, presente no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, ele declara:

Já a saúde, de acordo com o supramencionado art. 196, “**é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação**” (grifei).

Continua:

É por isso que inexistente, a meu ver, qualquer dúvida de que o **direito social à saúde se coloca acima da autoridade de governantes episódicos**, pois configura, como visto, um dever constitucionalmente cometido ao Estado, entidade político-jurídica que representa o povo, ou seja, a coletividade dos cidadãos, em caráter “absoluto e perpétuo”, para empregar a clássica expressão - ainda válida nos dias atuais - do jurisconsulto quinhentista francês Jean Bodin, precursor do estudo da soberania

Ao apontar a obrigatoriedade e o dever abdicável por parte do Estado, relativamente aos cuidados necessários para proteger e salvaguardar a comunidade, o

Relator aponta:

**O dever irrenunciável do Estado brasileiro de zelar pela saúde de todos que se encontrem sob sua jurisdição apresenta uma dimensão objetiva e institucional**, que se revela, no plano administrativo, pelo Sistema Único de Saúde - SUS, concebido como uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos, qualificada pela descentralização, pelo atendimento integral e pela participação da comunidade em sua gestão e controle (art. 198, I, II e III, da CF).

Eis então, que o ilustre Ministro cita e referencia o poder contramajoritário exercido pelo STF, já que se faz necessário oferecer relutância aos atos e à falta de atuação por parte do poder legislativo e do poder executivo, de forma a proporcionar a integralidade do que está escrito e imposto no texto constitucional, *in verbis*:

Não obstante, em situações como está sob análise, marcada por incertezas quanto às medidas mais apropriadas para o enfrentamento da pandemia, em especial no concernente a eficácia do distanciamento social e dos imunizantes em cogitação, assim como por dúvidas acerca de um futuro acesso universal às vacinas, não posso deixar de asseverar, com toda a convicção, que **incumbe ao Supremo Tribunal Federal exercer o seu poder contramajoritário, oferecendo a necessária resistência às ações e omissões de outros Poderes da República de maneira a garantir a integral observância dos ditames constitucionais**, na espécie, daqueles dizem respeito à proteção da vida e da saúde.

E assim conclui seu voto:

Em face do exposto, defiro em parte a cautelar pedida pelos requerentes para **determinar** ao Governo Federal que: (i) **promova, imediatamente, todas as ações ao seu alcance para debelar a seríssima crise sanitária instalada em Manaus, capital do Amazonas, em especial suprindo os estabelecimentos de saúde locais de oxigênio e de outros insumos médico-hospitalares** para que possam prestar pronto e adequado atendimento aos seus pacientes, sem prejuízo da atuação das autoridades estaduais e municipais no âmbito das respectivas competências; (ii) **apresente a esta Suprema Corte, no prazo de 48 (quarenta e oito horas), um plano compreensivo e detalhado acerca das estratégias que está colocando em prática ou pretende desenvolver** para o enfrentamento da situação de emergência, discriminando ações, programas, projetos e parcerias correspondentes, com a identificação dos respectivos cronogramas e recursos financeiros; e (iii) **atualize o plano em questão a cada 48 (quarenta e oito) horas**, enquanto perdurar a conjuntura excepcional.

Ao realizarmos uma análise e um estudo às palavras e ao brilhante voto proferido pelo Ministro Lewandowsky, é mais que latente que todo o seu embasamento é direcionado a socorrer e escudar as minorias, que no caso são os residentes e toda população da cidade de Manaus.

Todo o percurso de sua explanação tem relação direta aos preceitos fundamentais. A vontade de construir uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de promover o bem de todos, o direito e o dever do Estado quanto à saúde, a sua irrenunciabilidade no zelo e na sua jurisdição e a determinação na promoção das ações necessárias, das estratégias de enfrentamento e na atualização do plano de combate à doença, mais que comprovam a indispensabilidade da função contramajoritária no caso concreto.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É concebível constatar que o termo democracia não é homogêneo e que seu significado variou e ainda varia, de acordo com o lapso temporal e a localidade em que se é utilizado. Apesar de não se desligar daquela que a originou, a Grécia Antiga, o termo o qual se estuda nos tempos atuais não é sinônimo nem aquele idealizada pela sociedade ateniense.

Os direitos fundamentais são base para a democracia. O reconhecimento destes direitos aos grupos minoritários, independentemente da concepção da maioria

da população, é essencial para a consolidação de um estado democrático de direito. Este é um dos grandes desafios enfrentados pelos operadores do poder judiciário, que deve pautar seus julgamentos no caráter técnico e, ao mesmo tempo, levar em conta as peculiaridades de cada caso em específico, sem se influenciar por pressões externas que postulem contra a lei.

A respeito da função contramajoritária é assimilado que a sua existência é mais que fulcral, pois ela atende e garante prerrogativas aos grupos minoritários, esquecidos em sua grande maioria. O atendimento aos pedidos e o equilíbrio da balança entre os privilegiados e os abandonados é a garantia de que as regras do jogo democrático e os direitos fundamentais serão defendidos e assegurados.

Nas duas ações apreciadas neste trabalho, ficou mais que compreendido que o Supremo Tribunal Federal desempenhou um papel de extrema relevância, cuja intenção foi prevalecer, respeitar e testificar o direito e a garantia fundamental da pessoa humana.

O reconhecimento da união estável para os casais homoafetivos, igualando o que já acontecia com os casais heterossexuais, e a obrigatoriedade de fornecimento de oxigênio e insumos a hospitais de Manaus, ações que parecem mais que óbvias, no primeiro atendendo às aspirações e realidades de uma sociedade moderna e a segunda garantindo oferecendo nada mais que o elemento químico essencial à vida, o oxigênio, pois sem este só nos vem à memória a famosa frase “I can’t breathe” (não consigo respirar), dita por George Floyd, quando abordado e assassinado por uma autoridade policial norte americana, são situações que se fizeram necessárias chegar até corte máxima para que um direito fundamental fosse respeitado.

Em resumo, o Supremo Tribunal Federal tem adotado, corretamente, em oportunas ocasiões, uma postura contramajoritária em relação aos grupos, massas e povos minoritários para garantir seus direitos, através de decisões que controlem de modo material a sua constitucionalidade. Proteger as minorias não significa preterir a maioria.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de direito administrativo* n. 217. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2450>>. Acesso em: 30 mai. 2021.
- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (Syn) Thesis (Rio de Janeiro), v. 5. 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Grandes Transformações de Direito Contemporâneo e o Pensamento de Robert Alexy. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. Supremo Tribunal Federal, Direitos Fundamentais e Casos Difíceis. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – Rbdc*, S.1. n. 19, p.109-137, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/3/cmt/cmt16.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2021.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2021.
- BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2021.
- DEMOCRACIA. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/democracia/>>. Acesso em: 30 mai. 2021.
- DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KELSEN, Hans. A democracia. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LEAL, Saul Tourinho. Nós – a Constituição da República. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-27/observatorio-constitucional-constituicao-republica>>. Acesso em: 30 mai. 2021.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Renato Janine, 1949-A democracia. — 3ª ed. — São Paulo: Publifolha, 2013. — (Folha Explica) 1ª reimpr. da 3ª ed.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.227/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132/RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF 756 TPI / DF. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf756amazonas.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

STRECK, L. L. O caso da ADPF 132: defender o texto da constituição é uma atitude positivista (ou “originalista”)? *Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 280–304, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24685>.

# A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DAS MINORIAS

Nathália de Andrade Silva Anastácio<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal discorrer sobre a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e defender que a Corte detém legitimidade para conceder decisões em favor das minorias sem invadir a esfera de atuação dos outros Poderes. Para isso, no primeiro momento o presente trabalho traça um panorama geral sobre o papel do Poder Judiciário no neoconstitucionalismo. Após, traz à tona a importância da atuação contramajoritária e ativa do Supremo para a proteção dos direitos fundamentais das minorias. Para só assim, defender a função contramajoritária da Corte como um instrumento de proteção e inclusão social das minorias.

**Palavras-chave:** Função contramajoritária. Direitos fundamentais. Minorias.

## ABSTRACT

The main objective this academic provides is to discuss the counter-majority role of the Supreme Court and defend that the Court has legitimacy to grant decisions in favor of minorities without invading the sphere of action of other Powers. For this, at first, in the first moment an overview of the role of the Judiciary in neoconstitutionalism. Afterwards, it brings to light the importance of the Supreme Court's counter-majority and active action for the protection of fundamental rights. In order to do so, defend the Court's counter-majority function as an instrument of protection and social inclusion of minorities.

**Keywords:** Counter-majority. Fundamental rights. Minorities.

---

<sup>1</sup> Advogada. Aluna do Curso de Pós-Graduação *lato-sensu* do Centro Universitário de Brasília – CEUB/ICPD.

## 1 INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial iniciou-se a evolução do constitucionalismo democrático ao redor do mundo. Uma vez que durante o período de guerras houveram graves atrocidades e violações aos direitos da sociedade como um todo, sendo assim, findado esse período as Constituições passaram a assegurar uma gama de direitos fundamentais e princípios constitucionais fundamentais, bem como a impor limites à atuação do Estado.

Nessa linha, as Cortes passaram, como guardiãs das Constituições, a assegurar a aplicação da Carta Maior e proteger os direitos fundamentais. Ocorre que, ao longo da história determinados grupos foram perseguidos e tiveram seus direitos negados, o que culminou na sua marginalização. Foram esquecidos tanto pelo Estado quanto pela sociedade, portanto, suas pautas não vão ao encontro dos anseios da maioria, motivo pelo qual por muitas vezes, até os dias atuais, essas minorias não têm suas demandas atendidas pelo processo político legislativo.

Coube, então, ao Supremo garantir direitos fundamentais a essas minorias por meio do exercício de sua função contramajoritária.

Os objetivos do presente trabalho são: discorrer sobre o papel do Poder Judiciário no neoconstitucionalismo; destacar a importância do Supremo para a proteção dos direitos fundamentais das minorias e defender a atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal por ser um importante instrumento de inclusão social e proteção das minorias.

Para alcançar esses objetivos, aplicou -se a pesquisa teórica como metodologia a fim de embasar os argumentos trazidos em textos de autores renomados. Foi utilizada também a pesquisa jurisprudencial tendo em vista que o caso trabalhado foi fruto de um julgamento da Suprema Corte.

O presente artigo foi estruturado em três tópicos, no primeiro tópico foi traçado um panorama geral sobre o papel do Judiciário no neoconstitucionalismo, no segundo buscou-se analisar a atuação contramajoritária do Supremo, para por fim, no último tópico, trazer a importância dessa função contramajoritária como um

instrumento de proteção aos direitos das minorias trabalhado a partir da decisão proferida na ADPF 186.

São apresentados os resultados quanto à legitimidade do Supremo para proferir decisões a favor das minorias sem interferir na esfera dos outros Poderes, e as críticas a essa função. Ao final, analisa um caso concreto a respeito da constitucionalidade do sistema de cotas para ingresso em universidade pública.

## 2 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo, atual fase do constitucionalismo, se iniciou após a segunda guerra mundial, período em que foram negados direitos mínimos ao ser humano.<sup>2</sup> Durante esse período de guerra e ditaduras, muitos países viveram sob regimes autoritários onde as garantias mínimas e os direitos inerentes aos seres humanos foram drasticamente violados, razão pela qual no momento posterior o mundo passou por uma mudança de regime de governo a fim de estabelecer um modelo que tivesse como objetivos principais assegurar uma gama de direitos aos indivíduos e limitar a atuação do Estado.<sup>3</sup>

Devido às atrocidades cometidas nesse período o mundo passou a reafirmar os direitos fundamentais e inerentes a todos os indivíduos tendo como elemento central a dignidade. Nesse momento, inaugurou-se a Declaração Universal de Direitos Humanos que impactou nas constituições de todos os países, esse documento reafirmou a ideia do ser humano como um indivíduo detentor de direitos e deveres pelo simples fato de ser humano.<sup>4</sup>

Após o período de guerra as novas constituições passaram a conter em seu corpo uma gama enorme de direitos e princípios que funcionam como um escudo contra abusos por parte do Estado e da parcela majoritária da população.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> SOUZA, C. A. **O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais**. Conteúdo Jurídico. Brasília, 2016.

<sup>3</sup> BARROSO, L. B. **A função representativa e majoritária das cortes constitucionais**, p. 99 - 121.

<sup>4</sup> DE OLIVEIRA SANTOS, P. F. **Jurisdição Pró-Majoritária? A construção do capital político da jurisdição constitucional**.

<sup>5</sup> SOUZA, C. A. **O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais**. Conteúdo Jurídico. Brasília, 2016.

Nessa linha, as constituições ganharam um destaque enorme nos ordenamentos jurídicos de diversos países tendo se consolidado como um limite aos abusos praticados por parte do Estado. Nesse cenário, originou-se o modelo de supremacia da Constituição que abarcou a constitucionalização dos direitos fundamentais tornando-os intangíveis e fora da limitação pela maioria e pelo Estado que por consequência resultou na proeminência do Poder Judiciário, na proteção dos direitos fundamentais pelas Cortes e na expansão da jurisdição constitucional. Além de trazer também deveres negativos e positivos de atuação aos Poderes Legislativos e Executivo que devem observar os limites impostos na Constituição e promover os direitos ali garantidos.<sup>6</sup>

Ainda nesse período e devido a gama de direitos fundamentais inseridos no ordenamento, a limitação do Estado e a instituição da democracia, ficou a cargo do Poder Judiciário garantir a proteção a esses direitos e a aplicação do texto constitucional. Sendo assim o Judiciário ganhou uma posição de destaque que culminou na sua ascensão.<sup>7</sup>

As Constituições passaram a assegurar aqueles direitos essenciais e inerentes ao indivíduo pelo simples fato de ser humano, direito esses que vinham sendo violados. Nesse sentido, as novas normas insculpidas nas Constituições passaram a trazer limitações para o Estado e ao mesmo tempo deveres de agir para que os direitos previstos em seu texto fossem assegurados.<sup>8</sup>

Os direitos fundamentais tem como funções precípua limitar o Poder Público para evitar abusos praticados pelo Estado e proteger as minorias contra a formação de eventuais maiorias dispostas a suprimir ou mitigar os direitos fundamentais desses grupos marginalizados como será visto mais adiante.<sup>9</sup>

Isso porque, o indivíduo possui direitos fundamentais pelo simples fato de ser humano, e por isso tais direitos consideram primeiro o indivíduo servindo como um

---

<sup>6</sup> SOUZA, C. A. **O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais**. Conteúdo Jurídico. Brasília, 2016.

<sup>7</sup> BARROSO, L. B. **A função representativa e majoritária das cortes constitucionais**, p. 99 - 121.

<sup>8</sup> SOUZA, C. A. **O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais**. Conteúdo Jurídico. Brasília, 2016.

<sup>9</sup> ABBUD, G. **STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário**.

contrapeso à vontade da maioria, evitando que a vontade da maioria seja imposta aos grupos minoritários.<sup>10</sup>

No constitucionalismo há uma expansão da Constituição que é entendida como uma norma jurídica. Nesse modelo vigora a centralidade da Constituição e a supremacia do Judiciário, na medida em que a Constituição funciona como um escudo contra as arbitrariedades e abusos do Estado e de possíveis maiorias.<sup>11</sup>

Nada obstante, para Barroso, o modelo vigente não pode ser caracterizado como de supremacia judicial, pois tanto a sociedade quanto os outros poderes interferem na interpretação da Constituição, e no fim, por exemplo, pode o Legislativo legislar e aprovar uma emenda que altere expressamente o sentido da norma tornando inaplicável o entendimento expressado pelo Supremo.<sup>12</sup>

Nesse mesmo sentido, o Legislativo teria inclusive domínio sobre o que é ou não judicializado e submetido a interpretação do Supremo, uma vez que o Supremo assume um papel de protagonista exatamente nas omissões inconstitucionais e nas lacunas normativas, ou seja, atua quando o Poder Legislativo deveria atuar, mas não atuou.<sup>13</sup>

A Constituição de 88 é fruto da evolução do constitucionalismo democrático que ocorreu no mundo a partir do início do século XX quando as constituições passaram a assegurar direitos fundamentais e princípios constitucionais fundamentais.<sup>14</sup>

Com a evolução dos países na busca pela garantia das liberdades e demais direitos as Constituições alçaram uma posição de superioridade, devendo ser respeitada por todos os Poderes. Nessa linha, as Cortes Supremas incorporam para si a função de proteção dos direitos fundamentais na medida em que surgem como

---

<sup>10</sup> DALLAQUA, L. V e VINCI JÚNIOR, W. J. **A função contramajoritária dos direitos fundamentais.** Revista Consultor Jurídico, 2015.

<sup>11</sup> BARROSO, L. B. **A função representativa e majoritária das cortes constitucionais,** p. 99 - 121.

<sup>12</sup> BARROSO, L. B. **A função representativa e majoritária das cortes constitucionais,** p. 99 - 121.

<sup>13</sup> BARROSO, L. B. **A função representativa e majoritária das cortes constitucionais,** p. 99 - 121.

<sup>14</sup> ABBOUD, G. **STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário.**

guardiãs da Constituição<sup>15</sup> alçando posição de destaque no cenário atual por serem elas as responsáveis por interpretar o texto constitucional em última instância.

Atualmente, a jurisdição constitucional implementada pelo Supremo Tribunal Federal tem quatro funções principais, destacando-se a proteção aos direitos das minorias frente ao Estado. As quatro funções seriam: a limitação do Poder Público que se faz por meio do controle dos atos do Poder Executivo; a correção de equívocos ou omissões do Poder Legislativo; a proteção das minorias e dos direitos fundamentais e assegurar a garantia e aplicação da Constituição.<sup>16</sup>

Por fim, para além de todas essas funções, as Cortes também exercem outra importantíssima função, a saber: a função contramajoritária uma vez que apresentam decisões em favor dos direitos fundamentais e das minorias contra possíveis abusos praticados pela maioria.<sup>17</sup>

Segundo Georges é aqui que surge a razão da existência da jurisdição constitucional, pois a Corte Suprema é o órgão capaz de assegurar a proteção de um direito fundamental da minoria frente a uma agressão praticada pela maioria da sociedade. E por isso, o Supremo não pode decidir como quer a maioria, pois se assim decidisse iria contribuir para a mitigar direitos fundamentais de **grupos marginalizados frente à agressão da maioria**.<sup>18</sup>

### **3 A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

As sociedades estão cada vez mais complexas e plurais, o que aumenta a indeterminação do direito, tendo em vista que a lei não consegue mais prever tudo. A sociedade evolui muito rápido e o Legislativo não consegue acompanhar na

<sup>15</sup> DE OLIVEIRA SANTOS, P. F. *Jurisdição Pró-Majoritária? A construção do capital político da jurisdição constitucional.*

<sup>16</sup> ABOUD, G. *STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário.*

<sup>17</sup> ABOUD, G. *STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário.*<sup>65</sup>

<sup>18</sup> ABOUD, G. *STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário.*

produção de lei nesse cenário, atribui-se aos intérpretes judiciais parte da competência decisória.<sup>19</sup>

Nesse sentido, fica a cargo das Cortes Constitucionais garantir a proteção dos direitos fundamentais a todos os indivíduos, em especial as minorias que foram excluídas e deixadas à margem da sociedade desde os primórdios, o que pode parecer contraditório uma vez que vivemos uma democracia.

Nada obstante, apesar da democracia ser caracterizada como o governo do povo e pressupor uma maioria nos processos decisórios isso não quer dizer que a democracia deve ser o governo da maioria. A democracia diz respeito à garantia de valores e direitos fundamentais, “não é só uma expressão numérica de votos”. O conceito de democracia ultrapassa a ideia de governo da maioria sendo necessário o respeito a valores fundamentais.<sup>20</sup>

E um dos valores fundamentais e inerentes à democracia é o direito que todos os indivíduos possuem de serem tratados em pé de igualdade e com a mesma dignidade, o que inclui respeito a seus interesses e opiniões. A democracia, portanto, possui uma dimensão substantiva que garante a igualdade e liberdade dos indivíduos garantindo que ninguém será esquecido ao longo do governo.<sup>21</sup>

Conforme argumenta Abrantes,

é de salutar importância esclarecer que a democracia não exige que o Poder Legislativo seja soberano, de outro modo, requer que seja resguardada a liberdade de todos os cidadãos, bem como os direitos fundamentais de todos indistintamente.<sup>22</sup>

Para Barroso,

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> BARROSO, L. B. **A função representativa e majoritária das cortes constitucionais**, p. 99 - 121.

<sup>20</sup> BARROSO, L. B. **A função representativa e majoritária das cortes constitucionais**, p. 99 - 121.

<sup>21</sup> BARROSO, L. B. **A função representativa e majoritária das cortes constitucionais**, p. 99 - 121.

<sup>22</sup> SOUZA, C. A. **O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais**. Conteúdo Jurídico. Brasília, 2016. p. 8.

<sup>23</sup> BARROSO, L. B. **A função representativa e majoritária das cortes constitucionais**, p. 105.

Por isso, é preciso que o STF atue de modo a equilibrar a proteção dos direitos fundamentais e o governo da maioria. Pois, por mais que a democracia pressuponha a regra da maioria por ser pressuposto lógico da existência do governo democrático não é justificável a ofensa aos direitos fundamentais mesmo porque no limite corre-se o risco de ferir a própria característica essencial do Estado de Direito Democrático<sup>24</sup>, o qual pressupõe a participação de todos os indivíduos e a garantia mínima de seus direitos.

Ademais, na dimensão material da democracia não se atende somente a regra da maioria, mas também o respeito aos direitos das minorias. A democracia não pode ser a dominação da minoria pela maioria política. É aqui que surge o constitucionalismo como uma forma de impor limites à supremacia da maioria para que não ocorra uma mitigação dos direitos fundamentais da minoria. Ter um direito fundamental significa ter um trunfo contra a maioria, e contra o Estado.<sup>25</sup>

Apesar de parecer oposta a ideia de democracia e da proteção dos direitos fundamentais das minorias, tendo em vista que por conta do princípio majoritário ser essencial a democracia há uma ameaça aos direitos fundamentais das minorias, a Constituição de 88 harmoniza os dois no conceito de Estado Democrático de Direito.<sup>26</sup>

No Estado Democrático de Direito essa limitação trazida pelos direitos fundamentais reflete na própria constituição que limita e vincula os Poderes às suas normas. Nesse sentido, temos que os direitos fundamentais consistem em um feixe de direitos que não podem ser atingidos nem pelos particulares nem pelo Estado.<sup>27</sup>

Para garantir os direitos fundamentais às minorias não basta limitar a atuação do Estado, é preciso que seja também impossibilitada a imposição do governo da maioria. E por isso, ao redor do mundo passou-se a conferir ao Judiciário, mais

---

<sup>24</sup> SOUZA, C. A. **O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais.** Conteúdo Jurídico. Brasília, 2016.

<sup>25</sup>

<sup>26</sup> SOUZA, C. A. **O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais.** Conteúdo Jurídico. Brasília, 2016.

<sup>27</sup> ABOUD, G. **STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário.**

especificamente a Suprema Corte a sentinela contra o governo da maioria, pois ao oprimir as minorias o próprio processo democrático seria deturpado.<sup>28</sup>

Nesse cenário, as Cortes passaram a decidir em alguns momentos a favor da minoria e em desfavor da maioria, sendo essa função caracterizada como função contramajoritária do Judiciário. No ordenamento pátrio não foi diferente, o Supremo Tribunal Federal em alguns momentos decidiu a favor das minorias e contra a maioria, posto que a evolução e a garantia de direitos fundamentais para essas minorias por meio do processo político majoritário podem ser paralisada ou não acontecer por diversos fatores e nesses momentos é que a Suprema Corte deve agir e assegurar igual dignidade a todos os cidadãos.<sup>29</sup>

Ao exercer o papel contramajoritário, o Supremo invalida atos de outros poderes em nome da Constituição, portanto deve exercê-lo apenas para defender as regras do jogo e os direitos fundamentais.<sup>30</sup>

Quando a Corte decide em favor da proteção dos direitos da minoria mesmo contra a vontade da maioria resta caracterizada a função contramajoritária dos direitos fundamentais. É por essa razão que temos que a função contramajoritária assegura em última instância a força normativa da Constituição uma vez que garante a aplicação dos direitos fundamentais elencados na Constituição e a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>31</sup>

Diversas críticas surgiram em razão dessa função contramajoritária da Corte, a primeira pela aparente controvérsia com a democracia já elucidada acima, mas talvez a maior delas seja quanto ao ativismo judicial em razão do protagonismo do Judiciário ao decidir essas questões.<sup>32</sup>

As controvérsias argumentam que o Judiciário está tomando a frente e agindo onde deveria atuar os Poderes Executivo e Legislativo, não tendo, portanto,

<sup>28</sup> BARROSO, L. B. *A função representativa e majoritária das cortes constitucionais*, p.p. 99 - 121.

<sup>29</sup> BARROSO, L. B. *A função representativa e majoritária das cortes constitucionais*, p.p. 99 - 121.

<sup>30</sup> **STF exerce papéis contramajoritário e representativo.** Revista Consultor Jurídico, 2014.

<sup>31</sup> ABBOUD, G. *STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário.*

<sup>32</sup> SOUZA, C. A. *O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais.* Conteúdo Jurídico. Brasília, 2016.

legitimidade para tal. Diz-se que o Supremo tem se transformado em legislador positivo.<sup>33</sup>

Quem faz essa crítica alega que a Suprema Corte estaria substituindo o Poder Legislativo que foi eleito pelo povo, sendo o único poder que reflete a vontade popular, pois são seus representantes diretos.<sup>34</sup>

A crítica trazida pelo Professor Ives Gandra Martins sintetiza esse posicionamento, colaciono:

Esse ativismo judicial, que fez com que a Suprema Corte substituísse o Poder Legislativo, eleito por 130 milhões de brasileiros – e não por um homem só -, é que entendo estar ferindo o equilíbrio dos Poderes e tornando o Poder Judiciário o mais importante dos três, com força para legislar, substituindo o único poder que reflete a vontade da nação, pois nele situação e oposição estão representadas.<sup>35</sup>

No entanto, esse argumento pode ser rebatido com três pontos principais. O primeiro deles é que a simples inserção dos direitos fundamentais nas constituições contemporâneas já justifica uma maior atuação do Judiciário. A constituição consagrou direitos fundamentais de várias ordens dentre eles direitos individuais, políticos, sociais e difusos assim como destacou a atuação do Judiciário e inseriu o princípio da inafastabilidade da Jurisdição, sendo este o motivo pelo qual o Judiciário não pode deixar de apreciar as matérias que estão sendo levadas a seu conhecimento esperando que seja tomada uma decisão para a salvaguarda de algum direito.<sup>36</sup>

Ademais, a própria Constituição prevê um sistema de controle de constitucionalidade que permite a judicialização da política o que permite que frequentemente minorias parlamentares recorrem à Corte para levar a discussão

<sup>33</sup> SOUZA, C. A. **O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais.** Conteúdo Jurídico. Brasília, 2016.

<sup>34</sup> SOUZA, C. A. **O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais.** Conteúdo Jurídico. Brasília, 2016.

<sup>35</sup> MARTINS, 2012, p. 01. *Apud.* SOUZA, C. A. **O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais.** Conteúdo Jurídico. Brasília, 2016. p. 6.

<sup>36</sup> SOUZA, C. A. **O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais.** Conteúdo Jurídico. Brasília, 2016.

controvérsia existente no âmbito Legislativo buscando sua resolução por meio da interpretação conforme à Constituição que é feita pelo Supremo.<sup>37</sup>

Em segundo lugar, a preocupação quanto ao protagonismo da Corte Suprema não encontra respaldo na realidade, uma vez que as questões só são julgadas pela Corte quando não foram atendidas pelo Congresso e sua concretização não pode ficar ao arbítrio e sorte do parlamento decidir ou não.<sup>38</sup>

Apesar do pressuposto de que cabe somente ao Legislativo promover as mudanças legislativas para assegurar direitos a toda a população, é sabido que por vezes o Legislativo não legisla a favor de algumas minorias em razão de múltiplas circunstâncias que paralisam o processo político majoritário, mas esses grupos não podem ter seus direitos violados em razão da omissão do Congresso.<sup>39</sup>

O Legislativo não normatiza por diversas questões, sendo por vezes em razão da maioria da população ser contra algumas pautas como, por exemplo, a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Nada obstante, é exatamente nesses momentos que a Suprema Corte deve agir e assegurar igual dignidade a todos os cidadãos, não permitindo que o governo da maioria limite o gozo de direitos fundamentais por parte desses grupos marginalizados.<sup>40</sup>

Mesmo que às vezes a Corte não decida conforme pensa a maioria ela decide em favor das minorias trazendo avanços sociais que parte da sociedade não quer acolher apesar de já existir. Tais decisões garantem a dignidade da pessoa humana e a igualdade entre os indivíduos por proteger os direitos fundamentais dessas minorias que merecem igual respeito e dignidade.<sup>41</sup>

E aqui surge mais um motivo para possibilitar essa atuação da Corte, pois o Judiciário estaria mais apto a proteger os direitos fundamentais e a atender as demandas sociais, especialmente por não estar ligado à sociedade por voto. Dessa

---

<sup>37</sup> SOUZA, C. A. **O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais.** Conteúdo Jurídico. Brasília, 2016.

<sup>38</sup> SOUZA, C. A. **O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais.** Conteúdo Jurídico. Brasília, 2016.

<sup>39</sup> BARROSO, L. B. **A função representativa e majoritária das cortes constitucionais,** p.p. 99 - 121.

<sup>40</sup> BARROSO, L. B. **A função representativa e majoritária das cortes constitucionais,** p.p. 99 - 121.

<sup>41</sup> BARROSO, L. B. **A função representativa e majoritária das cortes constitucionais,** p.p. 99 - 121.

forma, o Judiciário consegue atender às demandas sociais que o próprio processo político não consegue em razão das distorções históricas e da desigualdade social.<sup>42</sup>

Os ministros do Supremo não são eleitos justamente para tomar suas decisões com independência e sem necessidade de agradar a sociedade, é preciso inclusive que a Corte se oponha a sociedade quando necessário para assegurar a aplicação da Constituição, uma vez que deve garantir acima de tudo o que dispõe a Carta Magna.<sup>43</sup>

A decisão do Supremo pode até coincidir com a opinião da maioria da sociedade, o que não pode é decidir influenciado pela opinião pública ou com base na opinião pública, a vontade da maioria não pode nunca ser usada como fundamento normativo de uma decisão da Corte.<sup>44</sup>

Ademais, a realidade jurisprudencial demonstra que o Supremo Tribunal Federal tem assumido um papel protagonista nos casos de omissão do Legislativo e nesse contexto faz parte da aplicação direta da Constituição Federal a competência de sanar omissões inconstitucionais que ocorrem nos casos em que a ausência de norma regulamentadora impede o exercício de um direito fundamental. Ou para reafirmar decisões tomadas pelo próprio Legislativo ou pelo Executivo como foi o caso da decisão sobre a constitucionalidade das cotas em universidades, que será abordada no próximo tópico.<sup>45</sup>

Um terceiro argumento que pouco se fala é sobre a crise do próprio Parlamento, pois segundo Barroso, a população não se sente mais representada pelos parlamentares eleitos, então não necessariamente o parlamento representa a vontade majoritária da população. E o resultado é que muitas vezes os tribunais acabam representando mais as demandas sociais da população do que as instâncias políticas.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> BARROSO, L. B. **A função representativa e majoritária das cortes constitucionais**, p.p. 99 - 121.

<sup>43</sup> ABBOUD, G. **STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário.**

<sup>44</sup> ABBOUD, G. **STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário.**

<sup>45</sup> BARROSO, L. B. **A função representativa e majoritária das cortes constitucionais**, p.p. 99 - 121.

<sup>46</sup> BARROSO, L. B. **A função representativa e majoritária das cortes constitucionais**, p.p. 99 - 121.

Por vezes o Supremo traz a reforma política que a sociedade tanto clama, mas não é atendida pelo Legislativo, isso porque a Corte é um fórum de princípios e valores constitucionais e não políticos.<sup>47</sup>

Nada obstante, a jurisdição constitucional somente deve ocorrer nos casos em que a afronta à Constituição for evidente e houver violação aos direitos fundamentais ou ao Estado democrático de Direito.<sup>48</sup>

Abboud destaca que:

ser contramajoritário não é ser necessariamente ir sempre contra a vontade da maioria, mas, sim, ter poder para contrariá-la quando for necessário em prol do texto constitucional, para assegurar a preservação dos direitos fundamentais do cidadão e das minorias.<sup>49</sup>

Segundo Santos, ao contrário do que pregam as teorias normativas do constitucionalismo, as decisões contramajoritárias da Corte ocorrem apenas em caráter excepcional, sendo as decisões em sua maioria a favor de interesses de grupos políticos majoritários. Ou seja, a Corte decide mais em favor da maioria do que em favor da minoria marginalizada. No caso do Brasil privilegiam mais pautas institucionais de órgãos governamentais e interesses corporativos dos cidadãos.<sup>50</sup>

A pauta pró -majoritária da corte é o que contribui para sua estabilidade institucional, são por meio dessas decisões que a corte angaria respeito e credibilidade. Nada obstante, decidir em caráter majoritário também não quer dizer desrespeitar os direitos fundamentais e nem julgar conforme a opinião pública. Também porque o STF não faz um filtro de quais pautas irão chegar até ele para julgamento, logo, não decide se será colocada à sua disposição pautas de agendas majoritárias ou minoritárias.<sup>51</sup>

Por outro lado, apesar da função contramajoritária não ser a principal função da jurisdição constitucional, isso não significa que os direitos fundamentais não

<sup>47</sup> BARROSO, L. B. **A função representativa e majoritária das cortes constitucionais**, p.p. 99 - 121.

<sup>48</sup> BARROSO, L. B. **A função representativa e majoritária das cortes constitucionais**, p.p. 99 - 121.

<sup>49</sup> ABBoud, G. **STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário**. p. 6

<sup>50</sup> DE OLIVEIRA SANTOS, P. F. **Jurisdição Pró-Majoritária? A construção do capital político da jurisdição constitucional**.

<sup>51</sup> DE OLIVEIRA SANTOS, P. F. **Jurisdição Pró-Majoritária? A construção do capital político da jurisdição constitucional**.

estão sendo protegidos. Inclusive a Corte pode decidir em favor da maioria e ainda sim garantir a proteção e aplicação dos direitos fundamentais. As funções majoritárias e político-institucionais é que permitem que a Corte se sustente e tenha credibilidade para exercer essa importante função contramajoritária.<sup>52</sup>

Sendo assim,

percebe-se que a atividade judicante ativista, especialmente a desempenhada pela jurisdição constitucional na busca pela efetiva tutela dos direitos fundamentais, está em perfeita simetria com o constitucionalismo e, vai além, vive em harmonia com o princípio democrático.<sup>53</sup>

Ao final, a função majoritária da jurisdição constitucional é que torna possível a proteção aos direitos fundamentais da minoria marginalizada, os quais funcionam como um instrumento que limita o poder da maioria em relação à minoria, garantindo direitos a essa minoria e a proteção de sua dignidade frente à maioria.<sup>54</sup>

#### **4 A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA COMO FORMA DE INCLUSÃO SOCIAL**

Conforme esmiuçado nos tópicos anteriores, o papel do Supremo é extremamente importante para a garantia dos direitos aos indivíduos e em especial aqueles que compõem os grupos minoritários, isso porque nem sempre os direitos fundamentais são respeitados pelo Poder Público<sup>55</sup> e/ou pela maioria, pois parte da população marginalizada por vezes acaba sendo esquecida por boa parte da sociedade e pelo Poder Público.

É nesse momento que a Corte deve assumir um papel de protagonista e garantir a essas minorias seus direitos que estão sendo violados, pois ao adotar essa postura o Judiciário garante condições mínimas de uma vida digna a esses

<sup>52</sup> DE OLIVEIRA SANTOS, P. F. *Jurisdição Pró-Majoritária? A construção do capital político da jurisdição constitucional*.

<sup>53</sup> SOUZA, C. A. *O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais*. Conteúdo Jurídico. Brasília, 2016. p. 8.

<sup>54</sup> ABOUD, G. *STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário*.

<sup>55</sup> SOUZA, C. A. *O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais*. Conteúdo Jurídico. Brasília, 2016.

indivíduos marginalizados promovendo, ainda, a inclusão dessas pessoas na sociedade e uma evolução social necessária.

Nesse sentido, cabe dar um enfoque jurisprudencial à questão trazendo à apreciação um importante julgado do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do sistema de cotas para ingresso em universidade pública.

Ressalta-se que nesse caso o Judiciário agiu apenas para convalidar a posição trazida pelo próprio Executivo.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) foi ajuizada pelo DEM contra a Universidade de Brasília que reservou 20% de suas vagas previstas no vestibular para preenchimento com base em critérios étnico-raciais, sob o argumento de que as cotas promoviam uma ofensa ao princípio da igualdade.<sup>56</sup>

Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade do sistema de cotas ao entender que a medida além de não ofender o princípio da igualdade, prestigia o princípio da igualdade material, uma vez que essa medida atribui vantagens a essa minoria para possibilitar a superação da desigualdade<sup>57</sup>, sendo necessário transpassar o aspecto meramente formal do princípio da isonomia, além de entender que a própria Constituição prevê a justiça compensatória.<sup>58</sup>

Para uma melhor compreensão vejamos a ementa:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material,

<sup>56</sup> Haidar, R. **Supremo decide que cotas raciais são constitucionais**. Revista Consultor Jurídico, 2012.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186**, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-205 DIVULG 17-10-2014 PUBLIC 20-10-2014 RTJ VOL-00230-01 PP-00009.

<sup>58</sup> Haidar, R. **Supremo decide que cotas raciais são constitucionais**. Revista Consultor Jurídico, 2012.

previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.

(ADPF 186, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-10-2014 PUBLIC 20-10-2014 RTJ VOL-00230-01 PP-00009)

Percebe-se, que com essa decisão a Corte permitiu a inclusão social de inúmeros indivíduos marginalizados e oprimidos ao longo da história, possibilitando que apesar de toda a desigualdade social os negros, pobres e periféricos pudessem percorrer novos caminhos e buscar acesso a um ensino de qualidade que pode mudar sua história de vida.

Ao passo que, além de fazer uma reparação histórica à população negra, a Corte assegurou proteção aos direitos fundamentais, em especial o direito à dignidade e o direito à educação que devem ser assegurados a todos os cidadãos sem distinção.

Por tudo isso, é que a atuação do STF desempenha um papel importante na defesa do pluralismo, garantia dos direitos fundamentais, proteção das minorias e controle do Poder Público.<sup>59</sup>

## 5 CONCLUSÃO

O presente artigo permitiu compreender a importância da função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal para a proteção dos direitos fundamentais das minorias. Isso porque, durante a Segunda Guerra Mundial e o domínio dos regimes autoritários nos países ocorreram situações drásticas de graves violações aos direitos fundamentais.

Sendo assim, ao traçar um panorama geral o presente artigo demonstrou que após esse período e durante a instauração do regime democrático nos países houve uma proliferação dos direitos fundamentais que foram normatizados na Constituição alcançando status de direitos constitucionais. Foi quando surgiu inclusive a Declaração Universal de Direitos Humanos que impactou nas Constituições ao redor do mundo.

Houve, então, a promulgação de Constituições em diversos países, as quais garantiram proteção aos direitos mínimos e individuais, além da limitação do poder do Estado para evitar os abusos que haviam sido praticados no cenário anterior. A Constituição ganhou um papel central e conseqüentemente as Cortes também ganharam destaque no novo Estado Democrático de Direito, pois como guardiãs da

---

<sup>59</sup> SOUZA, C. A. O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais. Conteúdo Jurídico. Brasília, 2016.

Constituição passaram a desempenhar um papel importantíssimo na proteção dos direitos fundamentais para que não se transformassem em uma letra morta.

Com a limitação ao Estado e com a ideia de um regime democrático, observou-se também que este modelo não poderia ser entendido como o governo da maioria em detrimento da minoria, uma vez que certos grupos marginalizados foram injustiçados e esquecidos ao longo da história.

Nessa linha, foi possível inferir que a Suprema Corte Brasileira passou a exercer sua função contramajoritária ao passo que nas decisões passaram a proteger os direitos fundamentais das minorias em face das violações praticadas pela maioria.

Destaca-se, no entanto, que não está a se falar de um Judiciário que se sobrepõe aos demais Poderes e atua fora de suas competências. Ao contrário, o Supremo atua nas omissões legislativas inconstitucionais e na ausência de posicionamento do Congresso, pelo simples fato de que as minorias não podem ter sua dignidade e seus direitos violados porque o Legislativo não quer legislar.

Ademais, a Corte assume essa postura apenas em caráter excepcional, agindo por vezes apenas para validar entendimento já adotado pelo Legislativo ou Executivo, como foi o caso da APF 186 analisada acima, a qual consiste em uma decisão belíssima do Supremo instrumentalizando uma reparação histórica a população afrodescendente.

Por tudo isso, é que pode-se depreender que o Supremo Tribunal Federal tem uma posição de destaque no atual modelo neoconstitucionalista e legitimidade, oriunda da evolução ao redor do mundo, para exercer a função contramajoritária que funciona como um mecanismo essencial de proteção e inclusão social das minorias.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, G. **STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário.** Revista dos Tribunais, v. 921, p.191, 2012.

BARROSO, L. B. **A função representativa e majoritária das cortes constitucionais**, p. 99 - 121.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186**, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-10-2014 PUBLIC 20-10-2014 RTJ VOL-00230-01 PP-00009.

DALLAQUA, L. V e VINCI JÚNIOR, W. J. **A função contramajoritária dos direitos fundamentais.** Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-27/mp-debate-funcao-contramajoritaria-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 16 junho.2021.

DE OLIVEIRA SANTOS, P. F. **Jurisdição Pró-Majoritária? A construção do capital político da jurisdição constitucional.** IN Luiz Guilherme e outros (org.), Processo Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 1 - 28.

Haidar, R. **Supremo decide que cotas raciais são constitucionais.** Revista Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-abr-26/supremo-tribunal-federal-decide-cotas-raciais-sao-constitucionais>>. Acesso em: 20 junho.2021.

SOUZA, C. A. **O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais.** Conteúdo Jurídico. Brasília, 2016. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46349/o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal-e-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em 11 junho.2021.

STF exerce papéis contramajoritário e representativo. **Revista Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-fev-13/stf-exerce-papeis-contramajoritario-representativo-afirma-barroso>>. Acesso em: 17 junho.2021.

SOBREIRA, Sabrina Lobo. Aplicabilidade da condução coercitiva no direito brasileiro. **Repositório Institucional da Universidade Federal do Ceará**, 2016. Disponível em: <[http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/25465/1/2016\\_tcc\\_slsoobreira.pdf](http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/25465/1/2016_tcc_slsoobreira.pdf)>. Acesso em:14/04/2021

# A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E OS PAPÉIS CONTRAMAJORITÁRIO, REPRESENTATIVO E ILUMINISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Patrícia Ferreira Lopes Pimentel Telles de Vasconcellos<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise do papel das Cortes Constitucionais nas modernas democracias, com destaque ao Supremo Tribunal Federal. O método de pesquisa utilizado foi qualitativo, de revisão bibliográfica acerca do tema. O marco teórico utilizado são os conceitos de Luís Roberto Barroso acerca dos papéis/funções contramajoritária, representativa e iluminista da Corte Constitucional. Inicialmente, elaborou-se síntese da evolução do papel dos órgãos judicantes, desse o Período Absolutista, até o alcance da independência como Poder Judiciário. Nessa trajetória, abordam-se questões como o papel ocupado pela Constituição, seu conceito e eficácia normativa, a transição de um sistema positivista para o pós-positivismo (pós Segunda Grande Guerra), com a consagração do Judiciário à condição de Poder independente, ao qual se atribuiu a prerrogativa de, por meio de seu órgão de cúpula, declarar a inconstitucionalidade de atos normativos oriundos do Poder Executivo e Legislativo. Refere-se o sistema misto atualmente vigente no Brasil, em que convivem o critério de controle de constitucionalidade abstrato e concreto. Passa-se, a partir daí, ao debate daquelas que Luís Roberto Barroso denomina de funções ou papéis contramajoritário, representativo, e iluminista do Supremo Tribunal Federal. Em relação a cada uma delas são elaborados conceitos e esclarecimentos. Citam-se os casos paradigmáticos em que o Supremo Tribunal Federal atuou no exercício de cada um desses papéis. Abordam-se as críticas tecidas em relação à atuação contramajoritária do STF.

**Palavras-chave:** Jurisdição Constitucional. Função Contramajoritária. Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>1</sup> Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito – EPD. Analista Judiciária no Tribunal Superior do Trabalho. Endereço: SQSW 100 – Bloco G – aptº 107 – Sudoeste – Brasília-DF CEP: 70.670-017 ppimentel78@hotmail.com.

## ABSTRACT

The present article aims to analyse the role Constitutional Courts play in modern democracies, with emphasis to the Brazilian Supreme Court. The research method was qualitative, based on bibliographic review. The theoretical framework are the concepts of the representative, counter-majority, and enlightened roles of the Supreme Court, according to Luís Roberto Barroso. To begin with, the article synthetically narrates the Evolution of the role of all judges, since Absolutism until the present times, of independence of the Judiciary Power. Therefore, aspects such as the meaning of Constitutions, their role and capacity to generate effects, are approached, as well as the transition from a positivist system, to a post-positivist (after the Second Great War), When the Judiciary finally reached a place of complete independence, and in charge of declaring the compatibility of norms with the Constitution. Another aspect approached is the Brazilian system of constitutional review, in which coexist an abstract and a concrete control of norms. From that point on, the article examines what Luís Roberto Barroso refers to as counter-majority, representative and enlightened roles or duties of the Supreme Court. Each one of them is explained and exemplified with the reference to cases judged by the Brazilian Supreme Court.

**Keywords:** Constitutional Jurisdiction. Counter-majority Function. Federal Court of Justice.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho examina os papéis das Cortes Constitucionais nas modernas democracias. Para tanto, aborda a histórica da atuação dos órgãos judicantes, desde o Antigo Regime, até o Neoconstitucionalismo, enfatizando a evolução do que hoje do sistema até os tempos atuais, em que se verifica um Poder Judiciário autônomo, independente, e que atua amparado nas leis abstratas, em especial a Constituição Federal. independente dos demais. Destacam-se os papéis desempenhados atualmente pelas Cortes Constitucionais: o contramajoritário, o representativo, e o iluminista, com a referência, ao final, de um caso exemplificativo de cada uma dessas atuações do STF.

O objetivo do presente trabalho é afirmar a relevância dos papéis contramajoritário, representativo e iluminista desempenhados pelo STF, como meios necessários à concretização, em favor de grupos minoritários (mulheres, afrodescendentes, comunidade LGBTQIA+, categorias profissionais específicas), das garantias constitucionalmente conferidas, com destaque à dignidade da pessoa humana e à igualdade.

## 2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O CAMINHAR DOS ÓRGÃOS JUDICANTES DESDE O ANTIGO REGIME ATÉ O NEOCONSTITUCIONALISMO

A fim de ilustrar a relevância das Cortes Constitucionais modernas, bem como de sua atuação nas atuais democracias, lançando luz sobre os seus papéis contramajoritário, representativo, e iluminista, imprescindível tangenciar o trajeto histórico percorrido desde o Absolutismo. Impõe-se, inevitavelmente, descrever a atuação dos órgãos judicantes desde o Antigo Regime, até a consolidação do Judiciário como Poder independente.

O papel dos Juízes nos regimes absolutistas consistia em assegurar o cumprimento da vontade do soberano: as decisões proferidas refletiam sua visão de mundo, seus desejos e interesses. Se, por um lado, o monarca não detinha poderes para influenciar diretamente as decisões judiciais, por outro, as decisões prolatadas deveriam constituir a materialização em forma de decisão judicial da vontade do monarca. Usava-se como base o Direito Romano, pois havia utilização de fontes do Direito. Mas a vontade do soberano “*era o último ponto de legitimação de qualquer ação dos Juízes*”<sup>2</sup>.

Jean Bodin, relevante autor do Século XVI, citado na obra de Gilmar Ferreira Mendes, esclarece que o poder do monarca absolutista europeu era perpétuo e absoluto. Era perpétuo posto que originário e irrevogável; não derivava de outro poder, ou decorria de delegação. Era absoluto, já que não se submetia a qualquer controle nem contrapeso por parte de outros Poderes<sup>3</sup>.

Releva esclarecer que, nesse período, a função judicante integrava o Poder Executivo, não cabendo falar, obviamente, em separação ou independência entre os Poderes. Todas as soluções às lides postas eram encontradas no texto da lei, entendida como a manifestação do Soberano<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. 4ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 42.

<sup>4</sup> ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. 4ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

O caminhar do Poder Judiciário rumo à independência passa pelo Iluminismo, e pelas críticas que o movimento despertou relativamente ao modelo até então vigente. A partir dele, abandonou-se a visão de que o Soberano se ungia de legitimidade pelo poder Divino, e adotou-se a percepção de existência de um *contrato social fictício*, com a consequente alteração do fundamento jusnaturalista do Poder do Estado<sup>5</sup>.

A nova era, que teve como um dos principais marcos inaugurais a Revolução de 1789, conduziu o cidadão à condição de parceiro do Estado num contrato social fictício, Estado este sobre o qual passaram a ser depositadas obrigações de abstenção, a fim de garantir o bem estar da população pelo respeito à liberdade e à propriedade. O modelo absolutista dá espaço ao *contratualista*, com a observância da soberania do monarca, mas também da soberania popular, e com a substituição da *voluntas principis* pela lei abstrata<sup>6</sup>.

Cabe aqui destacar que a tarefa assumida na Europa pela Revolução Francesa, de superar o Antigo Regime, envolveu alçar o povo a condição distinta de mero autor da Constituição. O povo passava a ser soberano, não se podendo fazer limitar em sua soberania, nem mesmo pela própria Constituição. Trata-se da visão radicalizada do que seja soberania popular, percepção robustecida à época.<sup>7</sup>

Estabelece-se, a partir daí, a primazia do Poder Legislativo, com a visão do Parlamento como sede de defesa dos interesses populares. Pelo Poder Legislativo o povo se faria ouvir, e a soberania popular por meio dele seria exercida. Consagrada estava a visão de que a “*a voz do Legislativo é a expressão da vontade geral, (...)*”<sup>8</sup>.

O efeito observado foi o Parlamento passar a gozar de dupla soberania: perante todas as autoridades do Estado, na condição de representação do povo, e

<sup>5</sup> ABOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. 4ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020

<sup>6</sup> ABOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. 4ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 46.

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 47.

perante os próprios cidadãos, que somente por meio da assembleia e seus deputados poderiam expressar sua vontade<sup>9</sup>.

O Estado que se instalou, caracterizado pela supremacia da Lei e do Parlamento, também era marcado pela deficiência de operatividade jurídica da Constituição<sup>10</sup>. Aos juízes, vistos com particular desconfiança, não cabia censurar os atos do Parlamento soberano. No lapidar ensinamento de Mendes e Branco, “*a prática revolucionária concordava com Montesquieu, que reduzia o poder de julgar à condição de ‘instrumento que pronuncia as palavras da lei’*. Dominava a concepção de que *‘nenhum juiz tem o direito de interpretar a lei segundo sua própria vontade’*”<sup>11</sup>

Observe-se que eram tempos de uma Constituição carente de proteção efetiva, e de valor jurídico esvaziado. Tal fase prolongou-se na Europa Continental. Crises do Estado liberal, queda dos regimes monárquicos na Europa (com a progressiva adoção do Parlamentarismo), e as duas Grandes Guerras são fatos que, somados, geraram consternações e questionamentos sobre as formas de proteção dos indivíduos e de controle do Poder do Estado<sup>12</sup>.

A partir das transformações ocorridas no cenário político-social mundial à época, os debates acerca da eficácia normativa das Constituições ganharam espaço, atenção e dedicação dos estudiosos de diversas áreas do conhecimento como Direito, Filosofia e Sociologia

Vale, aqui, citar as percepções de Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse, cuja menção mostra-se singela e em evidente desproporção com a importância de suas contribuições ao Direito Constitucional. Contudo, a despeito da relevância das contribuições dos juristas, e da vasta produção doutrinária quanto às suas teses, parece que, mesmo *en passant*, seus ensinamentos sobre o conceito e sobre a eficácia normativa da Constituição merecem referência no presente trabalho.

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 48.

<sup>10</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 48.

<sup>11</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 48.

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 49.

Desde que Ferdinand Lassalle, em 1862, afirmou que “*questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas*”, e que a Constituição Jurídica não passa “*de um pedaço de papel*”, muito se debateu e se avançou<sup>13</sup>. A teoria de Lassalle revelou seu mérito ao lançar as bases para a análise da Constituição em sentido material e sociológico, e propôs distinção entre Constituição escrita e Constituição real. Para o autor, a segunda é a soma do que ele nomeia *fatores reais de poder*. E a primeira somente angaria aptidão de regular e motivar a escrita se compatível com a que ele denomina Constituição real. Para o jurista, a legitimidade da Constituição decorre e depende da sua correspondência com os fatores reais e efetivos de e poder<sup>14</sup>.

Anos mais tarde, Konrad Hesse contrapôs-se a Lassalle. Aceitou a ideia da força dos fatores reais de poder. Mas lançou, nos últimos momentos da década de 50, questionamentos sobre os quais se debruçariam estudiosos do Direito por décadas, e que constituem centelhas para o reconhecimento do poder normativo da Constituição, teoria hoje acolhida. Indagou o jurista se existiria, “*ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do direito Constitucional? (...) Não seria esta força uma ficção necessária para o constitucionalista, que tenta criar a suposição de que o Direito domina a vida do Estado, quando, na realidade outras forças mostram-se determinantes?*”. Hesse, ele próprio, respondeu. Afirmou que a Constituição Jurídica decorre da realidade histórica e não pode ser dissociada das circunstâncias de seu tempo, sob pena de ver sua eficácia suprimida, e não se realizar. Mas destacou que a Constituição Jurídica não constitui mera expressão de dada realidade. Porque dotada de normatividade, ela conforma a realidade política e social do seu tempo<sup>15</sup>. E concluiu de forma vanguardista, afirmando que “*a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade da Constituição*”<sup>16</sup>. Definiu que a Constituição Jurídica

<sup>13</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 9.

<sup>14</sup> VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A essencial da Constituição no pensamento de Lassalle e Konrad Hesse. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 35, nº 139. p. 71-81. 1998.

<sup>15</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 24.

<sup>16</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 24.

(escrita) tem, sim, força para condicionar a realidade político-social, e também a realidade político-social faz o mesmo com a Constituição.

Merece destaque o impacto causado pela revelação dos horrores do totalitarismo, após o término da Segunda Guerra Mundial. Disseminou-se de maneira mais efetiva a preocupação pela preservação da dignidade da pessoa humana diante da possibilidade de abuso do poder estatal<sup>17</sup>. As relações sociais foram constitucionalizadas e novas formas de interpretação se impuseram em face do novo Estado de Direito, que combinava Democracia e direitos fundamentais. O significado de Direito se afasta gradualmente da literalidade da lei positivada, e se aproxima de um conjunto de ações transformadoras, com a finalidade de concretizar e garantir direitos fundamentais.

O Parlamento, até então soberano, revelara-se incapaz de conter a escalada de abusos de Estado, e das violações aos direitos humanos. Tal deficiência acarretou a gradativa redução da primazia que o caracterizava até então e o consequente fortalecimento do Poder Judiciário, que passou desempenhar a função nobilíssima de examinar a compatibilidade das leis com a Constituição.<sup>18</sup> A mudança de paradigma deu-se por meio de transformações do próprio Direito, com a incorporação às atribuições dos juízes daquela de invalidação dos atos da Administração sempre que, segundo sua análise, fossem contrários ao Direito (enquanto sistema).<sup>19</sup>

Num primeiro momento, conferiu-se ao Poder Judiciário a possibilidade de efetuar análise apenas formal das normas, e investigar se a sua estrutura e criação estavam conforme o que determinava a Constituição. A partir das Grandes Guerras do Século XX, inaugurou-se nova fase, em que o Poder Judiciário incorporou a possibilidade de realizar controle de constitucionalidade dos atos normativos também quanto ao seu conteúdo (controle material).<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 49

<sup>18</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 49.

<sup>19</sup> ABOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. 4ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

<sup>20</sup> ABOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. 4ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

O sistema hoje vigente no Brasil combina o que José Afonso da Silva denomina de dois *critérios* de controle de constitucionalidade: o controle difuso (exercício do controle de constitucionalidade por todos os componentes do Poder Judiciário) e o concentrado (em que o controle de constitucionalidade é atribuído apenas ao órgão de cúpula do Poder Judiciário)<sup>21</sup>.

Tal processo, por meio do qual mitigou-se a supremacia do Poder Legislativo, e outorgou-se ao Poder Judiciário a prerrogativa de examinar a compatibilidade dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo com a Constituição decorreu, como referido, da alteração da própria percepção sobre a Constituição, que foi posicionada em condição de superioridade relativamente aos poderes por ela constituídos e a ela submetidos<sup>22</sup>.

Uma das consequências do processo antes referido, apontadas por Gilmar Mendes e Paulo Gonet, diz respeito ao tensionamento gerado entre o constitucionalismo e a democracia, observado atualmente. Na brilhante síntese dos juristas, “*é intuitivo que o giro de materialização da Constituição limita o âmbito de deliberação política aberta às maiorias democráticas*”<sup>23</sup>.

Por outro lado, conforme apontado por Georges Abboud, o desenvolvimento do Constitucionalismo alçou-o ao patamar de ferramenta de racionalização e limitação do poder.

Com o breve escorço anterior, buscou-se narrar em poucas palavras o longo e complexo trajeto percorrido pelo Poder Judiciário, desde o Regime Absolutista, quando amparava-se na vontade do monarca, até os dias do Constitucionalismo atual, em que se tornou Poder independente dos demais, e ampara sua atuação exclusivamente na lei abstrata, tendo-se a Constituição. Em particular, buscou-se pavimentar o caminho para a compreensão do papel contramajoritário das Cortes Constitucionais das atuais democracias.

---

<sup>21</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: 15ª Edição. Editora Malheiros. 1993. p. 51.

<sup>22</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 55.

<sup>23</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 55.

### 3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NAS MODERNAS DEMOCRACIAS

Em um Estado Democrático de Direito, podem ser atribuídas à jurisdição constitucional as funções a seguir sintetizadas: a) limitação do Poder Público pelo controle dos atos praticados pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo; b) correção de equívocos e omissões do Poder Legislativo, papel adquirido em face do incremento da das “decisões manipulativas ou aditivas”; c) quanto às minorias, garantia de existência e proteção dos direitos fundamentais previstos pela CF/88 e tratados internacionais de que o Brasil seja signatário; d) garantia, “em termos dogmáticos”, de coerência e preservação da própria autonomia do Direito, mais precisamente, da própria Constituição Federal, “*pela jurisprudência advinda da jurisdição constitucional, desde que consistentemente fundamentada*”.<sup>24</sup>

Na divisão proposta por Luís Roberto Barroso, são três as funções ou papéis desempenhados pelas Cortes Constitucionais. Nelas estão englobadas as antes informadas, descritas por Georges Abboud, senão vejamos

O primeiro dos papéis propostos por Luís Roberto Barroso é o *contramajoritário*, um dos mais analisados pelo estudo da teoria constitucional no mundo. Vale esclarecer que parte da doutrina refere-se aos três papéis a seguir debatidos com sendo atuação contramajoritária, sem a distinção proposta por Luís Roberto Barroso.

É no exercício dessa função que a Corte Constitucional invalida leis ou atos normativos emanados do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, quando considerados incompatíveis com a Constituição Federal<sup>25</sup>.

A despeito das críticas, o exercício dessa função atualmente tornou-se quase universalmente aceito<sup>26</sup>. Sua relevância ampara-se em no binômio: (i) proteção dos

<sup>24</sup> ABBOUD, Georges. STF vs Vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se for contramajoritária. Revista dos Tribunais. vol. 921, p. 191, 2012.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Práxis [online]. 2018, v. 9, n. 4, p. 2171-2228 Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>>. Acessado: 19 de Junho de 2021.

direitos fundamentais, chamados por Luís Roberto Barroso de “*mínimo ético e reserva de justiça de uma comunidade política*” de serem “*atropelados por deliberação política majoritária*”; e (ii) defesa das regras do jogo democrático, contra a manifesta vontade das maiorias<sup>27</sup>.

A busca é proteger o próprio processo democrático de deturpações, e impedir que as minorias sofram opressão das maiorias, ou mesmo tenham suprimidas suas vontades.<sup>28</sup> O exercício do papel contramajoritário busca proteger minorias (étnicas, religiosas, sexuais, etárias, de categorias de trabalhadores e quaisquer outras) que podem não estar representadas na composição do Poder Legislativo, e, assim, terem a defesa de seus direitos fragilizada, hipótese indesejável, “*sobretudo, do ponto de vista da formulação de políticas públicas que minimizem injustiças e opressões historicamente constituídas*”<sup>29</sup>.

Trata-se de papel que conecta intimamente a jurisdição constitucional com os direitos fundamentais posto que, por meio dele, a Corte Constitucional assegura ao cidadão o respeito a esses direitos, seja em face do Poder Público, seja em face de particulares, mesmo quando a possível agressão emanar da maioria da sociedade. Por meio dessa função a Corte Constitucional assegura, em última instância, a força normativa da Constituição e a observância do princípio da dignidade da pessoa humana em relação a todos os cidadãos. A própria existência da jurisdição constitucional se justifica pelo desempenho de tal função<sup>30</sup>.

Observa-se que o próprio conceito de Constituição, nas palavras de Peter Häberle, citadas por Georges Abboud, impõe tal atuação. Segundo o constitucionalista

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto, e OSÓRIO, Aline. Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte no Brasil. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2018.

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto, e OSÓRIO, Aline. Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte no Brasil. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2018.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto, e OSÓRIO, Aline. Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte no Brasil. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2018.

<sup>29</sup> LOUREIRO, João Vitor Rodrigues. O Supremo Tribunal Federal e a ADI 4277: entre o contramajoritário e o ativismo judicial. Revista Jurídica da Presidência. Brasília. v. 6. n. 108. p. 221-244. 2014.

<sup>30</sup> ABOUD, Georges. STF vs Vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se for contramajoritária. Revista dos Tribunais. vol. 921, p. 191, 2012

“(…) a Constituição significa a ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade. A Constituição não é apenas Constituição ‘do Estado’, ela possui um conceito mais amplo que compreende as estruturas fundamentais da sociedade. A Constituição num estado Democrático não estrutura apenas o Estado em sentido estrito, mas também o espaço público e o privado, constituindo, assim, a sociedade. Daí que contra ela não pode ser oposta nem mesmo a vontade da maioria.”<sup>31</sup>

No exercício da função contramajoritária tem-se juízes de cortes superiores, que não receberam um único voto popular para o exercício de suas atividades, podem sobrepor a sua exegese constitucional àquela dos agentes políticos investidos de mandato representativo e, por essa razão, legitimidade democrática<sup>32</sup>.

Ao aparente paradoxo consistente no fato de que juízes destituídos de legitimidade democrática detêm a última palavra na interpretação constitucional, e, portanto, o poder de invalidar decisões do legislador eleito pelo voto popular, dá-se o nome de *dificuldade contramajoritária*. Na jurisdição constitucional, esses juízes muitas vezes invocam normas constitucionais de caráter aberto, dando a elas interpretação divergente daquela acolhida pela maioria da sociedade, ou pelo próprio legislador que a representa. Os críticos do sistema acusam-no de possibilitar o exercício pelo Judiciário de um “*poder constituinte permanente*”<sup>33</sup>.

Tal crítica pode ser inicialmente afastada com o argumento de que a jurisdição constitucional prestada pelo STF não encerra o saudável diálogo democrático ente as instituições. Isso porque, mesmo em face da “última palavra” da Corte Constitucional quanto à (in)constitucionalidade de uma norma, ou mesmo sobre as delimitações, significados, sentido e alcance da própria Constituição, preserva-se a possibilidade de nova atuação legislativa<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> ABOUD, Georges. STF vs Vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se for contramajoritária. Revista dos Tribunais. vol. 921, p. 191, 2012

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto, e OSÓRIO, Aline. Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte no Brasil. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2018.

<sup>33</sup> HUBNER, Gabriel Ortiz. Neoconstitucionalismo: Democracia contemporânea x dificuldade contramajoritária. Anais do XV Seminário Nacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. Santa Cruz do Sul. Vol. V, n. 1. 2017.

<sup>34</sup> KÖHLER, Marco Vicente Dotto. Legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário e Conflito intergeracional. Revista do CEJUR TJ/SC: Prestação Jurisdicional. Vol. V, nº 1. 2017.

Merece destaque, ainda, a parcimônia com que o Supremo Tribunal Federal exerce sua função contramajoritária no Brasil.

Dados dão conta de que um percentual aparentemente elevado de Ações Diretas de Inconstitucionalidade é julgado procedente pelo STF todos os anos. Uma primeira leitura pode parecer fragilizar a afirmativa anterior, e provar o excesso do STF em sua atuação contramajoritária.

Não se pode, contudo, observar isoladamente o número de ADI's julgadas procedentes anualmente e, com base apenas nesse número, concluir que o STF incorra em excessos ao exercer seu papel contramajoritário. Impõe-se avaliar conjuntamente o número de atos normativos editados, bem como a razão que levou à declaração de inconstitucionalidade das normas.

E tal análise conduz à confirmação da conclusão anterior, de que são proporcionalmente muito raras as atuações da Corte Constitucional para invalidar atos normativos do Executivo e do Legislativo. Veja-se.

Conforme dados do Anuário da Justiça Brasil 2018, no ano de 2017 oito a cada dez leis submetidas à análise do STF foram, no todo ou em parte julgadas inconstitucionais. A mesma fonte deu conta de que, entre 2010 e 2017, foram julgadas 395 Ações Diretas de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, das quais 294 foram julgadas total ou parcialmente procedentes<sup>35</sup>.

Cabe esclarecer que em 2017, por exemplo, quando foram julgadas 56 (cinquenta e seis) Ações Diretas de Inconstitucionalidade, em apenas 25 (vinte e cinco) dessas ações examinou-se o conteúdo da norma inquinada inconstitucional. Nos demais casos o exame limitou-se a acolher a alegação de vícios formais da norma<sup>36</sup>.

Ainda, destaque-se o volume da produção normativa desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até 2019, quando a Carta Magna completou seu 31º

---

<sup>35</sup> MATSUURA, Lilian. Oito em cada dez leis foram julgadas inconstitucionais pelo STF em 2018. Disponível em: [ConJur - Oito em cada dez leis foram julgadas inconstitucionais pelo STF](#). Acesso em 13/6/2021.

<sup>36</sup> MATSUURA, Lilian. Oito em cada dez leis foram julgadas inconstitucionais pelo STF em 2018. Disponível em: [ConJur - Oito em cada dez leis foram julgadas inconstitucionais pelo STF](#). Acesso em 13/6/2021.

aniversário. Apenas para ilustrar a sua abundância, no período foram editadas 6.124 Leis Ordinárias Federais, 13.247 Decretos Federais, e 141.130 Normas Complementares Federais<sup>37</sup>. No mesmo período foram editadas 1.722.736 normas gerais estaduais, nelas compreendidas Leis Ordinárias, Decretos, e Normas Complementares<sup>38</sup>.

Vale destacar que, à luz do art. 102<sup>39</sup>, da Constituição Federal, todos os atos normativos antes referidos, além de outros, devem ter sua constitucionalidade examinada originariamente pelo STF.

Inafastável a conclusão de que, diante de tão abundante produção legislativa, a atuação do Supremo Tribunal Federal no sentido de invalidar normas exaradas pelo Poder Legislativo, ou Executivo, Federal ou Estadual, mostrou-se parcimoniosa e moderada. Em evidente esforço de autocontenção, a Suprema Corte atuou de forma a respeitar o rol de atribuições de cada um dos Poderes, não lhe sendo dada, todavia, a opção da omissão quando, em sendo provocada, vê-se diante de norma que, formal ou materialmente, não se adequava ao preceituado pela Constituição Federal.

Vale, ainda, destacar que a Constituição de 1988 (art. 103<sup>40</sup>), ao expandir consideravelmente o rol de legitimados à propositura de ações para controle abstrato

---

<sup>37</sup> AMARAL, Gilberto Luiz, et al. A quantidade de normas editadas no Brasil: 31 anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: QUANTIDADE DE NORMAS (migalhas.com.br). Acesso em: 13/6/2021.

<sup>38</sup> AMARAL, Gilberto Luiz, et al. A quantidade de normas editadas no Brasil: 31 anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: QUANTIDADE DE NORMAS (migalhas.com.br). Acesso em: 13/6/2021.

<sup>39</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

(...)

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

(...). In BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: Constituicao-Compilado (planalto.gov.br). Acesso em: 15/6/2021.

<sup>40</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

de constitucionalidade das normas (Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade), confirmou o sistema misto de controle de constitucionalidade das normas, em que convivem as possibilidades de controle incidental e concentrado, mas conferiu protagonismo ao controle abstrato. O constituinte de 1987, assim procedendo, reduziu o significado do controle de constitucionalidade difuso, pois permitiu que praticamente qualquer controvérsia relevante de cunho constitucional seja submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de constitucionalidade as normas. Como consequência tem-se o incremento do protagonismo da Corte Constitucional<sup>41</sup>.

O próximo papel das Cortes Constitucionais modernas, conforme divisão didática de Luís Roberto Barros, é o *representativo*.

Há uma série de razões capazes de explicar aquilo a que se pode chamar “crises nos parlamentos”, que se disseminam pelo globo. Podem ser citadas (i) imperfeições do sistema eleitoral e partidário; (ii) a atuação das minorias partidárias na obstrução do processamento da vontade das maiorias (*veto players*); (iii) a “captura” dos legisladores eleitos pelo povo por “interesses especiais”, diversos daqueles dos seus eleitores<sup>42</sup>.

---

III- a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV- a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

§ 4º (Revogado). In BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 103 (senado.leg.br). Acesso em 12/6/2021.

<sup>41</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 1311.

<sup>42</sup> BARROSO, Luís Roberto, e OSÓRIO, Aline. Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte no Brasil. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2018.

Como consequência, ou sintoma, de tais crises, tem-se o alargamento do vão entre a sociedade e o Parlamento, que passa a, nem sempre, expressar o sentimento da maioria que elegeu seus integrantes. Nessas situações de distanciamento entre o Parlamento e a sociedade, por mais paradoxal que pareça, o Poder Judiciário, por meio de sua Corte Constitucional, finda por ser “*mais representativa dos anseios e demandas da sociedade que as instâncias políticas tradicionais*”<sup>43</sup>.

Na medida em que são escolhidos e nomeados em razão de sua qualificação, gozam de vitaliciedade, e são obrigados a fundamentar suas decisões, os integrantes da Suprema Corte são menos suscetíveis às influências de circunstâncias de curto prazo da política eleitoral<sup>44</sup>.

No exercício da função representativa, portanto, a Corte Constitucional profere julgados que (i) atendem demandas em relação às quais a sociedade sentiu-se desatendida pelo Poder Legislativo; (ii) integram a ordem jurídica quando verificada omissão inconstitucional do legislador<sup>45</sup>.

Por fim, as Cortes Constitucionais nas modernas democracias desempenham o papel *iluminista*.

Iluminismo é o termo pelo qual se designa o movimento filosófico que, ao longo do Século XVIII, revolucionou o mundo das ideias, posicionando a *razão* no centro do sistema de pensamento, de onde se retiraram a fé e os dogmas da teologia cristã. O movimento Iluminista é historicamente associado à “*razão humanista, a direitos inalienáveis da condição humana, à tolerância e ao conhecimento científico, à separação entre estado e Religião e ao avanço da história rumo à emancipação intelectual, social e moral das pessoas*”<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto, e OSÓRIO, Aline. Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte no Brasil. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2018.

<sup>44</sup> BARROSO, Luís Roberto, e OSÓRIO, Aline. Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte no Brasil. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2018.

<sup>45</sup> BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Práxis [online]. 2018, v. 9, n. 4. p. 2171-2228. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>>. Acessado em 19/6/2021.

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto, e OSÓRIO, Aline. Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte no Brasil. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2018.

O emprego do termo *função* ou *papel iluminista*, justifica-se dessa forma. No ensinamento de Luís Roberto Barroso, cuida-se de papel a ser exercido com grande autocontenção e parcimônia, e que equivale a promover, “*em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história na direção do progresso social da liberação de mulheres e homens*”. Para o constitucionalista, não equivale à atuação contramajoritário, pois não implica a invalidação de norma específica. Tampouco cuida-se de atuação representativa, pois a Corte Constitucional nem sempre decide conforme o sentimento da maioria da sociedade<sup>47</sup>.

Esse atuar nasce da necessidade de proteção de direitos fundamentais, superação de discriminação e preconceitos. Surge da vontade de assegurar a cada cidadão o direito a “*viver de acordo com seu próprio conceito de vida boa, sem prejudicar os demais*”. Constitui papel progressista, que garante a antecipação de “*conquistas e ideias ‘cujo tempo ainda está por vir’, mas que se revelam dignas de tutela, porquanto corretas, justas e legítimas*”. É o papel que se extrai das atuações da Corte Constitucional que assegurem direitos iguais às mulheres, homossexuais, ou minorias religiosas, por exemplo<sup>48</sup>.

## **4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS PAPÉIS CONTRAMAJORITÁRIO, REPRESENTATIVO E ILUMINISTA: CASOS CONCRETOS**

A seguir, serão referidos casos concretos, de relevância, em que o Supremo Tribunal Federal exerceu o papel contramajoritário, representativo, e iluminista.

### **4.1 Papel contramajoritário**

No papel contramajoritário, é de se citar o decidido nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 130, proposta em fevereiro de

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis* [online]. 2018, v. 9, n. 4, p. 2171-2228. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>>. Acessado: 19 de Junho de 2021.

<sup>48</sup> BARROSO, Luís Roberto, e OSÓRIO, Aline. Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte no Brasil. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2018.

2008 pelo Partido Democrático Trabalhista, e que tramitou sob a relatoria do Ministro Carlos Britto.

A ação buscava a declaração, com eficácia geral e efeito vinculante, de que a Lei nº 5.250/67<sup>49</sup>, em sua integralidade, não fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Subsidiariamente, buscou-se a declaração de que alguns dispositivos da lei não foram recepcionados pela CF/88 ou, ainda, que tais dispositivos legais sofressem interpretação conforme a Constituição.<sup>50</sup>

Os dispositivos inquinados incompatíveis com a Constituição Federal eram, em geral, normas que abririam caminho à censura prévia da atuação da imprensa, limitadoras que eram, segundo o Arguente, da liberdade de manifestação de pensamento, e da expressão jornalística, nos moldes compatíveis com a ordem Constitucional inaugurada em 1988<sup>51</sup>.

Colocou-se, para exame do STF, o conflito que o Autor da ação entendeu verificado entre as limitações à atuação da imprensa previstas pela autorreferida Lei de Imprensa, “*e o regime constitucional da liberdade de imprensa como reforço das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão em sentido genérico*”<sup>52</sup>.

Em seu voto, o Min. Carlos Britto destaca que a Constituição, em seu artigo 220, “*radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição*”<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> BRASIL. Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa). Disponível em: L5250 (planalto.gov.br). Acesso em: 20/6/2021.

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Disponível em: ADPF 130 (stf.jus.br). Acesso em: 20/6/2021.

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Disponível em: ADPF 130 (stf.jus.br). Acesso em: 20/6/2021.

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Disponível em: ADPF 130 (stf.jus.br). Acesso em: 20/6/2021.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Disponível em: ADPF 130 (stf.jus.br). Acesso em: 20/6/2021.

Em passagem de oportuna reprodução, o Ministro Ayres Britto reafirmou a conexão entre imprensa e democracia, destacando que o comando contido no art. 220 da CF/88 viabiliza a concretização de um pluralismo que, segundo esclarece, fundamenta as sociedades autenticamente democráticas<sup>54</sup>.

Em acórdão publicado em novembro de 2011, o Plenário do Tribunal decidiu, por maioria, julgar a ADPF procedente, para efeito de declarar a não recepção da integralidade da norma (Lei 5.250/67) pela Constituição de 1988<sup>55</sup>.

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a Lei nº 5.250/67, ato emanado pelo Poder Legislativo com observância de todos os ritos e formalidades previstos pelo Processo Legislativo, era incompatível com a ordem constitucional inaugurada em 1988, asseguradora que é da plena liberdade de imprensa. Ou seja, contra a vontade da maioria da sociedade representada, ao menos em tese, pelos legisladores eleitos pelo voto direto, a Corte Constitucional invalidou uma lei que entendeu incompatível com a Constituição Federal.

## 4.2 Papel representativo

O desempenho do papel representativo da Corte Constitucional Brasileira pode ser exemplificado com a sua atuação nos autos do Mandado de Injunção nº 712-9<sup>56</sup>, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP. O órgão de classe buscou, por meio da medida, dar efetividade ao artigo 37, VII<sup>57</sup>, da Constituição da República, alegando que a mora legislativa em regulamentar o direito de greve do servidor público constitui óbice ao exercício do direito pela categoria.

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Disponível em: ADPF 130 (stf.jus.br). Acesso em: 20/6/2021.

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Disponível em: ADPF 130 (stf.jus.br). Acesso em: 20/6/2021.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712-9/PA. Disponível em: MI 712 (stf.jus.br). Acesso em: 20/6/2021.

<sup>57</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

(...)”, in BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: Constituicao-Compilado (planalto.gov.br) Acesso em: 20/6/2021.

Nos autos do processo, relatado pelo Min. Eros Grau, a entidade sindical impetrante buscou o reconhecimento da omissão do Poder Legislativo, e a consequente edição (pelo Poder Judiciário) de norma que regulamentasse o direito de greve no âmbito do serviço público ou, subsidiariamente, a autorização para que se utilizasse a Lei Federal nº 7.783/89 (Lei de Greve)<sup>58</sup>, regente da greve no setor privado, como regulamento da greve do âmbito público.

Por acórdão publicado em 25/10/2007, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que, diante da lacuna legislativa que inviabilizava o regular exercício do direito de greve dos servidores públicos, assegurado pelo art. 37, VII, da Constituição Federal, os preceitos da Lei nº 7.783/89 deveriam ser utilizados como regulamentação à greve dos servidores públicos. Alterando seu entendimento anterior quanto à própria substância do Mandado de Injunção, e, afastando o argumento de ofensa à harmonia e separação entre os Poderes, o STF decidiu que incumbe ao Poder Judiciário produzir norma que torne viável o exercício de greve pelos servidores públicos. Consignou a prevalência do interesse social<sup>59</sup>.

À evidência, caracterizado restou o exercício do papel representativo do STF. Em face da demanda da sociedade, e à míngua de atuação do Poder Legislativo que atendesse aos anseios da população, a Corte Constitucional editou norma que supriu a omissão do legislador capaz de inviabilizar o exercício de um direito constitucionalmente assegurado.

### 4.3 Papel iluminista

Uma das mais célebres atuações do Supremo Tribunal Federal deu-se no exercício do seu papel iluminista, e ocorreu quando a Corte reconheceu as uniões

---

<sup>58</sup> BRASIL. Lei nº 7.783/89 (Lei de Greve). Disponível em: L7783 (planalto.gov.br). Acesso em: 20/6/2021.

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712-9/PA. Disponível em: MI 712 (stf.jus.br). Acesso em: 20/6/2021

entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, e estendeu-lhes a aplicação do tratamento jurídico aplicável às uniões estáveis heteroafetivas<sup>60</sup>.

A História deste julgamento inicia-se em 22/7/2009, com a propositura pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132.

Na ação, arguiu-se que a “interpretação reducionista” com que são tratados os seguimentos sociais dos homoafetivos acarreta ininterrupta violação de garantias constitucionalmente asseguradas à igualdade, à segurança jurídica, à liberdade, e à dignidade da pessoa humana<sup>61</sup>.

Como pretensão principal postulou-se a aplicação do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas. De forma subsidiária, pugnou-se o recebimento da ADPF como Ação Direta de Inconstitucionalidade, e a interpretação “conforme a Constituição” dos incisos II e V do art. 19, e do art. 33 do Decreto-lei nº 220/75<sup>62</sup> (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro) e do art. 1.723 do Código Civil, interpretação essa que resulte na não-proibição do regime jurídico da união estável entre heteroafetivos às uniões de traço homoafetivo.<sup>63</sup>

Em momento subsequente, foi proposta pela Procuradoria-Geral da República a ADI 4277, buscando a declaração, pelo STF:

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto, e OSÓRIO, Aline. Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte no Brasil. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2018.

<sup>61</sup> BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: ADI 4277 (stf.jus.br). Acesso em 21/6/2021.

<sup>62</sup> “Art. 19 - Conceder-se-á licença: (...) II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo; V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular; (...)

Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo: I - salário-família; II - auxílio-doença; III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar; IV - financiamento imobiliário; V - auxílio-moradia; VI - auxílio para a educação dos dependentes; VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico; VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento; IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional; X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões. Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas”. In Decreto-Lei nº 220/75 (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro). Disponível em: Decreto Lei 220-1975\_estatuto funcionarios publicos (faetec.rj.gov.br). Acesso em: 21/6/2021.

<sup>63</sup> BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: ADI 4277 (stf.jus.br). Acesso em 21/6/2021.

“a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.”

A ADPF 132 foi recebida como ação direta de inconstitucionalidade, sendo-lhe apreciado o pedido subsidiário de interpretação do art. 1.723 do Código Civil conforme a Constituição. Ainda, reconhecendo-se a identidade entre este pedido e aquele deduzido na ADI 4.277, as duas ações foram julgadas pelo STF na mesma assentada

Por acórdão publicado em 14/10/2011, sob a relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, decidiu à unanimidade pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e da APDF 132, recebida como ADI, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, “*de modo a que seja o art. 1.723 do Código Civil vigente (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) interpretado conforme a Constituição, para determinar sua aplicabilidade não apenas à união estável estabelecida entre homem e mulher, como também à união estável constituída entre indivíduos do mesmo sexo*”<sup>64</sup>.

Vale destacar que, nesta atuação, o STF julgou em desacordo com a vontade da maioria da população Brasileira. Pesquisa do IBOPE publicada à época do julgamento (julho de 2011) revelava que 55% (cinquenta e cinco por cento) da população brasileira se opunham à tese encampada pela Corte Constitucional, e entendiam que os direitos reconhecidos às uniões heteroafetivas não se deveria estender às uniões homoafetivas.

Em 2018, o acórdão histórico proferido pelo Pleno do STF nos autos da ADPF 132, e da ADI 4277, foi reconhecido como patrimônio documental da humanidade pelo Comitê Nacional do Brasil do Programa Memória do Mundo da UNESCO.

---

<sup>64</sup> BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: ADI 4277 (stf.jus.br). Acesso em 21/6/2021.

## 5 CONCLUSÃO

Conforme se depreende da leitura do presente artigo, as Cortes Constitucionais nas modernas democracias exercem relevantes papéis a fim de concretizar as garantias fundamentais insculpidas na Constituição.

No que se refere ao cenário brasileiro, e conforme se depreende deste artigo, a jurisdição constitucional é prestada num ambiente de absoluta proeminência da Constituição Federal em relação aos demais elementos integrantes do ordenamento jurídico, e busca de concretizar a Carta Magna, no exercício dos seus papéis contramajoritário, representativo e iluminista.

Tais funções, descritas no artigo conforme definições adotadas por Luís Roberto Barroso, revelam-se essenciais a que a Constituição se realize, o que somente se dá com a garantia às minorias, ainda que em face da oposição da maioria da população, de observância de seus direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **STF vs Vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se for contramajoritária**. Revista dos Tribunais. V, 921, p. 191, 2012.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

AMARAL, Gilberto Luiz, et al. **A quantidade de normas editadas no Brasil: 31 anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: QUANTIDADE DE NORMAS (migalhas.com.br). Acesso em: 13/6/2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Direito e Práxis [online]. 2018, v. 9, n. 4. p. 2171-2228 Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>>. Acessado: 19 de Junho de 2021.

BARROSO, Luís Roberto, e OSÓRIO, Aline. **Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte no Brasil**. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [Constituicao-Compilado \(planalto.gov.br\)](http://Constituicao-Compilado(planalto.gov.br)). Acesso em: 15/6/2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 220/75 (Estatuto dos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro). Disponível em: [Decreto Lei 220-1975\\_estatuto funcionarios publicos \(faetec.rj.gov.br\)](http://Decreto Lei 220-1975_estatuto funcionarios publicos(faetec.rj.gov.br)) Acesso em: 21/6/2021.

BRASIL. Lei nº 5250/67 (Lei de Imprensa). Disponível em: [L5250 \(planalto.gov.br\)](http://L5250(planalto.gov.br)). Acesso em 20/6/2021.

BRASIL. Lei nº 7.783/89 (Lei de Greve). Disponível em: [L7783 \(planalto.gov.br\)](http://L7783(planalto.gov.br)). Acesso em: 20/6/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Disponível em: [ADI 4277 \(stf.jus.br\)](http://ADI 4277(stf.jus.br)). Acesso em: 21/6/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712-9/PA. Disponível em: [MI 712 \(stf.jus.br\)](http://MI 712(stf.jus.br)). Acesso em: 20/6/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Disponível em: [ADPF 130 \(stf.jus.br\)](http://ADPF 130(stf.jus.br)). Acesso em: 20/6/2021.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HUBNER, Gabriel Ortiz. **Neoconstitucionalismo: Democracia contemporânea x dificuldade contrajoritária**. Anais do XV Seminário Nacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. Santa Cruz do Sul. Vol. V, n. 1. 2017.

KÖHLER, Marco Vicente Dotto. **Legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário e Conflito intergeracional**. Revista do CEJUR TJ/SC: Prestação Jurisdicional. Vol. V, nº 1. 2017.

LOUREIRO, João Vitor Rodrigues. **O Supremo Tribunal Federal e a ADI 4277: entre o contramajoritário e o ativismo judicial**. Revista Jurídica da Presidência. Brasília. v. 6. n. 108. p. 221-244. 2014.

MATSUURA, Lilian. **Oito em cada dez leis foram julgadas inconstitucionais pelo STF em 2018**. Disponível em: [ConJur - Oito em cada dez leis foram julgadas inconstitucionais pelo STF](http://ConJur - Oito em cada dez leis foram julgadas inconstitucionais pelo STF). Acesso em 13/6/2021.

MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros. 15ª Ed. 1993.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. **A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e Konrad Hesse**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: v. 35, n. 139. p. 71-81. 1998.

# A FUNÇÃO PROGRESSISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTEXTO CONSERVADOR BRASILEIRO

Thiago Caixeta de Queiroz Miranda<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo busca analisar a importância das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de garantir a aplicação dos direitos fundamentais, uma vez que o panorama político, em especial de integrantes do Congresso Nacional, possui uma parte considerável de parlamentares que trazem para o debate político demandas moralistas, atuando também no sentido de impedir que movimentos que divergem dos valores conservadores sejam aprovados nas votações das Casas. Dessa forma, este trabalho busca ressaltar a importância da atuação do Supremo Tribunal Federal, que tem decidido com enfoque não somente no direito positivado, mas utilizando de aspectos que ultrapassam o estrito texto legal, assegurando, com isso, o progresso social, possibilitando direitos que não estariam garantidos pelo Congresso Nacional, como a possibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias, a possibilidade de união homoafetiva ou o aborto de fetos diagnosticados com anencefalia.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal; Hermenêutica Jurídica; Direitos Fundamentais.

## ABSTRACT

This article seeks to analyze the importance of the decisions handed down by the Supreme Court in order to guarantee the application of fundamental rights, since the political panorama, especially of members of the National Congress, has a considerable part of parliamentarians who bring to the debate political moralist demands, also acting to prevent movements that diverge from conservative values from being approved in the Houses' votes. Thus, this work seeks to highlight the importance of the role of the Supreme Court, which has decided not only focusing on positive law, but using aspects that go beyond the strict legal text, thus ensuring social progress, enabling rights that would not be guaranteed by the National

---

<sup>1</sup> Aluno do curso de pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário de Brasília – CEUB/ICPD.

Congress, such as the possibility of research with embryonic stem cells, the possibility of same-sex union or the abortion of fetuses diagnosed with anencephaly.

**Keywords:** Supreme Court; Legal Hermeneutics; Fundamental rights.

## 1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal cresceu em visibilidade como um espaço de emergência de novas interpretações para os direitos fundamentais, realizando um agir positivo para que minorias tenham seus direitos garantidos, diante da dificuldade encontrada em um contexto político moralmente conservador que, em grande medida, além de não buscar promover medidas para resolver as necessidades da menor parcela da sociedade, age para impedir quaisquer propostas que contrariem as crenças próprias.

Dessa forma, o Congresso Nacional, tradicionalmente conservador, tende a focar o debate político no que é aceito pela maioria da sociedade brasileira, majoritariamente religiosa e costumeiramente inflexível quanto a possibilidade de que outrem realize atos que não se coadunam com suas crenças pessoais. Assim, por exemplo, a possibilidade de realização da união homoafetiva costumava ser um debate sumariamente descartado no Poder Legislativo, posto que contrariava preceitos da maioria da sociedade brasileira e, por efeito reflexo, não era aceito no meio político.

Com isso, diante da possibilidade assegurada pela Constituição Federal de que a partir das características históricas, políticas, ideológicas do momento, se busque o melhor sentido da norma jurídica, o Supremo Tribunal Federal tem se utilizando de aspectos que ultrapassam o estrito texto legal, impedindo que a lei fique estagnada no tempo, uma vez a evolução histórica da sociedade é contínua, em que o progresso social leva à ruptura de padrões sociais tradicionais e, diante da inércia dos outros Poderes na busca do acolhimento das demandas de parcela da sociedade, as decisões do Supremo Tribunal Federal se mostram fundamentais.

## 2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO CORTE INTERPRETATIVA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO LEI PROGRESSISTA

Divididas as funções da soberania nacional entre três Poderes distintos, Legislativo, Executivo e Judiciário, tem-se que este último deve decidir atuando não somente com o direito positivado ou por critérios particulares, mas utilizando de aspectos que ultrapassam o estrito texto legal. Assim, cumpre conceituar a função fundamental que o Supremo Tribunal Federal possui, posto que este é o maior responsável pela interpretação da Constituição Federal, com a atribuição de garantir o sentido da Lei Maior nas aplicações de seus preceitos aos casos concretos, realizando isso partindo dos enunciados ali constantes e, com esses, criando as normas correspondentes.

Humberto Ávila esclarece a diferença entre texto e norma, uma vez que esta é abrangente, resultante da interpretação do texto normativo, sendo a norma produto de um dado período histórico e que, em razão disso, ocasionalmente surgem novas normas jurídicas<sup>2</sup>. Consoante a esse entendimento, Gilmar Mendes declarou: “[...] não é possível compreender o o enunciado ao art. 5º, X, da Constituição Federal sem levar em conta o estágio de desenvolvimento tecnológico que deve ser levado em conta para a compreensão do conteúdo normativo da proteção constitucional do direito à privacidade”<sup>3</sup>.

Com isso, Alexandre de Moraes afirma que, a partir das características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, sem que se deixe de assegurar a força normativa da constituição e, dentre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais, tudo isso com a garantia dos princípios constitucionais, que deverão ser interpretados tanto explicitamente quanto implicitamente<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 13.ed, São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>4</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 51.

Deve-se ressaltar, todavia, que a função de interpretar é sensível e exige absoluto comedimento e observância aos parâmetros que o texto estabelece. Ao discorrer sobre esse ponto, Bonavides destaca a necessidade de se manter a separação de Poderes, explicitando o risco de sua prática indiscriminada, exemplificando que essa tem sido uma problemática na Alemanha, em que o julgador se utiliza da interpretação para dar à lei significados que lhe alteram o sentido<sup>5</sup>.

Para evitar esse problema, alguns preceitos devem ser seguidos, como o princípio da proteção ao núcleo essencial do direito fundamental, que se consiste em um âmbito normativo que não pode ser violado, o que impede que um direito fundamental seja afetado em sua essência de modo a esvaziar a sua efetividade, sendo esse um mandamento que estabelece ao julgador um limite para a limitação dos direitos fundamentais.

Além disso, fundamental se fazem instrumentos como a hermenêutica jurídica, que estabelece métodos para a compreensão dos textos legais, buscando assegurar a objetividade da interpretação e a necessidade de valorização do sentido do texto, de modo a que a interpretação a ser feita seja compatibilizada com a lei e não destoada, uma vez que a Constituição Federal designou ao Supremo Tribunal Federal a função precípua de resguardar os preceitos normativos constantes em seu bojo.

Seguindo a hermenêutica jurídica contemporânea, tem-se que esta abre caminho para a intersubjetividade que, de acordo com Franca D'Agostini, destaca o conceito de participação, no qual a razão é fundamental, baseada na racionalidade do ser em sociedade e não a sua autoconsciência. Assim, o sentido não seria extraído da consciência apartada do mundo, mas de um mundo repleto de significados compartilhados<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional *Apud* SICCA, Gerson dos Santos. **A interpretação conforme a Constituição-verfassungskonforme Auslegung-no direito brasileiro**. A Constituição no mundo globalizado. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

<sup>6</sup> D'AGOSTINI, Franca. Analíticos e Continentais. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 146. *Apud* STRECK, Lenio Luiz; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto – A hermenêutica jurídica?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-29/isto-hermeneutica-juridica> acesso em 2 de junho de 2021.

Dessa forma, Alexandre de Moraes destaca o entendimento de Vicente Raó, que declarou sobre a hermenêutica jurídica:

“a hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam”<sup>7</sup>

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já ressaltou em diversas oportunidades a necessidade da finalidade teológica na extração dos sentidos das normas quanto à interpretação das cláusulas pétreas, como Gilmar Mendes declarou em voto, ao afirmar que:

“(…) Os casos de intervenção prefigurados nessa enumeração se enunciam por declarações de princípios, comportando o que possa comportar cada um desses princípios como dados doutrinários, que são conhecidos na exposição do direito público. E por isso mesmo ficou reservado o seu exame, do ponto de vista do conteúdo e da extensão e da sua correlação com outras disposições constitucionais, ao controle judicial a cargo do Supremo Tribunal Federal. Quero dizer com estas palavras que a enumeração é limitativa como enumeração.

(…) A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados”<sup>8</sup>

Desse voto, por exemplo, tem-se que as cláusulas não devem ser interpretadas de forma restritiva e, no que se refere à interpretação da Constituição Federal, o

<sup>7</sup> RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 542. v. 2. *Apud* MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 49.

<sup>8</sup> JURISPRUDÊNCIA, Supremo Tribunal Federal. (ADPF 33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29 10-2003, DJ de 6-8-2004). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348434> acesso em 5 de junho de 2021.

conteúdo real das cláusulas pétreas será alcançado mediante um esforço hermenêutico que não é limitado a uma mera literalidade do texto, posto que a natureza hermenêutica finalista ou teleológica pode revelar os princípios constitucionais que, ainda que não abarcados textualmente no rol das cláusulas pétreas, são vinculadas com os princípios por elas tutelados, tendo como consequência a garantia de imutabilidade dos princípios constitucionais<sup>9</sup>.

Com isso, tem-se que a Constituição Federal não somente aceita, mas exige uma interpretação extensiva do texto, com bases políticas, sociais e ideológicas para que se entregue à sociedade o melhor entendimento que o momento requer. Dessa forma, a evolução histórica da sociedade é contínua, em que o progresso social leva à ruptura de padrões sociais tradicionais, que por sua vez promoveriam valores como liberdade e igualdade.

Quanto a isso, é possível extrair até mesmo a partir do preâmbulo da Constituição Federal as bases progressistas que essa contém, conforme se denota:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”<sup>10</sup>

Assim sendo, em análise ao preâmbulo da Constituição Federal, observa-se alguns preceitos como, por exemplo, a exigência de que se assegure os direitos individuais, de liberdade, bem-estar, igualdade, em sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos são valores fundamentais que não se coadunam com princípios conservadores, mas com as ideias iluministas, regidas pela razão em se garantir não somente o respeito a maioria das pessoas, mas todas essas, incluindo as suas especificidades e aspectos individuais.

<sup>9</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 196.

<sup>10</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 05 de junho de 2021.

Nesse sentido, Dworkin, por exemplo, é um autor do campo progressista que marca por sua posição ao liberalismo político, segundo a qual os direitos são conquistas contra a maioria, em que a igualdade é enaltecida e fundamenta procedimentos e decisões que se justificam moralmente, na medida em que distribuem poder e reconhecem minorias vulneráveis<sup>11</sup>. Com isso, Dworkin compreende que uma democracia constitucional pode e deve contar com a atuação do Judiciário para a resolução de questões difíceis e para a proteção de minorias sistematicamente excluídas, em que a concepção de direitos assegura que o constitucionalismo e de democracia não são antagônicos, mas complementares<sup>12</sup>.

Na proteção às minorias, o princípio da dignidade humana, acolhido pela Constituição Federal afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual, trazendo a autodeterminação da pessoa, em que essa é a responsável da própria vida<sup>13</sup>. Ainda, como desdobramento desse, tem-se o princípio da igualdade que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que remove obstáculos que inviabilizam a busca da felicidade.

Diante da realidade brasileira, de conhecidas miséria e exclusão, são fundamentais as intervenções, não somente legislativas, mas também judiciais, para que se garanta o respeito à diversidade. Portanto, vislumbrada a possibilidade de que o Legislativo edite preceitos normativos que disponham sobre as necessidades da sociedade em determinado momento, também se espera que as concepções do Judiciário extraiam o melhor remédio para a proteção efetiva das minorias, posto que, além de frequentemente não terem suas demandas atendidas por meio do Legislativo, não raro ocorre o contrário: com considerável base conservadora, este Poder, por vezes, atua no sentido de impedir qualquer tentativa de resguardo das minorias.

---

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982. Apud CASTRO, Jorge Abrahão de; RIBEIRO, José Aparecido Carlos. **As políticas sociais e a Constituição de 1988: conquistas e desafios**. 2009.

<sup>12</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982. Apud CASTRO, Jorge Abrahão de; RIBEIRO, José Aparecido Carlos. **As políticas sociais e a Constituição de 1988: conquistas e desafios**. 2009.

<sup>13</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 54.

Quanto a isso, em análise ao Congresso Nacional, se destaca a atuação da “bancada evangélica”, que surgiu já durante a eleição da Assembleia Constituinte, no final de 1986, e que “já com uma característica bem marcada e que permanece até hoje: não é política nem ideologicamente homogênea, mas é, de forma geral, conservadora. Esse ativismo conservador evangélico traz para a luta política demandas moralistas”<sup>14</sup>.

Em estudo sobre o assunto, o artigo “Fim da direita envergonhada?” afirma se tratar de uma composição cuja participação de deputados e senadores que se enquadram no aspecto conservador é uma das maiores já registradas na história do país<sup>15</sup>. Com isso, pautas consideradas “sensíveis” ao imaginário popular, como a discussão da legalização de drogas, o aborto e os direitos homoafetivos tendem a encontrar dificuldades em garantir aprovações que sejam favoráveis a essas minorias.

Ao tratar desses aspectos, o estudo afirma que:

[...] determinadas políticas públicas propostas pelos governos Lula e Rousseff produziram franca antipatia em alguns grupos sociais, de modo que a emergência de líderes menos afeitos às ideias progressistas e que advogassem, mediante algum grau de idealização, a representação do eleitorado antipetista tornou-se um fruto quase previsível [...]

[...] Defensores de valores cristãos, da preservação do *status quo* nas zonas rurais e do incremento da repressão à criminalidade passaram a ocupar mais assentos no parlamento brasileiro (a chamada “bancada BBB” – Bíblia, Boi e Bala), ao passo que bancadas simpáticas às pautas “progressistas” sofreram sensível redução. Analisando tal cenário, o presidente do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (Diap) chegou a afiançar, um dia após a eleição de outubro de 2014, que “o novo Congresso é o mais conservador desde 1964[...]”<sup>16</sup>

<sup>14</sup> PRANDI, Reginaldo; SANTOS, Renan William dos. **Quem tem medo da bancada evangélica? Posições sobre moralidade e política no eleitorado brasileiro, no Congresso Nacional e na Frente Parlamentar Evangélica.** Tempo Social, v. 29, n. 2, p. 187-214, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/GGc54bzbNRHfcQGMnnQmfmX/?lang=pt> acesso em 9 de junho de 2021.

<sup>15</sup> QUADROS, Marcos Paulo dos Reis; MADEIRA, Rafael Machado. **Fim da direita envergonhada? Atuação da bancada evangélica e da bancada da bala e os caminhos da representação do conservadorismo no Brasil.** Opinião Pública, v. 24, n. 3, p. 486-522, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/fb7t4KkpVsJfvHwgLnF3wxS/?lang=pt&format=pdf> acesso em 9 de junho de 2021.

<sup>16</sup> QUADROS, Marcos Paulo dos Reis; MADEIRA, Rafael Machado. **Fim da direita envergonhada? Atuação da bancada evangélica e da bancada da bala e os caminhos da representação do**

Com isso, grupos como a chamada “bancada evangélica”, estão em progressiva expansão no cenário político brasileiro e, com especial enfoque, sobre o Congresso Nacional, em que “dados indicam que, após três décadas de ‘direita envergonhada’, lideranças encontraram na agenda moral o veículo a partir do qual tentam mobilizar a identidade de direita, instrumentalizando-a politicamente”<sup>17</sup>.

É importante destacar que, além de possuir a função de criar leis, também existe um agir enfático no sentido de impedir que movimentos que divergem dos valores conservadores sejam aprovados nas votações das Casas. Isso pode ser observado a partir de pesquisa empírica divulgada em estudo sobre a atuação política de parlamentares que foram eleitos por convicções religiosas, em contraste ao que ocorreu com as bancadas ditas progressistas, que sofreram considerável redução, assim procedem ao tratar de temas sociais:

“[...] em ambas, colhemos opiniões a respeito de temas como pena de morte, pobreza, maioria penal. [...] a atuação desses parlamentares tende a ser eminentemente reacionária. Ou seja, é muito mais provável que eles atuem para se opor à criminalização da homofobia do que para propor a criminalização da homossexualidade, por exemplo. Seja na sociedade, seja no parlamento, a religião, evangélica ou não, quando procura se impor, age como um freio ao avanço da modernidade [...]”<sup>18</sup>

Assim, dentro de uma estrutura entre o discurso e o agir, tem-se que o discurso não revela apenas um caráter abstrato, mas também material, sendo capaz de fundamentar o agir baseado nas próprias convicções do sujeito, que traduz do discurso a uma prática. Com isso, em razão do esforço depreendido para isolar e descartar as tentativas que não se coadunam com os preceitos morais religiosos pertencentes aos parlamentares dos referidos grupos, impõe-se o dilema a respeito do acolhimento das demandas das minorias.

---

**conservadorismo no Brasil.** Opinião Pública, v. 24, n. 3, p. 486-522, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/fb7t4KkpVsJfvHwgLnF3wxS/?lang=pt&format=pdf> acesso em 9 de junho de 2021.

<sup>17</sup> QUADROS, Marcos Paulo dos Reis; MADEIRA, Rafael Machado. **Fim da direita envergonhada? Atuação da bancada evangélica e da bancada da bala e os caminhos da representação do conservadorismo no Brasil.** Opinião Pública, v. 24, n. 3, p. 486-522, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/fb7t4KkpVsJfvHwgLnF3wxS/?lang=pt&format=pdf> acesso em 9 de junho de 2021.

<sup>18</sup> PRANDI, Reginaldo; SANTOS, Renan William dos. **Quem tem medo da bancada evangélica? Posições sobre moralidade e política no eleitorado brasileiro, no Congresso Nacional e na Frente Parlamentar Evangélica.** Tempo Social, v. 29, n. 2, p. 187-214, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/GGc54bzbNRHfcQGMnnQmfmX/?lang=pt> acesso em 9 de junho de 2021.

É desse embate, portanto, que emana a necessidade de que se tenha resguardada a ação com um agir positivo por parte do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, se não houver uma atuação externa ao Poder Legislativo, cuja composição impede o andamento das pautas progressistas, haverá o desamparo das minorias em detrimento da maioria. Dessa forma, se discutirá a seguir os julgados do Supremo Tribunal Federal que trouxeram uma visão iluminista à sociedade brasileira.

### 3 CASOS DE INTERPRETAÇÕES PROGRESSISTAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diante da possibilidade assegurada pela Constituição Federal de que o Supremo Tribunal Federal possa resguardar a interpretação da Constituição Federal, com a atribuição dos sentidos aos enunciados, conforme já analisado, é possível inferir que compete a essa Corte trazer a atualização dos preceitos constitucionais para que sejam adequados ao momento atual da sociedade. Isso ocorre porque os valores da sociedade mudam e, citando Celso Lafer, uma decisão proferida em um momento “privilegia um enfoque, entre muitos enfoques possíveis, que passa a ser o uso competentemente consagrado de uma escolha socialmente prevalecente”<sup>19</sup>.

Dessa forma, o principal intuito do presente estudo é demonstrar como essa função do Supremo Tribunal Federal é fundamental para que se assegure maior justiça social, em que não somente a maior parcela da população tenha as suas demandas atendidas, mas também aqueles que possuem baixa representatividade política ou os que anseiam por direitos que dependem do agir político que, dependentes da opinião popular, não querem arriscar a sua aprovação política ao apoiarem pautas consideradas impopulares.

Nesse aspecto, a estagnação política em relação ao anseio da sociedade é comum, em que um dos casos mais paradigmáticos do constitucionalismo contemporâneo envolveu justamente a necessidade de intervenção do Poder Judiciário na garantia de direitos fundamentais, conhecido como “*Brown v. Board of*

---

<sup>19</sup> MARTINS, Eliezer Pereira. **Texto normativo e norma jurídica: aproximações e distanciamentos.** *Apud* Trecho de voto da lavra do ex- Ministro Eros Grau - Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Volume 216, p.22.

*Education*”, no qual a Suprema Corte norte-americana reconheceu a inconstitucionalidade da imposição de escolas separadas para brancos e negros<sup>20</sup>.

Nesse caso, a Suprema Corte foi instada a se insurgir contra uma lei de um estado americano que discriminava pessoas de negras, tratando-se de uma legislação segregacionista amplamente defendida naquele país, em que o cenário político, majoritariamente branco e defensor dos ideais segregacionistas, nada fazia para impedir as práticas preconceituosas realizadas pelo próprio Poder Público, sendo fundamental a intervenção do Poder Judiciário para que, então, fosse garantido o direito de pessoas negras frequentarem escolas que anteriormente eram exclusivamente para pessoas brancas<sup>21</sup>.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem realizado ações semelhantes, ao não permitir que o texto constitucional fique estagnado, datado somente à época em que foi concebido, mas sendo interpretado e atendendo aos anseios da atualidade. Com isso, são diversos os julgamentos realizados pela Suprema Corte que direcionaram a sociedade brasileira para um sentido mais progressista, que não exclui, mas inclui e traz a igualdade jurídica, conforme se verá a seguir.

Como um julgado emblemático, inicialmente pode-se citar o reconhecimento da união homoafetiva. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a demanda através de três ações distintas que se reuniram no mesmo julgamento: uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIN 4277), uma ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 132) e a (ADPF 178) proposta pela Procuradoria Geral da República<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Brown v. Board of Education *apud* BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 461**. Autor: Procuradoria Geral da República. Relator: min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 16 jun. 2017. Lex: jurisprudência STF. Disponível em: [http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/texto\\_312038140.pdf](http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/texto_312038140.pdf). Acesso em 10 de junho de 2021.

<sup>21</sup> FIGUEIRA, Hector Luiz Martins. O caso *Brown versus Board of Education* e a segregação racial nas escolas norte americanas em paralelo com o racismo brasileiro. **Direito em movimento**, v. 18, n. 1, p. 159-174, 2020. Disponível em: <http://emerj.com.br/ojs/seer/index.php/direitoemmovimento/article/view/208> acesso em 10 de junho de 2021.

<sup>22</sup> NIGRO, Rachel. **A decisão do STF sobre a união homoafetiva: uma versão pragmática da linguagem constitucional**. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 41, 2014. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/158/143> acesso em 14 de junho de 2021.

Essa controvérsia se dava em relação ao que a Constituição Federal prevê, em seu artigo 226, § 3º “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Quanto a leitura desse dispositivo constitucional, não restava dúvidas de que se referia às pessoas do sexo oposto, não abrangendo pessoas do mesmo sexo. Com efeito, aqueles que se opunham à possibilidade da união homoafetiva afirmavam que o assunto dependia de intervenção legislativa, atribuição do Congresso Nacional, e que o Supremo Tribunal Federal não poderia “criar” ou “inovar” no texto constitucional.

Sendo assim, se considerassem apenas a lei e que essa se restringisse ao seu tempo, não haveria o que se discutir quanto ao significado do que a Constituição Federal determina. Entretanto, a profundidade da questão exigia ponderação a respeito dos valores aceitos naquele determinado momento, sendo, para além disso, um julgamento que envolvia considerações morais relativas à democracia.

Por isso, fundamental se mostrou a intervenção do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, conforme constatado, não fosse a atuação da Suprema Corte, a possibilidade de união homoafetiva seria indefinidamente sabotada e impedida pela esfera política. Com isso, o sentido do julgamento foi de, nas palavras do ministro Luiz Fux: “daremos a esse segmento de nobres brasileiros, mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade”<sup>23</sup>. Em seguida, o ministro Marco Aurélio declarou em seu voto:

“[...] Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal. Essa é a leitura normativa que faço da Carta e dos valores por ela consagrados [...]”<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277LF.pdf> acesso em 14 de junho de 2021.

<sup>24</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf> acesso em 14 de junho de 2021.

Ainda, o ministro Ayres Britto destacou que o sentido de “família” contido na Constituição Federal não possuiria nenhum significado ortodoxo, asseverando:

“E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser”.<sup>25</sup>

Portanto, como resultado, os ministros reconheceram, por unanimidade, a união estável para casais do mesmo sexo, equiparando as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres e, com isso, o direito básico dos casais do mesmo sexo poderem constituir uma família.

Deve-se ressaltar que, por outro lado, o tema sempre enfrentou forte resistência no Congresso Nacional, sendo uma das maiores críticas à união homoafetiva a tradicional bancada conservadora, grupo esse que reúne parlamentares representantes de valores considerados “tradicionais” ou religiosos, que concentravam esforços para impedir quaisquer tentativas no sentido de aprovar essas medidas. Com isso, por exemplo, liderando um grupo de senadores que se reuniu para barrar proposta da possibilidade de união homoafetiva no plenário do Senado, o então senador Magno Malta declarou que: “a matéria será jogada no lixo, que é o lugar dela”. Ainda, projetos de lei como o chamado “Estatuto da Família” buscaram definir como entidade familiar apenas o “núcleo formado a entre a união de um homem e uma mulher”, excluindo-se as demais formas<sup>26</sup>.

Outra decisão de fundamental importância proferida pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu em razão da possibilidade da prática do aborto de fetos diagnosticados com anencefalia. A aprovação da possibilidade de aborto por

<sup>25</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf> acesso em 16 de junho de 2021.

<sup>26</sup> Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005> acesso em 14 de junho de 2021.

grávidas de fetos anencéfalos era considerada uma pauta travada no Congresso Nacional, uma vez que lidava com grande rejeição, em especial daqueles que acreditam ser a vida intocável e que, guiados por concepções morais religiosas, entendem ser inadmissível a aceitação da realização do aborto de feto anencéfalo, mesmo em se tratando de feto sem cérebro, que não sobreviveria assim que se realizasse o parto.

Nesse caso, a controvérsia foi mais acentuada, não tendo o julgamento resultado em placar unânime, em que os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso discordaram da possibilidade do aborto de fetos anencéfalos. Apesar de ter votado de forma favorável, o ministro Gilmar Mendes entendeu que o julgamento pela referida possibilidade seria uma ofensa à parcela da sociedade que defende a vida e dignidade desses fetos<sup>27</sup>.

Além disso, entidades conservadoras como a CNBB, a Católica pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e a Associação pelo Desenvolvimento da Família, solicitaram o ingresso na ação sob forma de *amicus curiae*, tendo sido ouvidas em razão de audiências públicas, que mostraram, em síntese, que o Estado não poderia interferir na gravidez, ainda que de um feto com anencefalia, devendo se restringir a assistências psicológicas e sociais, para que pudesse “viver por quanto tempo de vida lhe for concedido”, demonstrando-se uma forte identidade que demandava adesão exclusiva aos seus preceitos religiosos e uma noção de ética em que um código opõe a totalidade da vida<sup>28</sup>.

Com isso, o principal argumento religioso contra a ação que tramitava no Supremo Tribunal Federal era o de que autorizar o aborto de fetos anencefálicos seria uma ação de eugenia realizada por parte do Estado brasileiro. Embora, por outro lado, a racionalidade médica era favorável à ação, conforme elencado por Débora Diniz: “lidava-se com uma má-formação incompatível com a vida; o laudo

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54: Inteiro Teor. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. acesso em 16 de junho de 2021.

<sup>28</sup> LUNA, Naara. **O julgamento no Supremo do aborto de anencéfalo–ADPF 54: uma etnografia da religião no espaço público**. Horizontes Antropológicos, n. 52, p. 165-197, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ha/a/cNwxcqStLQjrS9xqxmBrxK/?format=pdf&lang=pt> acesso em 16 de junho de 2021.

diagnóstico era feito por imagem e não havia dissenso na literatura médica sobre o caráter irreversível da anencefalia.”<sup>29</sup>

Semelhante ao caso de aborto de fetos com anencefalia, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão a respeito das pesquisas com células-tronco embrionárias, situação em que a lei previa que os embriões usados nas pesquisas deviam ser inviáveis ou estivessem congelados há três anos e provenientes de processos de fertilização *in vitro*. A Procuradoria-Geral da República questionou a constitucionalidade do dispositivo legal, levantando o debate acerca do início da vida humana em face da dignidade humana.

Nesse sentido, o então ministro Menezes Direito votou contrariamente à possibilidade de células-tronco embrionárias, afirmando que os embriões congelados seriam embriões com vida, de forma que sua destruição para a extração de células-tronco violaria o direito à vida. Com essa linha argumentativa, interessados na ação como as entidades conservadoras e religiosas, como a Confederação dos Bispos do Brasil e o Movimento em Prol da Vida argumentaram que abrir essa porta para a pesquisa seria transformar seres humanos em cobaias<sup>30</sup>.

Por outro lado, seis ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana. Com efeito, nesse caso prevaleceu o entendimento científico em detrimento de concepções morais privadas, consoante o que foi argumentado pela ministra Carmem Lúcia, que assegurou que pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, sendo o oposto: dignificam a vida humana, uma vez que o seu resultado é usado em tratamentos voltados à saúde<sup>31</sup>.

Dessa forma, julgamentos como a possibilidade de união homoafetiva, aborto de fetos diagnosticados com anencefalia ou a possibilidade de pesquisas com

<sup>29</sup> DINIZ, Debora. **A arquitetura de uma ação em três atos-anencefalia no STF**. University of Brasília Law Journal (Direito. UnB), v. 1, n. 2, p. 693, 2016.

<sup>30</sup> FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Dignidade à Luz do STF; Constituição e Debate Sobre Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias**. A Modernização do Direito Civil, p. 127.

<sup>31</sup> FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Dignidade à Luz do STF; Constituição e Debate Sobre Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias**. A Modernização do Direito Civil, p. 127.

células-tronco embrionárias são exemplos de como as decisões do Supremo Tribunal Federal possuem fundamental importância, dispensando o enfrentamento que a matéria teria frente ao parlamento que, conforme visto, não se dispõe a assegurar as medidas necessárias que uma parcela da sociedade precisa, sendo, portanto, fundamental a atuação do Supremo Tribunal Federal em assegurar esses direitos.

## 4 CONCLUSÃO

Com a análise do debate proposto, tornou-se possível verificar que a omissão do Poder Legislativo em pautar debates que encontram resistência em parcela da sociedade e em criar leis impopulares é um problema que pode ser atenuado ainda dentro dos parâmetros da Constituição Federal. Isso porque a Magna Carta tem caráter progressista e acolhedor, admitindo-se que o maior responsável pela interpretação da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, faça a adequação social do texto legal, levando-se em consideração o avanço da sociedade e suas necessidades em determinado momento histórico.

Dessa forma, o sentido da Constituição Federal não se perde no tempo ou fica estagnado, mas também evolui, indo além da mera literalidade do texto, a partir do uso, por exemplo, da natureza hermenêutica finalista ou teleológica que tem o poder de revelar os princípios constitucionais que extrapolam um rol constitucional. Desse modo, a Constituição Federal impede que os detentores do Poder Legiferante imponham a sua visão de mundo ou impeçam o progresso social, ressaltando-se que não há o que se falar em desvio de finalidade do texto legal, mas sim uma verdadeira extensão dos preceitos legais, cujo responsável por essa função é o Supremo Tribunal Federal.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13.ed, São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** *Apud* SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme a Constituição–verfassungskonforme Auslegung–no direito brasileiro. A Constituição no mundo globalizado. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**: Inteiro Teor. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>.

*Brown v. Board of Education apud* BRASIL, **Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 461**. Autor: Procuradoria Geral da República. Relator: min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 16 jun. 2017. Lex: jurisprudência STF. Disponível em:  
[http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/texto\\_312038140.pdf](http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/texto_312038140.pdf).

DINIZ, Debora. **A arquitetura de uma ação em três atos-anencefalia no STF**. University of Brasília Law Journal (Direito. UnB), v. 1, n. 2, p. 693, 2016. Disponível em:  
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982. Apud CASTRO, Jorge Abrahão de; RIBEIRO, José Aparecido Carlos. **As políticas sociais e a Constituição de 1988: conquistas e desafios**. 2009.

D'AGOSTINI, Franca. Analíticos e Continentais. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 146. Apud STRECK, Lenio Luiz; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto – A hermenêutica jurídica?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-29/isto-hermeneutica-juridica>

FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Dignidade à Luz do STF; Constituição e Debate Sobre Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias**. A Modernização do Direito Civil.

FIGUEIRA, Hector Luiz Martins. **O caso *Brown versus Board of Education* e a segregação racial nas escolas norte americanas em paralelo com o racismo brasileiro**. Direito em movimento, v. 18, n. 1, p. 159-174, 2020. Disponível em:  
<http://emerj.com.br/ojs/seer/index.php/direitoemmovimento/article/view/208>

JURISPRUDÊNCIA, Supremo Tribunal Federal. (ADPF 33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29 10-2003, DJ de 6-8-2004). Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348434>

LUNA, Naara. **O julgamento no Supremo do aborto de anencéfalo—ADPF 54: uma etnografia da religião no espaço público.** Horizontes Antropológicos, n. 52, p. 165-197, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ha/a/cNwxcqStLQjrS9xqqxMbrxK/?format=pdf&lang=pt>

MARTINS, Eliezer Pereira. **Texto normativo e norma jurídica: aproximações e distanciamentos.** Apud Trecho de voto da lavra do ex- Ministro Eros Grau - Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Volume 216.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017,

NIGRO, Rachel. **A decisão do STF sobre a união homoafetiva: uma versão pragmática da linguagem constitucional.** Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 41, 2014. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/158/143>

PRANDI, Reginaldo; SANTOS, Renan William dos. **Quem tem medo da bancada evangélica? Posições sobre moralidade e política no eleitorado brasileiro, no Congresso Nacional e na Frente Parlamentar Evangélica.** Tempo Social, v. 29, n. 2, p. 187-214, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/GGc54bzbNRHfcQGMnnQmfmx/?lang=pt>

QUADROS, Marcos Paulo dos Reis; MADEIRA, Rafael Machado. **Fim da direita envergonhada? Atuação da bancada evangélica e da bancada da bala e os caminhos da representação do conservadorismo no Brasil.** Opinião Pública, v. 24, n. 3, p. 486-522, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/fb7t4KkpVsJfvHwgLnf3wxS/?lang=pt&format=pdf>

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 542. v. 2. Apud MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2018.

# REFLEXÕES ACERCA DA ADI 5766: UMA ANÁLISE DA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

Yasmin Inês Coelho de Carvalho<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo possui como objetivo investigar a possibilidade da mitigação da garantia constitucional do acesso à justiça direcionadas ao reclamante hipossuficiente. Nesse contexto, a problemática a ser embatida consiste na análise dos dispositivos impugnados na ADI 5766 e de como estes artigos afetam o beneficiário da justiça gratuita. Para tanto, por intermédio do método indutivo, técnica bibliográfica e pesquisa qualitativa de entendimentos doutrinários, pretende-se desconstruir o entendimento de que o acesso à justiça pode ser mitigado com o objetivo de prevenir demandas temerárias na Justiça do Trabalho, pois impacta o hipossuficiente de forma mais gravosa em relação aquele que pode custear as verbas relacionadas a honorários periciais, honorários de sucumbência e custas processuais.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito do Trabalho. Justiça Gratuita. Acesso à Justiça. Reforma Trabalhista.

## ABSTRACT

This article aims to investigate the possibility of mitigating the constitutional guarantee of access to justice directed at the low-sufficient claimant. In this context, the issue to be tackled is the analysis of the contested provisions in ADI 5766 and how these articles affect the beneficiary of free justice. Therefore, through the inductive method, bibliographic technique and qualitative research of doctrinal understandings, it is intended to deconstruct the understanding that access to justice can be mitigated in order to prevent reckless demands in the Labor Court, because impacts the under-sufficient more severely in relation to those who can cover the sums related to expert fees, loss of suit fees and procedural costs.

**Keywords:** Constitutional Law. Labor Law. Free Justice. Access to justice. Labor Reform.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela UDF. Advogada, OAB-DF nº 67.644. Aluna do Curso de Pós-Graduação em Direito e Prática Processual nos Tribunais, *latu sensu*, do Centro Universitário de Brasília – CEUB/ICPD. Endereço eletrônico: yasmincoelho99@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista alterou mais de 100 dispositivos legais da CLT, trazendo diversas novidades na seara trabalhista, prometendo ser uma atualização que garantiria novos contornos as relações nesse ramo.

Algumas disposições contidas nessa atualização estão sofrendo Controle de Constitucionalidade, sendo que neste artigo discute-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5766, proposta pelo Procurador-Geral da República à época, o Sr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, que possui como objetivo a discussão da alteração de dispositivos que flexibilizam o alcance do benefício da justiça gratuita, quais sejam: (a) da expressão “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, do *caput*, e do §4º do art. 790-B da CLT; (b) da expressão “desde que não tenha obtido em juízo ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”, do §4º do art. 791-A da CLT; (c) da expressão “ainda que beneficiária da justiça”, do §2º do art. 844 da CLT.

O presente trabalho tem por intuito a discussão acerca dos dispositivos impugnados pela ADI supracitada, pois verifica-se uma flexibilização de um direito fundamental, qual seja, o acesso à justiça. Portanto, discute-se as motivações do legislador a instituir tais alterações e se as mesmas seriam válidas e aptas a justificar a mitigação de um direito garantido constitucionalmente, além disso pretende-se discutir a importância social da gratuidade de justiça e o que ela pode representar aos demandantes na Justiça do Trabalho.

Verifica-se que tal ADI ainda está em andamento, porém já contando com manifestações da: Câmara dos Deputados, Senado Federal e Advocacia-Geral da União, bem como os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin. Atualmente o julgamento encontra-se suspenso pelo pedido de vista do Ministro Luiz Fux.

Para alcançar esses objetivos, foi utilizado o intermédio do método indutivo, técnica bibliográfica e pesquisa qualitativa de entendimentos doutrinários, com o principal fim de constatar a validade da mitigação de um direito fundamental para atingir os propósitos firmados pelo legislador.

O presente artigo foi então estruturado nas seguintes seções: primeiro, dedica-se a fornecer um panorama da ADI em questão de forma sintética, trazendo os principais pontos das manifestações até agora proferidas, bem como os votos já expostos.

A segunda seção, dedica-se ao estudo do acesso à justiça desde o seu conceito até o seu *status* de direito e garantia fundamental, tendo em vista a sua regulação por meio de dispositivo constitucional e tratados internacionais, ainda abordando as barreiras ao efetivo acesso a tal direito, como também uma análise acerca da justiça gratuita, em que se analisa o seu conceito, sua importância social e como a legislação brasileira evoluiu neste sentido.

Na última seção dedica-se as reflexões acerca da ADI, de sua constitucionalidade e de como os dispositivos apontados refletem ao reclamante hipossuficiente na Justiça do Trabalho e a relação entre os objetivos do legislador com as alterações estudadas, bem como o direito fundamental do acesso à justiça.

## 2 UM BREVE RESUMO ACERCA DA ADI Nº 5766

A ADI 5766 foi proposta pelo Procurador-Geral da República à época, o Sr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, sendo que em sua peça inicial foi postulada a declaração da inconstitucionalidade das seguintes normas: (a) da expressão “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, previsto no *caput*, e no §4º do art. 790-B da CLT; (b) da expressão “desde que não tenha obtido em juízo ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”, prevista no §4º do art. 791-A da CLT; (c) da expressão “ainda que beneficiária da justiça”, prevista no §2º do art. 844 da CLT.<sup>2</sup>

O autor impugnou a inconstitucionalidade material dos dispositivos “por impor restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovem insuficiência de recursos, na Justiça do Trabalho”<sup>3</sup>, o que constituiria

<sup>2</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5766 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. Processo instaurado em: 25/08/17. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 05 de jun. 2021.

<sup>3</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5766 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. Processo instaurado em: 25/08/17. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>>. Acesso em: 05 de jun. 2021

violação aos arts. 1º, incisos III e IV; 3º, incisos I e III; 5º, *caput*, incisos XXXV e LXXXIV e §2º, e 7º a 9º da CF/88.

Afirma ainda que o legislador incorreu em inconstitucionalidade ao alterar os arts. 790-B, *caput* e §4º, e 791-A, §4º da CLT, para autorizar o uso de créditos trabalhistas auferidos pelo beneficiário da justiça gratuita em qualquer processo, com o fito de pagar honorários periciais e honorários de sucumbência.

Assevera que a Justiça Comum não traz a previsão supracitada, ao contrário, menciona de forma expressa que a justiça gratuita abrange as custas, despesas processuais e honorários sucumbenciais, tendo em vista que as disposições da Lei 1.060/50 relativas ao benefício da justiça gratuita ainda estão vigentes, ainda que o CPC/15 tenha revogado em parte os dispositivos da referida lei.

A mesma inconstitucionalidade ocorreu com a inserção do §2º do art. 844 da CLT, com a previsão de condenação ao pagamento de custas processuais pelo beneficiário da justiça gratuita, caso não compareça a audiência inaugural sem apresentar motivo “legalmente justificável”, ainda devendo ser destacado o §3º do mesmo artigo que condiciona o ajuizamento de nova ação ao pagamento das custas devidas no processo anterior.

Aduz que tais normas têm um “propósito desregulamentador e declarado objetivo de reduzir o número de demandas perante a Justiça do Trabalho”<sup>4</sup> e que a ocorreu um avanço sobre as garantias fundamentais, com a violação de direito fundamental dos trabalhadores com carência de recurso a gratuidade de justiça.<sup>5</sup>

O autor aponta que ao imputar o pagamento de custas e despesas processuais de sucumbência com créditos de natureza alimentar, quais sejam, aqueles auferidos no processo, sem condicioná-los a perda da condição de insuficiência econômica, o legislador vai a “contramão dos movimentos democráticos que consolidaram essas

<sup>4</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5766 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. Processo instaurado em: 25/08/17. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>>. Acesso em: 05 de jun. 2021.

<sup>5</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5766 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. Processo instaurado em: 25/08/17. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>>. Acesso em: 05 de jun. 2021.

garantias de amplo e igualitário acesso à justiça”<sup>6</sup> e que inviabilizariam o trabalhador hipossuficiente a assumir os riscos naturais de uma ação trabalhista.

Declara violação aos princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, *caput*), da ampla defesa (art. 5º, LV), do devido processo legal (art. 5º, LIV) e da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), devido a restrição à gratuidade de justiça na seara trabalhista, e ao promover o desequilíbrio da paridade de armas processuais entre os litigantes trabalhistas,<sup>7</sup> ainda pugna pela violação aos princípios da proporcionalidade, da proibição de excesso, tendo em vista da existência de desvio de finalidade legislativa.

Ressalta que como punição, o contido no disposto no art. 844, §2º da CLT não se legitima, seja pela falta da taxatividade da conduta como passível de sanção processual, seja pela intensidade da sanção. Ademais, afirma que estaria “a ponto de aniquilar a garantia constitucional da assistência judiciária gratuita aos necessitados de recursos”.<sup>8</sup> Portanto, a ausência de tipificação legal da conduta retira o propósito punitivo da norma, o que caracterizaria desvio de finalidade legislativa.

Manifesta, ainda, a desproporcionalidade da norma quando se trata do demandante hipossuficiente, tendo em vista que aos demais trabalhadores que podem pagar as custas do processo, estes “teriam novamente franqueado acesso à jurisdição trabalhista, sujeitando-se apenas à sanção temporária prevista no art. 732 da CLT, na hipótese de dois arquivamentos seguidos”.<sup>9</sup>

Aponta o autor a inadequação das referidas medidas, pois não tem o fito de impedir os custos judiciários com demandas trabalhistas infundadas, pois para este objetivo o ordenamento jurídico dispõe das sanções por litigância de má-fé (art. 793-B, I e II da CLT).

<sup>6</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5766 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. Processo instaurado em: 25/08/17. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 05 de jun. 2021

<sup>7</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5766 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. Processo instaurado em: 25/08/17. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 05 de jun. 2021

<sup>8</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5766 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. Processo instaurado em: 25/08/17. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 05 de jun. 2021

<sup>9</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5766 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. Processo instaurado em: 25/08/17 disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 05 de jun. 2021

Atualmente encontram-se na lista de *amicus curiae* as seguintes instituições: Central Única dos Trabalhadores – CUT, Central Geral dos Trabalhadores do Brasil – CGTB, Central dos Sindicatos Brasileiros – CSB, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, Confederação Nacional do Transporte – CNT e Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA.

O Senado Federal se manifestou no sentido de que as normas contidas nos arts. 790-B, *caput* e §4º e no art. 791-A, §4º da CLT, seriam tão generosas a ponto de produzir o efeito de “incentivar o pedido de perícias desnecessárias às custas do Erário, com o potencial de obstruir o acesso ao benefício a quem realmente dele precisava”<sup>10</sup>, sendo aplicado o mesmo regime ao pagamento de honorários sucumbenciais.

Quanto ao disposto no art. 844, §2º da CLT, aduz que não há que se falar de inconstitucionalidade, tendo em vista que, para que não lhe seja imputado o pagamento de custas, basta que o autor da demanda justifique a sua ausência na audiência para que se encerre a sanção da proibição do ajuizamento de outra ação, afirmando que seria inconstitucional permitir que a parte que mobilizou pessoal públicos e privados se silencie acerca de sua falta sem qualquer justificativa

A legislação trabalhista revogada, ao projetar um trabalhador subordinado, não apenas economicamente, mas também politicamente, proporciona benefícios paternalistas que têm o condão de 1) eternizar sua dependência e b) dar guarida a abusos de direitos, que não são admitidos em tempos de bonança e muito menos em tempos de crise ao mesmo tempo aguda e crônica, como a atual.<sup>11</sup>

A Câmara dos Deputados também foi intimada a se manifestar, e de acordo com síntese realizada por Érica R. Guimarães Amorim e Wilson Alves de Souza<sup>12</sup>, se manifestou no sentido de que não há nenhuma inconstitucionalidade, tendo em

<sup>10</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5766 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. Processo instaurado em: 25/08/17. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 05 de jun. 2021

<sup>11</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5766 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. Processo instaurado em: 25/08/17. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 05 de jun. 2021

<sup>12</sup> AMORIM, Érica R. Guimarães e SOUZA, Wilson Alves. **REFLEXÕES SOBRE O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 5.766/DF E O ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL**. *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho, Sociais e Empresariais* Porto Alegre, v. 04, n. 2, p. 106-126, Jul/Dez. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/4800>. Acesso em: 05 de jun. 2021.

vista que a norma em questão cumpriu todo o processo legislativo, sendo até aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e que foram realizadas diversas audiências públicas e oitivas de representantes da sociedade civil, além de juristas especializados.

Em relação as normas em discussão:

Em relação ao conteúdo dos artigos impugnados na ação direta, a Câmara de Deputados se posicionou no sentido de que a concessão irrestrita do benefício da gratuidade de justiça criou um ambiente favorável ao ajuizamento de demandas temerárias, desprovidas de base jurídica e de má-fé, porquanto "a ausência de ônus ao litigante de má-fé estimula a apresentação de lides infundadas, em que o reclamante se aventura no Judiciário quase que para 'tentar tirar a sorte' às custas do reclamado" (STF, 2018, *on line*); assim, ao invés de proteger as garantias dadas aos trabalhadores, tinha-se o cerceamento do direito a uma justiça eficaz, tendo em vista o Relatório Geral da Justiça do Trabalho, que demonstra o *déficit* na arrecadação de custas, que, ao seu passo, impacta no funcionamento da máquina estatal (STF, 2018, *on line*).

Aduziu a Câmara dos Deputados que o regime anterior incentivava o oportunismo, na medida em que retirava do beneficiário da gratuidade de justiça os riscos naturais do processo (custas processuais, ônus de sucumbência, honorários periciais e advocatícios). A Reforma Trabalhista trouxe uma nova feição à Justiça do Trabalho, de modo que se o beneficiário da gratuidade de justiça passa a dispor de recursos financeiros - decorrentes daquele ou de outro processo - deve arcar com as custas e honorários, "sob o risco de estar enriquecendo-se ilícitamente às custas do Estado" (STF, 2018, *on line*).

No que se refere ao pleito cautelar, a Câmara dos Deputados afirmou que não restaram comprovados os requisitos autorizadores para concessão de tal medida, isso porque inexistente óbice ao acesso à justiça; "ao contrário, a nova normatização visa a efetividade judicial, diante do desestímulo de condutas potencialmente abusivas e lesivas ao Estado" (STF, 2018, *on line*). Acrescentou o referido órgão do Congresso Nacional que o reclamante sucumbente somente terá que arcar com as custas e honorários processuais se tiver créditos - naquele ou em outro processo - a receber, no âmbito das demandas processadas na Justiça do Trabalho (STF, 2018, *on line*).<sup>13</sup>

<sup>13</sup> AMORIM, Érica R. Guimarães e SOUZA, Wilson Alves. REFLEXÕES SOBRE O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 5.766/DF E O ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL. *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho, Sociais e Empresariais* Porto Alegre, v. 04, n. 2, p. 106-126, Jul/Dez. 2018. Disponível em:

A Advocacia-Geral da União apresentou manifestação mencionando que as normas em questão têm o objetivo de restringir o deferimento do benefício da gratuidade de justiça “de modo excessivamente permissivo”,<sup>14</sup> causando uma maior efetividade na destinação de recursos para aqueles que realmente necessitam.

Declara ainda que a CLT vai passar a evitar que os recursos públicos sejam voltados a partes não vulneráveis de forma indevida, ainda afirma que: “Diversamente do alegado na inicial, a gratuidade incondicionada e injustificada não se caracteriza como mínimo irredutível da assistência judiciária prestada a demandantes, mas traço criticável.”<sup>15</sup> Ainda aduz que:

Assim como toda ingerência do Estado no contexto social, o programa de gratuidade judiciária incide sobre um recorte complexo da realidade, gerando subprodutos nem sempre conformes com a finalidade equitativa que a assistência deveria promover. Afinal, os benefícios distribuídos alteram a percepção de risco dos potenciais demandantes em relação à propositura de ações, criando incentivos não raro criticáveis à judicialização. Não são desconhecidas as censuras que a doutrina tem produzido sobre o modelo de assistência judiciária praticado no Brasil, seja por sua generosidade excessiva, seja pela impossibilidade prática de sua fiscalização no processo.<sup>16</sup>

O Ministro Luís Roberto Barroso e o Ministro Edson Fachin, foram os únicos que já proferiram os seus respectivos votos, sendo que o Ministro Barroso, em seu voto, de acordo com apanhado realizado por Érica R. Guimarães Amorim e Wilson Alves de Souza<sup>17</sup>, afirmou que se trata de um tema apto a compreensões ideológicas e declarou que há três causas principais para o excesso de processos na Justiça do

---

<https://indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/4800>.p. 114. Acesso em: 05 de jun. 2021

<sup>14</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5766 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. Processo instaurado em: 25/08/17. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 05 de jun. 2021. Acesso em: 05 de jun. 2021

<sup>15</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5766 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. Processo instaurado em: 25/08/17. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 05 de jun. 2021

<sup>16</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5766 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. Processo instaurado em: 25/08/17. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 05 de jun. 2021.

<sup>17</sup> AMORIM, Érica R. Guimarães e SOUZA, Wilson Alves. REFLEXÕES SOBRE O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 5.766/DF E O ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho, Sociais e Empresariais** Porto Alegre, v. 04, n. 2, p. 106-126, Jul/Dez. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/4800>. Acesso em: 05 de jun. 2021

Trabalho: “(1º) o fato dos empregadores não adimplirem devidamente com as verbas trabalhistas, (2º) amplo ajuizamento de demandas temerárias e oportunistas, (3º) legislação complexa e de difícil cumprimento para os empregadores.”<sup>18</sup>

Barroso aduziu a prejudicialidade dos excessos de demandas frente a Justiça do Trabalho, tendo em vista a incapacidade de uma prestação jurisdicional em um tempo razoável e eficaz, o que facilitaria os maus pagadores e os litigantes oportunistas.

Declarou, ainda, a constitucionalidade da cobrança de honorários sucumbenciais do beneficiário da justiça gratuita, “como mecanismo legítimo de desincentivo ao ajuizamento de demandas ou de pedidos aventureiros.”<sup>19</sup>

Porém, em seu voto, Barroso determinou os seguintes parâmetros para a utilização de créditos obtidos em outros processos: (a) não poderá exceder a 30% do valor líquido recebido por aplicação analógica das normas que dispõem sobre os descontos em verbas alimentares; (b) não incidirá sobre valores inferiores ao teto do Regime Geral da Previdência social (à época R\$ 5.645,80).

Por fim, votou pela declaração da constitucionalidade da cobrança de custas ao beneficiário da justiça gratuita que não comparecer à audiência de conciliação sem a apresentação de motivo legalmente justificável, também sendo constitucional a condição do pagamento para a propositura de uma nova demanda. Porém, o demandante deve ser intimado pessoalmente a quitar o referido débito, pois, assim, o autor terá o direito de justificar sua ausência adequadamente.<sup>20</sup>

O voto do Ministro Edson Fachin, foi à contramão do posicionamento de Barroso, apontando que a gratuidade de Justiça é um pressuposto fundamental ao acesso à Justiça e que devido a barreira econômica há um afastamento das classes

<sup>18</sup>Idem. p. 119.

<sup>19</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5766 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. Processo instaurado em: 25/08/17. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 05 de jun. 2021

<sup>20</sup>AMORIM, Érica R. Guimarães e SOUZA, Wilson Alves. REFLEXÕES SOBRE O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 5.766/DF E O ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho, Sociais e Empresariais** Porto Alegre, v. 04, n. 2, p. 106-126, Jul/Dez. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/4800>. p. 120. Acesso em: 05 de jun. 2021

economicamente mais frágeis do acesso à Justiça institucionalizada, sendo o acesso à Justiça um direito fundamental não só protegido pela Constituição, mas também por normas internacionais e pontuou que:

*A restrição, no âmbito trabalhista, das situações em que o trabalhador terá acesso aos benefícios da gratuidade da justiça, pode conter em si a aniquilação do único caminho de que dispõem esses cidadãos para verem garantidos seus direitos sociais trabalhistas.*<sup>21</sup>

Apontou que, por mais que as normas sejam adequadas, necessárias e razoáveis, se mostram duvidosas a sua constitucionalidade no caso em concreto, pois é possível que, os trabalhadores, na condição de hipossuficientes econômicos, tenham medo de que suas ações, ainda que se logrem como vencedoras, lhes tragam pouco do valor econômico demandado.

Por fim, determinou que:

As limitações impostas pela Lei 13. 467/2017 afrontam a consecução dos objetivos e desnaturam os fundamentos da Constituição da República de 1988, pois esvaziam direitos fundamentais essenciais dos trabalhadores, exatamente, no âmbito das garantias institucionais necessárias para que lhes seja franqueado o acesso à Justiça, propulsor da busca de seus direitos fundamentais sociais, especialmente os trabalhistas.

O julgamento da referida ADI, se encontra suspenso, pois está com pedido de vista do Ministro Luiz Fux.

### **3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A SUA RELAÇÃO COM A GRATUIDADE DE JUSTIÇA**

Gilmar Mendes, em seu Curso de Direito Constitucional,<sup>22</sup> aduz que a doutrina, em seus últimos tempos, vem utilizando-se do conceito do direito à organização e ao procedimento para indicar todos os direitos fundamentais que dependem de providências estatais, entre estas indica as determinações de que são

<sup>21</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5766 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.** Processo instaurado em: 25/08/17. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 05/06/2021

<sup>22</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, **Série IDP – Curso de Direito Constitucional.** 13ª ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172832/>. Acesso em: 19 Jun 2021. p. 694.

“destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processuais-constitucionais (direito de **acesso à Justiça**, direito de proteção judiciária, direito de defesa)” (grifo nosso), ainda reconhecendo o direito à organização e ao procedimento como “elemento essencial da realização e garantia dos direitos fundamentais”<sup>23</sup>.

O cerne do direito à organização e ao procedimento é garantir que o Estado, por meio da criação de procedimentos eficazes, garanta a participação efetiva de todas as pessoas nesses métodos. Tal direito na seara judicial se consubstancia diretamente com o acesso à justiça.

O direito ao acesso à justiça se materializa no art. 5, XXXV da Constituição Federal, em que afirma que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>24</sup>. Igualmente se efetiva na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, nos artigos 8 e 10<sup>25</sup>:

#### **Artigo 8**

Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

[...]

#### **Artigo 10**

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Da mesma forma, o acesso à justiça pode ser encontrado na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 8, 1<sup>26</sup>:

<sup>23</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op cit. p.694

<sup>24</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 de jun 2021.

<sup>25</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 19 de jun. 2021.

<sup>26</sup> BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica), 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 19 de Jun de 2021

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Portanto, considerando os regramentos apontados acima, é evidente o *status* constitucional e garantia fundamental do acesso à justiça, junto com isso é necessário que se observe a posição que este princípio se encontra junto à hierarquia legislativa, tendo em vista a sua natureza de direito fundamental, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>27</sup>:

"De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direito é 'destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação (8). O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos."

Porém, apesar do efetivo reconhecimento do acesso à justiça como direito fundamental, há algumas barreiras que obstam o seu efetivo exercício, Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>28</sup> citam como barreiras o alto custo do processo, principalmente quando imputa ao vencido aos custos da sucumbência, pois atribui a parte um grande risco caso não saia bem sucedido da demanda, vez que deverá arcar com custas que, dependendo do caso concreto, podem ser de valor elevado.

Também há que se ressaltar os honorários advocatícios, que podem constituir uma barreira ao acesso à justiça, pois estes são calculados entre 10 e 20% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85 do CPC

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

<sup>27</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Reimpressão em 2015. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 11-12.

<sup>28</sup> *Idem*. p. 16-18

- I - o grau de zelo do profissional;
- II - o lugar de prestação do serviço;
- III - a natureza e a importância da causa;
- IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.<sup>29</sup>

Dependendo da conjugação destes fatores, os honorários advocatícios são fixados em valores muito elevados, e, segundo Cappelletti e Garth<sup>30</sup>, “[...] qualquer tentativa realística de enfrentar os problemas de acesso deve começar por reconhecer esta situação: os advogados e seus serviços são muito caros.”

Quanto a vulnerabilidade econômica, o ordenamento jurídico brasileiro, com o fim de sanar esse óbice enfrentado por alguns indivíduos, trouxe o conceito da gratuidade de justiça, prevista de forma primária no art. 5º, inciso LXXIV da CF, que determina que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

De acordo com Peter Messite<sup>31</sup>, os primeiros sinais de desenvolvimento da assistência judiciária no Brasil ocorreram nas Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603, afirmando que “Além das próprias Ordenações dispõem muito menos a respeito dos pobres do que a sua própria fonte - o Direito Romano-, transcorreram muitos anos antes de entrarem em vigor no Brasil todas as Ordenações relevantes.”.

Atualmente a justiça gratuita é regida pelo art. 98 e seguintes do Código de Processo Civil e por alguns dispositivos da Lei 1.060/1950, que foram recepcionados pelo novo CPC, tendo como âmbito de abrangência as custas, despesas processuais e os honorários advocatícios.

De acordo com Narana Souza Alves e Janimara da Silva Goulart<sup>32</sup>, a assistência gratuita: “[...] é a aplicação prática do princípio da isonomia com

<sup>29</sup> BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2021. **Código de Processo Civil**. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso: 19 de jun de 2021

<sup>30</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit. p. 18

<sup>31</sup> MESSITTE, Peter. Assistência Judiciária no Brasil: uma pequena história. In **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, (p. 135-138.). Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/707>. Acesso: 19 de jun de 2021. p. 127-129

<sup>32</sup> ALVES, Narana Souza, GOULART, Janimara da Silva. Reforma Trabalhista: Garantia de Acesso a Justiça e sua Gratuidade. **Revista Direitos, Trabalho e Política Social**. Cuiabá V. 5, n. 9, p. 173-196, JUL./DEZ. 2019. p. 179. Disponível em:

fundamento na igualdade material, oferecida pelo Estado aos caracterizados como hipossuficientes, gerando um equilíbrio entre as partes litigantes de um processo.”

Destaca-se os dizeres de Peter Messite<sup>33</sup>:

Seria fácil minimizar tais críticas. A história da assistência judiciária no Brasil é admirável por si mesmo. Basta apenas comparar a lei brasileira sobre assistência judiciária com a lei norte-americana sobre o assunto para ver como a lei brasileira é adiantada. Ao litigante pobre nos Estados Unidos só é garantido um defensor em casos criminais sérios. Nada de isenção de custas, nenhuma garantia quanto a casos cíveis, nem sequer um defensor em casos criminais que não são sérios. Mas uma coisa é louvar a história e a teoria de uma ideia; outra louvar sua implementação na prática. Não há dúvida que a implementação da assistência judiciária no Brasil, embora muito tenha a ser elogiado, não cumpriu ainda toda sua história e teoria. Talvez que sabe, esteja chegando a hora de entrar no terreno da prático.

Verifica-se que a história brasileira não poupou esforços no sentido de garantir a todos os indivíduos o acesso ao jurisdicionado, trazendo ainda tais regramentos status de norma constitucional, o que lhes garante uma soberania na pirâmide que rege a hierarquia de leis no regramento legislativo atual. Porém, estes regramentos precisam de uma proteção mais precisa para que não sejam sucateados ou reprimidos do ordenamento jurídico, tendo em vista a proibição ao retrocesso que rege a legislação atual.

#### **4 REFLEXÕES ACERCA DA ADI Nº 5766**

Urge observar a inconstitucionalidade dos dispositivos, na medida em que não se mostra razoável mitigar direitos fundamentais, principalmente com o fim de prevenir demandas frívolas e temerárias.

O que se observa com os dispositivos impugnados é uma punição imposta exclusivamente ao hipossuficiente, pois lhe é imputado um risco muito mais gravoso

---

<https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/rdtps/article/view/8884>. Acesso em: 19 de jun de 2021. p. 179

<sup>33</sup> MESSITTE, Peter. Op. cit. p.150

àquele atribuído ao indivíduo que pode pagar as custas processuais. Nesse sentido Clarice Cardim Pinheiro<sup>34</sup> aponta:

Isso porque, quando existe uma obrigatoriedade ou receio de não ver atendido o pleito de gratuidade de justiça, há, de imediato, uma hesitação quanto a possibilidade de acionar a justiça, pelo simples temos de ter que pagar para ingressar com o pleito e ainda correr o risco de ter sua ação julgada improcedente, sendo obrigado a arcar com custas e honorários sucumbenciais à parte vencedora.

Ainda, aduz Bruno Carlos dos Rios e Fernando Perez da Cunha Lima<sup>35</sup>:

Nesse cenário, devido à nítida superioridade técnica e econômica de uma das partes na relação jurídica estabelecida, cria-se situação anômala que prostra o hipossuficiente diante de duas hipóteses a serem sopesada: a uma, insistir com o litígio e arcar com eventuais valores do processo, com o desgaste emocional e psicológico, além do próprio dispêndio de tempo em si; e, a duas aceitar que o *iter* processual gera injustiças e suportar a manutenção do *status quo* de sua relação com a parte adversa.

Quanto ao dispositivo contido no art. 790-B, caput da CLT<sup>36</sup> afirmando que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente, ainda que beneficiária da justiça gratuita, a inconstitucionalidade se manifesta no sentido de não garantir a segurança necessária para a realização de prova dentro do processo.

Ainda que se coadune tal regramento com o §4º do mesmo artigo que determina que: “Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo”<sup>37</sup>, verifica-se a contrariedade

<sup>34</sup> PINHEIRO, Clarice Cardim. O Acesso à (In)Justiça na Reforma Trabalhista. **Revista Eletrônica do TRT6**. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/162238/2018\\_pinheiro\\_clarice\\_acesso\\_injustica.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/162238/2018_pinheiro_clarice_acesso_injustica.pdf?sequence=1). Acesso em: 19 de jun de 2021

<sup>35</sup> RIOS, Bruno Carlos dos, CUNHA LIMA, Fernando Perez da. Reflexos do Acesso à Justiça ao Hipossuficientes Diante dos Honorários Sucumbenciais Advindos da Reforma Trabalhista Brasileira **Revista Pensamento Jurídico** – São Paulo – Vol. 14, Nº 3, ago./dez. 2020. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/230>. Acesso em: 19 de jun de 2021. p. 5

<sup>36</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 19 de jun de 2021

<sup>37</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 19 de jun de 2021

com o texto constitucional, na medida que restringe o acesso à justiça, impondo condições para a efetiva prestação jurisdicional.

O que é possível observar é que o recebimento de créditos em outros processos não tem o condão de exaurir a condição de miserabilidade jurídica, quanto ao dispositivo, Patrícia Rita Correia<sup>38</sup> expõe:

Portanto, impor condições limitantes à concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, em qualquer das suas formas, conseqüentemente restringe o direito fundamental de acesso à justiça, especialmente à classe trabalhadora que não possui recursos financeiros suficientes para suportar as despesas com o processo, ainda que obtenha créditos passíveis de retenção em outros processos, pois, como exposto no voto em comento e como aqui novamente frisado, créditos auferidos em outros processos não modificam ou afastam, por si sós, a condição de miserabilidade jurídica reconhecida e concedida em um determinado momento processual.

No que se refere as disposições contidas no art. 791-A, §4º da CLT, que determina:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

§ 4º Vencido o **beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa**, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

O dispositivo trouxe a sucumbência recíproca a justiça do trabalho, o que acarreta a possível utilização do proveito econômico obtido no processo decorrente de atos gravosos praticados pelo empregador (considerando que a ação foi proposta

---

<sup>38</sup> CORREIA, Patrícia Rita. Justiça gratuita e a reforma trabalhista: Restrições à garantia fundamental de acesso à justiça. **Revista Caderno Virtual. IDP**, v. 2, n. 44, abr/jun. 2019. p. 23. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/3837>. Acesso em: 19 de jun de 2021.

pelo empregado) para custear honorários advocatícios. De acordo com Bruno Carlos dos Rios e Fernando Perez da Cunha Lima<sup>39</sup>:

O que o legislador fez na parte final do §4º do artigo 791-A da CLT foi erguer uma espada sob o pescoço do beneficiário da justiça gratuita e a manter elevada durante o prazo do dois anos, podendo cair a qualquer instante e sujeitando o vencimento a uma devassa em busca de fundo para arcar com a sucumbência.

Ademais, a nova disciplina dos honorários no processo do trabalho foi erigida sob o pálio de desafogar a Justiça do Trabalho, contudo o que se azinha é um grande número de execução infrutífera oriunda da regra da parte final do mencionado parágrafo.

[...]

A possibilidade de sucumbência recíproca é, na verdade, a autorização da utilização de valores que decorrem de descumprimentos de direitos fundamentais trabalhistas - ou seja-, atos ilícitos- sejam usados para arcar com o pagamento de honorários de advogado. Em realidade, proceder-se-á a devolução dos valores ilicitamente subtraídos da classe trabalhadora pelos descumpridores das normas jurídicas.

Por fim, o dispositivo contido no art. 844, §2º da CLT, que estabelece:

Art. 844 - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

§ 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

Como ressaltado acima, uma das barreiras ao acesso à justiça é o pagamento de custas processuais que por vezes podem ser fixadas em valores elevados. Logo, imputar ao hipossuficiente esta responsabilidade é desigualar a relação entre os indivíduos, principalmente entre aqueles que podem arcar com as custas e os que

---

<sup>39</sup> RIOS, Bruno Carlos dos, CUNHA LIMA, Fernando Perez da. Reflexos do Acesso à Justiça aos Hipossuficientes Diante dos Honorários Sucumbenciais Advindos da Reforma Trabalhista Brasileira **Revista Pensamento Jurídico** – São Paulo – Vol. 14, Nº 3, ago./dez. 2020. p. 5. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/230>. Acesso em: 19 de jun de 2021. p. 16-17

não podem, de acordo com Érica R. Guimarães Amorim e Wilson Alves de Souza, tal exigência é descabida e chega a ser desumana, a saber<sup>40</sup>:

Por outro lado, a ideia de que é razoável, proporcional e legítima a cobrança de custas judiciais quando o reclamante não comparece à audiência (§2º, do art. 844, da Lei nº 13.467/17) também é um discurso vazio. A suposta justiça contida na ressalva de o trabalhador dever ser intimado, pessoalmente, para quitar a aludida despesa, e, por isso, ter o efetivo direito de justificar sua ausência, não é nenhuma concessão, sim uma obviedade, já que o bom senso indica que não poderia ser diferente.

Em verdade, o dispositivo em questão fere a Constituição, porque nega o acesso à justiça. Esquece-se aqui que o empregado despedido está, em regra, em busca de outro emprego necessitando de dinheiro o mais rapidamente possível para sobreviver. É uma evidente situação de estado de necessidade. Normalmente, quando o empregado se ausenta a audiência, motivos não faltam. Sucede que provar isso nem sempre é fácil, de modo que tal exigência é descabida. Chega a ser desumano exigir tal pagamento como condição para promover outra ação.

Quanto a questão, Bruno Carlos dos Rios e Fernando Perez da Cunha Lima<sup>41</sup> apontam:

Perdeu-se de vista que as missões das demandas na Justiça do Trabalho visam aventar verbas alimentares, isto é, o hipossuficiente já se encontra sem as referidas parcelas por meses ou anos, tendo sido obrigado a buscar o Poder Judiciário para solucionar coercitivamente sua pretensão. Nessa quadra, o acesso ao Judiciário, na maior parte das vezes, consiste na *ultima ratio* do necessitado em fazer valer seus direitos, amenizando problemas sociais através do coeficiente de justiça.

Em síntese, conforme exposto nos tópicos anteriores, o principal objetivo das alterações desses dispositivos é o de evitar ações temerárias e infundadas, garantindo o desafogamento do Poder Judiciário. Verifica-se evidente equívoco na medida em

<sup>40</sup> AMORIM, Érica R. Guimarães e SOUZA, Wilson Alves. REFLEXÕES SOBRE O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 5.766/DF E O ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho, Sociais e Empresariais Porto Alegre**, v. 04, n. 2, p. 106-126, Jul/Dez. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/4800>. Acesso em: 19 de jun de 2021 p. 123-124

<sup>41</sup> RIOS, Bruno Carlos dos, CUNHA LIMA, Fernando Perez da. Reflexos do Acesso à Justiça aos Hipossuficientes Diante dos Honorários Sucumbenciais Advindos da Reforma Trabalhista Brasileira **Revista Pensamento Jurídico** – São Paulo – Vol. 14, Nº 3, ago./dez. 2020. p. 5. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/230>. Acesso em: 19 de jun de 2021. p. 19

que acarreta uma punição mais rígida ao beneficiário da justiça gratuita, pois os desafios que estes enfrentam são mais rigorosos, tendo em vista não possuem condições suficientes para postular em juízo.

Logo, a insegurança dos hipossuficientes em relação aos que podem pagar as verbas decorrentes do processo é muito maior e transmite o discurso de que a justiça, em tese favoreceria os que dispõem de mais recursos e, portanto, estes teriam mais chances de sucesso em eventuais demandas.

Assim sendo, verifica-se acertada a visão do Ministro Fachin em determinar a inconstitucionalidade da norma, tendo em vista que os dispositivos constituem grave óbice ao princípio constitucional do acesso à justiça pelo hipossuficiente, pois lhe retira toda a segurança de que não necessitaria retirar nenhuma quantia de sua renda, nem dispor de parte de eventual proveito econômico obtido em algum processo em que lograsse vitorioso para o pagamento de honorários periciais, de sucumbência ou custas processuais.

É evidente que o sucesso em alguma demanda não lhe retira o caráter de hipossuficiente, pois tais verbas possuem caráter alimentar, dada a natureza salarial. Portanto, obrigar a parte a retirar tais verbas de seu patrimônio mostra clara violação constitucional.

Cumprir observar que o ordenamento jurídico atual dispõe de penas ao litigante de má-fé, logo se mostra necessário o fortalecimento do poder fiscalizatório para que os postulantes que tiverem como objetivo o ajuizamento de demandas infrutíferas e superficiais sejam punidos com as penalidades já oferecidas pelo ordenamento jurídico.

É cristalino o equívoco legislativo ao flexibilizar um direito fundamental, com esse objetivo, na medida que não sana a problemática e ainda retira o direito ao beneficiário da justiça gratuita de postular quando diante de violações as suas garantias, permitindo que diversas transgressões sigam impunes.

## 5 CONCLUSÃO

Verifica-se de antemão a inconstitucionalidade da norma, tendo em vista que não se mostra razoável o objetivo do legislador e a solução encontrada para dirimir o excesso de demandas trabalhistas, pois imputa ao beneficiário da justiça gratuita uma pena extremamente gravosa, que não surte o mesmo efeito para aquele que pode pagar a produção da prova pericial, honorários sucumbenciais e custas do processo.

O legislador, ao realizar essas alterações com o objetivo de evitar ações temerárias e infundadas, garantindo o desafogamento do Poder Judiciário, não resolve de fato a problemática, o que se observa é a retirada da segurança de postulação do hipossuficiente, o deixando com desafios mais rigorosos para a postulação em juízo.

Cumprir observar uma desproporcionalidade do tratamento entre os postulantes, o que promoveria um discurso de que a justiça favorece aquele que pode pagar, há que se observar e que o ordenamento já dispõe de meios para punir aquele que demanda de forma protelatória com o intento de afogar o Poder Judiciário, que são os chamados de litigantes de má-fé aos quais a lei dispõe de meios punitivos adequados e isonômicos.

Observa-se que no ordenamento jurídico há uma grande tendência legislar de forma estritamente punitiva, garantindo penas para condenar diversas situações, há uma necessidade de se promover a fiscalização minuciosa das demandas propostas na Justiça do Trabalho para garantir que as demandas com propósitos superficiais e vãs sejam identificadas e punidas de forma isonômica, não imputando para aqueles que não podem pagar uma reprimenda mais gravosa ferindo direitos garantidos constitucionalmente.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Narana Souza, GOULART, Janimara da Silva. Reforma Trabalhista: Garantia de Acesso a Justiça e sua Gratuidade. **Revisa Direitos, Trabalho e Política Social**. Cuiabá V. 5, n. 9, p. 173-196, JUL./DEZ. 2019. p. 179. Disponível em: <https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/rdtps/article/view/8884>. Acesso em: 19 de jun de 2021

AMORIM, Érica R. Guimarães e SOUZA, Wilson Alves. REFLEXÕES SOBRE O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 5.766/DF E O ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho, Sociais e Empresariais** Porto Alegre, v. 04, n. 2, p. 106-126, Jul/Dez. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/4800>. Acesso em: 19 de jun de 2021

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 de jun 2021.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2021. **Código de Processo Civil. 2021**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso: 19 de jun de 2021

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 19 de jun de 2021

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica), 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 19 de Jun de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 5766 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Processo instaurado em: 25/08/17 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 05/06/2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Reimpressão em 2015. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CORREIA, Patrícia Rita. Justiça gratuita e a reforma trabalhista: Restrições à garantia fundamental de acesso à justiça. **Revista Caderno Virtual. IDP**, v. 2, n. 44, abr/jun. 2019. p. 23. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/3837>. Acesso em: 19 de jun de 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira, **Série IDP – Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172832/>. Acesso em: 19 Jun 2021.

MESSITTE, Peter. Assistência Judiciária no Brasil: uma pequena história. In **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, (p. 135-138.). Disponível em:

<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/707>. Acesso: 19 de jun de 2021. p. 127-129

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 19 de jun. 2021.

PINHEIRO, Clarice Cardim. O Acesso à (In)Justiça na Reforma Trabalhista. **Revista Eletrônica do TRT6**. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/162238/2018\\_pinheiro\\_clarice\\_acesso\\_injustica.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/162238/2018_pinheiro_clarice_acesso_injustica.pdf?sequence=1). Acesso em: 19 de jun de 2021

RIOS, Bruno Carlos dos, CUNHA LIMA. Fernando Perez da. Reflexos do Acesso à Justiça aos Hipossuficientes Diante dos Honorários Sucumbenciais Advindos da Reforma Trabalhista Brasileira **Revista Pensamento Jurídico** – São Paulo – Vol. 14, Nº 3, ago./dez. 2020. p. 5. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/230>. Acesso em: 19 de jun de 2021.