



TURMA DE RESOLUÇÃO DE QUESTÕES PARA A PROVA DA DPERJ-RESIDÊNCIA JURÍDICA

ESPELHO DA RODADA I

1

QUESTÃO 1 Pedro, professor da rede municipal aposentado, recebe a título de aposentadoria R\$ 4.000,00, fonte única de seu sustento. Ocorre que Pedro contraiu empréstimos junto à Caixa Econômica Federal, para custear seus medicamentos, cujas parcelas, somadas, ultrapassam o valor de seus proventos.

Assim, Pedro buscou a Defensoria Pública para que fosse assistido diante de seu credor. No primeiro atendimento, Pedro foi informado que se enquadra na categoria de superendividado e, por isso, faz jus a um pedido de repactuação de dívidas. Diante do caso em tela, responda fundamentadamente acerca dos seguintes pontos:

- a) O que é superendividamento?
- b) Levando em consideração a natureza jurídica do credor, qual é o juízo competente para o processamento da ação?

PADRÃO DE RESPOSTA

a) Conforme prevê o art. 54-A, §1º do Código de Defesa do Consumidor, incluído pela lei 14.181/2021, entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial. E, consoante o caso em tela, o §2º do mesmo artigo dispõe que as dívidas referidas no §1º englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada. Assim, a situação de Pedro estaria abrangida pelo instituto.

b) De acordo com o caso em tela, o credor seria a Caixa Econômica Federal,



uma instituição financeira estatal que possui natureza jurídica de empresa pública, uma vez que é composta por capital exclusivamente público. Via de regra o juízo para causas envolvendo a CEF é a Justiça Federal, na forma do art. 109, I da Constituição.

Entretanto, ao apreciar o RE 678162/AL, que versava sobre uma questão falimentar, o STF interpretou a parte final do referido dispositivo, que excepciona as falências da competência da Justiça Federal, no sentido de abranger a insolvência civil numa concepção ampla. Assim, de acordo com o julgado, o juízo competente para julgar a ação de repactuação de dívidas de Pedro, embora o credor seja uma empresa pública federal, é a Justiça comum estadual.

ESPELHO DE CORREÇÃO

ESPELHO DE CORREÇÃO	TOTAL	ALUNO
<i>Trabalhar o conceito de superendividamento</i>	20	
<i>Citar os dispositivos legais</i>	20	
<i>Esclarecer a natureza jurídica da CEF</i>	20	
<i>Abordar o entendimento do Supremo Tribunal Federal</i>	20	
<i>Bom vocabulário jurídico, coesão e coerência;</i>	20	

COMENTÁRIOS

Um dos princípios básicos do direito do consumidor é a **força obrigatória dos contratos** (derivada do conceito de autonomia privada) e que, por vezes, minimiza o conceito de vulnerabilidade do consumidor.

Ou seja, os contratos devem ser cumpridos, independente da situação



econômica do consumidor, restringindo a possibilidade de revisão de cláusulas contratuais e, assim, causando a inadimplência de muitos.

ATENÇÃO Justamente em razão da impossibilidade de revisão de cláusulas contratuais, configurando-se, assim, o chamado contrato de adesão (art. 54 CDC), parte da doutrina (v.g. RIZZATTO NUNES) assevera que **o brocardo *pacta sunt servanda* não se aplica aos contratos de consumo.**

3

Ainda que o adimplemento contratual seja a solução ideal, há casos especiais que impedem que o consumidor consiga arcar com todas as suas obrigações, gerando uma situação difícil para todos os envolvidos, com consequências negativas para devedores e credores.

Se os consumidores devedores, por sua vez, não têm mais condições financeiras de pagar todas as suas dívidas e, ao mesmo tempo, manter condições mínimas de sobrevivência digna, ocorre o fenômeno do superendividamento.

Superendividamento

Ocorre o **superendividamento** quando:

- o consumidor pessoa física;
- que está de boa-fé;
- não consegue pagar a totalidade de suas dívidas de consumo (exigíveis e vincendas);
- sem comprometer o seu mínimo existencial.

[Pessoa física + boa-fé + dívidas de consumo + mínimo existencial]

O superendividamento está diretamente **relacionado com o mínimo existencial do indivíduo**, conforme explicam Pablo Stolze e Carlos Eduardo



Elias de Oliveira:

“O superendividamento contém traços de uma morte civil social. O indivíduo com o “nome sujo” e sem margem de crédito tende ao ostracismo. Não consegue montar novos negócios. Enfrenta estigmas ao buscar emprego. Sujeita-se a viver “de favor”. (...) O motivo é que o superendividamento fulmina o mínimo existencial do indivíduo.” (GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Comentários à Lei do Superendividamento (Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021) e o princípio do crédito responsável. Uma primeira análise. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6575, 2 jul. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91675>).

A análise é certa, tanto que o Código de Defesa do Consumidor, após a lei 14.181/2021, passou a prever expressamente o seguinte:

Art. 4º *A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)*

(...)

X - prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor. (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)

Conforme citado na exposição de motivos do Projeto de Lei 3.515/2015,



que deu origem à Lei 14.181.2021, **não se trata de proteger um consumidor** que deliberadamente contraiu dívidas maiores do que pode pagar, mas daqueles que sofrem por circunstâncias que fogem ao seu controle e que causam um justificado abalo na situação financeira das famílias.

Mínimo existencial

Segundo Daniel Sarmento, a primeira formulação jurídica do direito ao mínimo existencial talvez se deva a um jurista brasileiro – e não a um alemão, como geralmente se afirma. Já em 1933, Pontes de Miranda se referiu à existência de um direito público subjetivo à subsistência dentre o elenco dos “novos direitos do homem” que compreenderia o que chamou de “mínimo vital”. Nas suas palavras:

Como direito público subjetivo, a subsistência realiza, no terreno da alimentação, das vestes e da habitação, o *standard of living* segundo três números, variáveis para maior indefinidamente e para menor até o limite, limite que é dado, respectivamente, pelo indispensável à vida quanto à nutrição, ao resguardo do corpo e à instalação. É o mínimo vital absoluto. Sempre, porém, que nos referirmos ao mínimo vital, deve-se entender o mínimo vital relativo, aquele que, atentando-se às circunstâncias de lugar e de tempo, se fixou para cada zona em determinado período (...). O mínimo vital relativo tem de ser igual ou maior que o absoluto. O direito à subsistência torna sem razão de ser a caridade, a esmola, a humilhação do homem ante o homem. (...) Não se peça a outrem, porque falte; exija-se do Estado, porque êste deve. Em vez da súplica, o direito (PONTES DE MIRANDA, 1933, p. 28-30).



Entretanto, é certamente marcante na trajetória do Direito Constitucional a formulação alemã do direito ao mínimo existencial, ocorrida no segundo pós-guerra, já sob a égide da Lei Fundamental de 1949.

A ideia de que existe um direito fundamental ao mínimo existencial, proposta originariamente naquele país, no início dos anos 50, por Otto Bachof, foi reconhecida pelo Tribunal Administrativo Federal alemão em 1954, a partir da conjugação do princípio da dignidade da pessoa humana, da cláusula do Estado Social e dos direitos à liberdade e à vida.

Esta visão foi claramente adotada pela Constituição de 88, da qual se extrai a garantia do mínimo existencial como direito fundamental. Tal ideia provém não apenas da positivação dos direitos sociais no texto constitucional, como também da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado e da ordem jurídica brasileira (art. 1º, III CF/88).

Como dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao mínimo existencial possui caráter universal, sendo titularizado por todas as pessoas naturais, independentemente de qualquer outra condição. Nesse ínterim, é evidente que o indivíduo que contrai, de boa-fé, dívidas que podem vir a comprometer sua subsistência está amparado pela categoria. Por conseguinte, a garantia de preservação do mínimo existencial foi incluída como direito básico do consumidor pela Lei nº 14.181/2021.

Nessa toada, em 26 de julho de 2022, foi expedido o **Decreto 11.150/2022**, que regulamentou a referida lei e instituiu o valor do mínimo existencial. Nos termos do então artigo 3º, o mínimo existencial corresponderia a 25% do salário mínimo vigente na data de publicação do decreto – ou seja, R\$ 303,00 – e não estava sujeito à atualização em caso de reajuste do salário mínimo.

Apesar disso, por ser considerado irrisório e, portanto, insuficiente para fazer frente às necessidades básicas dos cidadãos, tal valor não vinha sendo



aplicado pela jurisprudência majoritária em casos envolvendo a apuração da preservação e do não comprometimento do mínimo existencial.

Porém, o Governo Federal anunciou que, em abril deste ano, o valor seria dobrado. Foi nesse contexto que, em **20 de junho de 2023**, foi publicado e entrou em vigor o **Decreto 11.567/2023**, para, em relação ao artigo 3º do Decreto nº 11.150/2022, alterar o caput, que passou a prever que “considera-se mínimo existencial a renda mensal do consumidor pessoa natural equivalente a R\$ 600,00”; e revogar o parágrafo 2º, que estipulava que o “reajustamento anual do salário mínimo não implicará a atualização do valor” do salário mínimo.

Além disso, o Decreto nº 11.567/2023 atribuiu à Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública, em articulação com os demais órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor nos Estados (SNDIC), no Distrito Federal e nos municípios, a organização periódica de mutirões para a repactuação de dívidas para a prevenção e o tratamento do superendividamento por dívidas de consumo.

Processo de repactuação de dívidas

Assim prevê o art. 104-A do CDC:

Art. 104-A. A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, com vistas à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores de dívidas previstas no art. 54-A deste Código, na qual o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de



pagamento originalmente pactuadas. (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021).

O pedido do consumidor para instaurara processo de repactuação:

· **não importará** em declaração de insolvência civil;

e

· poderá ser **repetido somente após decorrido o prazo de 2 anos**, contado da liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento homologado, sem prejuízo de eventual repactuação.

Deverão constar no **plano de pagamento**:

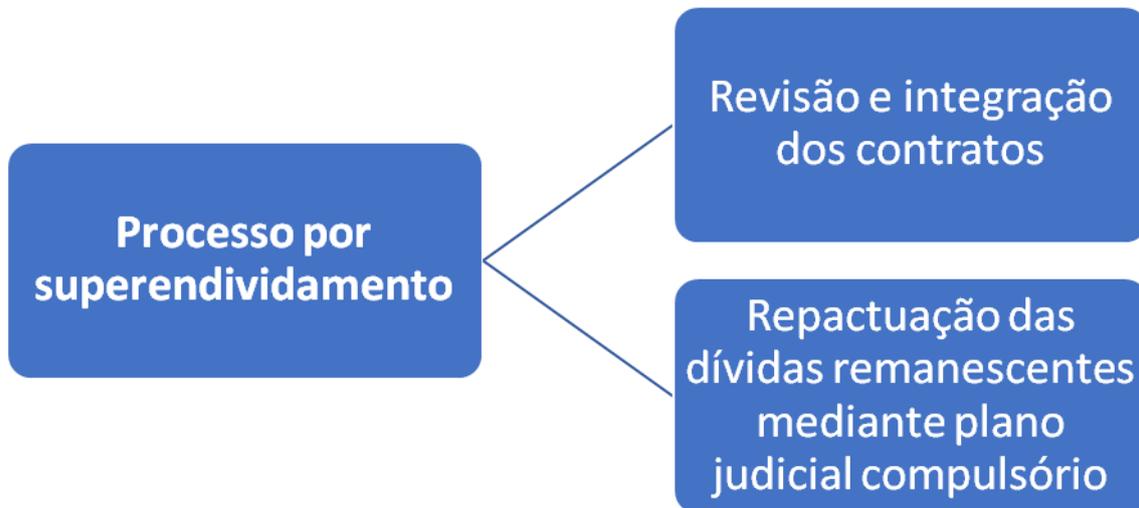
I - medidas de dilação dos prazos de pagamento e de redução dos encargos da dívida ou da remuneração do fornecedor, entre outras destinadas a facilitar o pagamento da dívida;

II - referência à suspensão ou à extinção das ações judiciais em curso;

III - data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e de cadastros de inadimplentes;

IV - condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento.

Se não houver êxito na conciliação em relação a quaisquer credores, o juiz, a pedido do consumidor, instaurará **processo por superendividamento** com a **finalidade** de:



Nesse caso, o juiz fará a citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo porventura celebrado.

Competência para processar e julgar o pedido de repactuação

Como vimos acima, o juiz, a requerimento do devedor, poderá instaurar **processo de repactuação de dívidas**, tutelado pelo art. 104-A e seguintes, com vistas à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado, com a presença de todos os credores de dívidas, oportunidade em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 anos, preservados o mínimo existencial, as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas.

MUITO IMPORTANTE!!!!

Esse procedimento é de competência da **Justiça Estadual** (ou Justiça Distrital) **mesmo que exista uma entidade federal** como credora do consumidor.



O fundamento é a previsão contida na parte final do inciso I do art. 109 da CF/88. O dispositivo afirma que compete à Justiça Federal julgar as causas em que houver interesse de órgão ou entidade federal. Ocorre que esse mesmo dispositivo prevê que, se a causa em questão for uma falência, a competência será da Justiça Estadual, mesmo envolvendo ente federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

*I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, **exceto as de falência**, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;*

A insolvência civil é uma espécie de execução coletiva e universal em que todo o patrimônio do devedor civil (não empresário) será liquidado para satisfação de suas obrigações.

Faz as vezes de uma “falência”, com a diferença que se trata de devedor civil (e a falência atinge devedor empresário). O **STF**, interpretando essa norma, concluiu que o termo “**falência**”, contido na parte final do art. 109, I, da Constituição Federal compreende a insolvência civil. Por essa razão, compete à Justiça comum estadual, e não à federal, processar e julgar as ações de insolvência civil ainda que haja interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal.

Nesse sentido, decidiu o STF:

A insolvência civil está entre as exceções da parte final do artigo 109, I, da Constituição da República,



para fins de definição da competência da Justiça Federal.

STF. Plenário. RE 678162/AL, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 26/3/2021 (Repercussão Geral – Tema 859) (Info 1011).

11

Desse modo, apesar de o inciso I do art. 109 falar apenas em “falência”, deve-se interpretar essa expressão de forma genérica de modo que abrange também os processos de “recuperação judicial” e de “insolvência civil”. Previsão expressa nesse sentido veio no art. 45, I, do CPC/2015:

*Art. 45. Tramitando o processo perante outro juízo, os autos serão remetidos ao juízo federal competente se nele intervier a União, suas empresas públicas, entidades autárquicas e fundações, ou conselho de fiscalização de atividade profissional, na qualidade de parte ou de terceiro interveniente, **exceto as ações:***

I - de recuperação judicial, falência, insolvência civil e acidente de trabalho;

Natureza jurídica do processo de repactuação de dívidas

Ainda a luz do julgado acima transcrito, cabe ressaltar que o procedimento judicial relacionado ao superendividamento, tal como o de recuperação judicial ou falência, possui inegável e nítida **natureza concursal**, de modo que as empresas públicas federais, excepcionalmente, sujeitam-se à competência da Justiça estadual e/ou distrital, justamente em razão da existência de concursalidade entre credores, impondo-se, dessa forma, a concentração, na Justiça comum estadual, de todos os credores, bem como o próprio consumidor para a definição do plano de pagamento, suas condições, o seu prazo e as formas de adimplemento dos débitos.



Agora, imagine que, de acordo com o caso narrado no enunciado, Pedro contraísse dívidas com outras instituições financeiras privadas comuns. Nesse sentido, poderia haver o **desmembramento do processo de repactuação**, de maneira que a dívida da CEF fosse julgada pela Justiça Federal e a das demais instituições pela Justiça Estadual?

Em recente julgado, reiterando a decisão do Supremo, o STJ decidiu ainda que **não poderia haver o desmembramento da dívida** (STJ. 2ª Seção. CC 193.066-DF, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 22/3/2023 - Info 768).

Eventual desmembramento ensejaria notável prejuízo ao devedor (consumidor vulnerável) porque, conforme dispõe o art. 104-A do CDC, todos os credores devem participar do procedimento, inclusive na oportunidade da audiência conciliatória.

Caso tramitem separadamente, em jurisdições diversas, federal e estadual, estaria maculado o objetivo primário da Lei do Superendividamento, qual seja, a de conferir a oportunidade do consumidor - perante seus credores - apresentar plano de pagamentos a fim de quitar suas dívidas/obrigações contratuais.

Haveria, ainda, o risco de decisões conflitantes entre os juízos acerca dos créditos examinados, em violação ao comando do art. 104-A do CDC, e colocando em risco a própria segurança jurídica.

Leituras para se aprofundar...

1. <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/b7ca8cbd43c24d7f8aa11fce8483026e.pdf>
2. <https://defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/82b0668ad1054eeb964b4a1e4c5a4fac.pdf>

QUESTÃO 02 No dia 15 de março de 2023, a Polícia Militar deflagrou uma operação para apoiar o cumprimento de mandados de prisão, pela Polícia



Civil, numa determinada comunidade dominada por criminosos. Porém, no mesmo dia, ocorreria um torneio de futsal na quadra de esportes que fica na entrada da comunidade. Assim, era fato incontroverso que nas vias de acesso à localidade haveria um grande fluxo de pessoas. Mesmo assim, a par da informação, a Polícia Militar optou por manter a data da operação.

Ao chegar no local, a guarnição da PM foi recebida a tiros, de forma que se instaurou um intenso tiroteio.

Ocorre que, durante a troca de tiros, uma criança que estava na quadra em questão foi atingida e veio a falecer.

Os pais da criança buscaram a Defensoria Pública para ingressar com uma ação indenizatória em face do Estado. Diante do caso narrado, discorra acerca dos fundamentos que podem ser ventilados em defesa do pleito indenizatório.

PADRÃO DE RESPOSTA

A assistência jurídica gratuita às pessoas vulneráveis é um direito e garantia fundamental de cidadania, prevista no artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição da República. Nesse sentido, compete à Defensoria Pública, função essencial a justiça, na forma do art. 134 CF, a orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados. A instituição possui, portanto, o mister de ingressar em juízo em face do Estado para tutelar direitos e garantias de vítimas de violência praticada por agentes públicos.

No tocante à responsabilidade civil do estado, o ordenamento pátrio adota a **teoria do risco administrativo**, em razão da divisão coletiva do ônus da máquina pública, e possui caráter objetivo, ou seja, independe de culpa ou ilicitude, bastando a caracterização do nexu causal entre o fato administrativo e o dano. Tal entendimento é o que se extrai da *ratio legis* do artigo 37, §6º da Constituição, conforme entendimentos da doutrina e da jurisprudência majoritárias.

Todavia, recentemente decidiu a 2ª turma STF (ARE 1382159) que, **mesmo sem prova de origem do disparo, o Estado responde por "bala perdida"**.



A tese fixada lastreia-se na ideia de que cabe ao Estado comprovar que uma ação foi legal quando ocorre uma morte durante operação policial. Nesse mesmo sentido, ao optar por fazer uso da força em operações de segurança pública, o Estado assume a responsabilidade objetiva por qualquer dano causado a terceiro nesses atos, conforme estabelecido pelo artigo 37, §6º, da Constituição. Assim, de acordo com o caso narrado, incidiria a responsabilidade do estado pela morte da criança, independentemente da comprovação da origem do disparo, haja vista que, nos dias de hoje, as operações policiais são baseadas em investigações e planejamentos prévios, de maneira que, se a corporação decidiu deflagrar a operação no mesmo dia do evento esportivo assumiu, implicitamente, o ônus de causar dano a terceiros.

ESPELHO DE CORREÇÃO

ESPELHO DE CORREÇÃO	TOTAL	ALUNO
<i>O papel constitucional da Defensoria</i>	25	
<i>O regime jurídico da responsabilidade civil do estado</i>	25	
<i>Apresentar jurisprudência acerca do tema</i>	25	
<i>Bom vocabulário jurídico, coesão e coerência</i>	25	

COMENTÁRIOS

A Defensoria na Constituição

Trata-se de função essencial à justiça, na forma do art. 134 CF, incumbida da orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados (art. 5º, LXXIV).



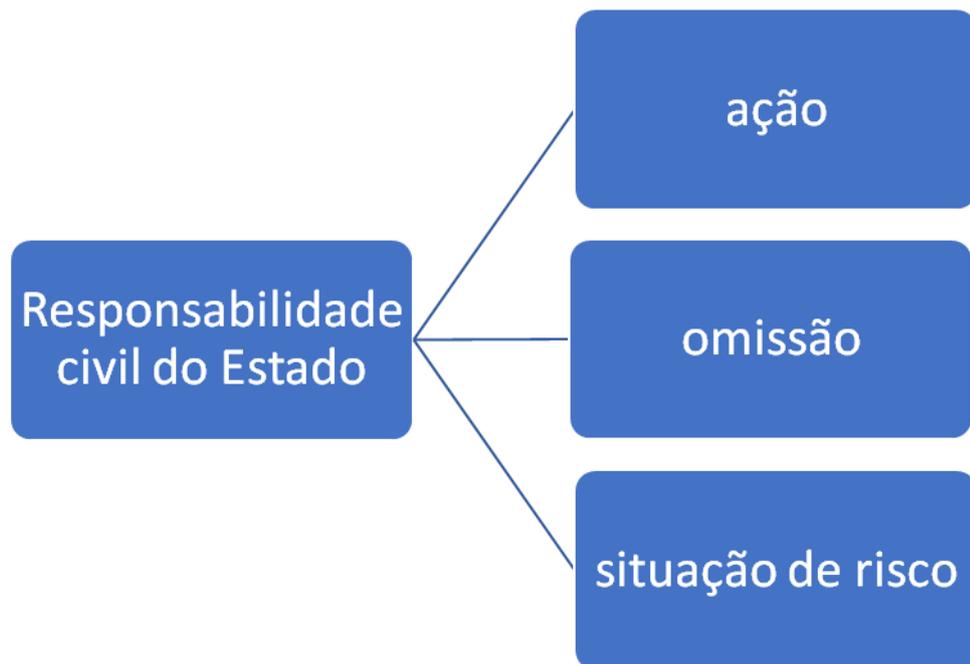
Assim dispõe o art. 134 da Constituição:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal . (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

Responsabilidade Civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado pode decorrer de três circunstâncias:

1. Ação;
2. omissão ou
3. situação de risco que gera prejuízo a terceiros praticadas pelo Estado.



O resultado da ocorrência de dano em razão de quaisquer dessas situações é a **obrigação do Estado de responder patrimonialmente**, ou seja, mediante o pagamento de indenização.

Existem três teses sobre a responsabilidade patrimonial do Estado:

- (i) **culpa administrativa** – exige a comprovação da falta do serviço;
- (ii) **risco administrativo** – basta a ocorrência do dano para gerar indenização, aceitando hipóteses excludentes da responsabilidade;
- (iii) **risco integral** – entende que o Estado deve indenizar por todo e qualquer dano, mesmo tendo havido culpa ou dolo da vítima; não são admitidas excludentes.

No ordenamento pátrio, a responsabilidade civil do Estado é orientada pela **teoria do risco administrativo**, em razão da divisão do ônus na máquina pública por todos e possui caráter objetivo, ou seja, independe de culpa ou ilicitude, bastando a caracterização do nexo causal entre o fato administrativo e o dano.



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:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Conforme exposto no início, o Estado responde diante de três situações:

• **Ação:** ocorre um dano em virtude da prática direta de um ato pelo Estado.

Este ato pode ter sido praticado sem culpa e de forma lícita; se gerou prejuízo a alguém, o Estado deve promover a indenização de forma objetiva.

• **Omissão:** ocorre quando o Estado tem o dever de agir, mas se mantém inerte por dolo, desídia ou negligência. Essa modalidade exige a presença de culpa para caracterizar o dever de indenizar (responsabilidade subjetiva), conforme entendimento de boa parte da doutrina e da jurisprudência.

A culpa pode se dar em razão de

- (i) não funcionamento,
- (ii) demora na prestação ou
- (iii) ineficiência de um serviço.

Dessa forma, apenas a omissão ilícita do Estado enseja sua responsabilidade civil. No tocante à comprovação da culpa, é plenamente possível a presunção relativa da culpa do Estado quando se estiver diante de uma dificuldade de produção de prova negativa ou quando a lei determinar, como, por exemplo, faz o Código de Defesa do Consumidor.



• **Situação de risco:** se dá quando o dano decorre de força natural ou humana alheia e não é necessária a existência de culpa. É necessário que a relação de causalidade seja direta com o risco provocado pelo Estado. Exemplos: assassinato de presidiário por outro, fuga de preso que vem a causar dano.

Para que o Estado proceda à indenização pela prática de ato comissivo ou omissivo ilícito, o dano deve ser sempre:

(i) jurídico, ou seja, deve ocorrer a violação de um direito;

(ii) certo e, mesmo que atual ou futuro, não pode ser apenas eventual.

Em se tratando de ato comissivo ou omissivo lícito, além dos requisitos da juridicidade e certeza, o dano deve ser ainda

(iii) especial, ou seja, não pode atingir toda a sociedade de forma genérica;

(iv) anormal, aquele inexigível em razão do interesse comum.

A Responsabilidade do estado por bala perdida e o ARE 1.382.159

A responsabilidade do Estado inclui o dever de indenizar as vítimas quando de sua ação ou omissão, ainda que lícita, resultar-lhes danos. Desta forma, um ato, ainda que lícito, praticado por agente público e que gere ônus desproporcional a um cidadão pode resultar em responsabilidade civil do Estado. Essa é a posição da doutrina majoritária.

Entretanto, tratando-se especificamente do caso das balas perdidas, decorrentes do confronto entre policiais e marginais, via de regra, não se aplica a responsabilidade ao Estado. Indeterminada a origem do disparo, em linhas gerais, não pode haver a responsabilização do Poder Público por ausência de nexo de causalidade entre sua ação em defesa da coletividade e o dano causado a terceiro.

Alega-se que o preceito constitucional não responsabilizou a Administração por atos criminosos de terceiros que só a estes podem ser



imputados. Nesse sentido, há diversos precedentes do TJRJ, aonde algumas ações foram, inclusive, propostas pela Defensoria Pública:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEXO DE CAUSALIDADE. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. BALA PERDIDA. OMISSÃO ESPECÍFICA DO ESTADO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. Em havendo omissão específica por parte de agentes do Estado, a responsabilidade civil exsurge objetivamente. Todavia, se para sua configuração é irrelevante o exame da culpa, nem por isso fica o demandante dispensado da prova da conduta do agente, do evento danoso e do nexo causal entre eles existente. Portanto, **inexistindo nos autos comprovação de que o projétil de arma de fogo causador do ferimento sofrido pela Apelante tenha partido de uma das armas utilizadas pelos Policiais Militares que participaram do confronto narrado na exordial, não há como se imputar ao Estado a responsabilidade pelo dano a ela causado**. Não restando estabelecido o nexo impossível a cogitação acerca de eventual responsabilidade. Recurso desprovido, nos termos do voto do Desembargador Relator" (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2004.001.04270. 7º Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. J. 17 de agosto de 2004. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEXO DE CAUSALIDADE. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. BALA PERDIDA. OMISSÃO ESPECÍFICA DO ESTADO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE).



“EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO POLICIAL. BALA PERDIDA. NEXO CAUSAL INCOMPROVADO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PROVIMENTO DO RECURSO. A responsabilidade do Estado, ainda que objetiva em razão do disposto no art. 37, § 6º da Constituição Federal, exige a comprovação do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano. **Não havendo nos autos prova de que o ferimento causado a vítima tenha sido provocado por disparo de uma das armas utilizada pelos Policiais Militares envolvidos no tiroteio, por improcedente se mostra o pedido indenizatório.** Daí, em sem mais delongas, a razão de não existir fundamento justo para se imputar ao Estado a responsabilidade pelo evento danoso, por mais trágico que tenha sido o ocorrido na vida do autor postulante. RECURSO PROVIDO” (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos Infringentes nº 2006.005.00292. 1ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Maldonado de Carvalho. Julgamento em 30 de janeiro de 2007. EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO POLICIAL. BALA PERDIDA. NEXO CAUSAL INCOMPROVADO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PROVIMENTO DO RECURSO).

“APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. FERIMENTOS PROVOCADOS POR BALA PERDIDA DURANTE CONFRONTO ENTRE POLICIAIS E TRAFICANTES. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. RECURSO IMPROVIDO.1.A responsabilidade do Estado, em matéria de Segurança Pública, é objetiva, desde que



comprovado o nexo causal entre a ação dos agentes estatais e o dano experimentado pelas vítimas, surgindo aí, para este o dever de indenizar. 2. Na hipótese vertente, durante toda a fase probatória, não ficou esclarecida a procedência do projétil que acabou por ferir os autores no interior de sua residência. 3. Assim, **por mais dramática que seja a situação vivida pelos autores, como não é possível afirmar que o tiro partiu da arma de um agente público, não tem o Estado que indenizar os danos por estes sofridos.** 4. Pretensão de reforma da sentença que não pode subsistir em razão da ausência de comprovação do nexo causal. 5. Recurso que se nega provimento” (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2007.001.56863. 6ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Benedicto Abicair. Julgamento em 23 de janeiro de 2008. APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. FERIMENTOS PROVOCADOS POR BALA PERDIDA DURANTE CONFRONTO ENTRE POLICIAIS E TRAFICANTES. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. RECURSO IMPROVIDO).

ATENÇÃO Entretanto, é importante ressaltar que algumas decisões do TJRJ consideraram o argumento de que o **art. 5º, X da Constituição** da República positivou o princípio impositivo do **dever de cuidado (*neminem laedere*)** como norma de conduta, assegurando proteção à integridade patrimonial e extrapatrimonial de pessoa inocente, e estabelece como sanção a obrigação de reparar os danos, sem falar em culpa.

Nesse sentido, a troca de tiros entre policiais e bandidos em via pública impõe ao Estado o dever de indenizar, sendo irrelevante a origem



da bala. A conduta comissiva perpetrada, qual seja, a participação no evento danoso causando dano injusto às vítimas inocentes conduz à sua responsabilização, mesmo com um atuar lícito, estabelecendo-se, assim, o nexa causal necessário:

“DILIGENCIA POLICIAL COM TROCA DE TIROS. BALA PERDIDA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, par. 6. da CRFB/88. Ato lícito da administração. Troca de disparos de arma de fogo em via pública. Bala perdida. Dever de indenizar. **O art. 5., X da Lei Maior positivou o princípio impositivo do dever de cuidado ("neminem laedere") como norma de conduta, assegurando proteção à integridade patrimonial e extrapatrimonial de pessoa inocente, e estabelece como sanção a obrigação de reparar os danos, sem falar em culpa.** A CRFB/88, em seu art. 37, par. 6, prestigiou a Teoria do Risco Administrativo como fundamento para a responsabilidade civil do Estado, seja por ato ilícito da Administração Pública, seja por ato lícito. A troca de disparos de arma de fogo efetuada entre policiais e bandidos conforme prova dos autos impõe à Administração Pública o dever de indenizar, sendo irrelevante a proveniência da bala. A conduta comissiva perpetrada, qual seja, a participação no evento danoso causando dano injusto à vítima inocente conduz à sua responsabilização, mesmo com um atuar lícito, estabelecendo-se, assim, o nexa causal necessário. Desprovisionamento do recurso (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2007.001.59401. 15ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Helda Lima Meireles).



Já a decisão da 2ª Turma do STF, no ARE 1.382.159, que decidiu que o Poder Público é responsável pelas vítimas durante operações policiais, embora não tenha sido proferida pelo Plenário da Corte, é um sinal de virada jurisprudencial.

Por 4 votos a 1, prevaleceu o entendimento do voto do ministro Gilmar Mendes, que defendeu que cabe ao Estado comprovar que uma ação foi legal quando ocorre uma morte durante operação policial.

Essa decisão, aliás, faz parte de um contexto que, pode-se dizer, teve início com a “**ADPF das favelas**” (635/RJ).

ADPF das favelas” (635/RJ)

O Partido Socialista Brasileiro (PSB) ajuizou a ADPF, a qual a DPE/RJ integrou na condição de *amicus curiae*, pedindo para que fossem reconhecidas e sanadas o que entende serem graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição praticadas pelo Estado do Rio de Janeiro na elaboração e implementação de sua política de segurança pública, notadamente no que tange à **excessiva e crescente letalidade da atuação policial**. A ação foi assinada por Daniel Sarmiento que, além de professor da UERJ, costuma compor bancas de concurso do RJ.

A letalidade policial no Rio de Janeiro é a mais desproporcional dentre os Estado da federação. Nesse sentido, durante a pandemia da COVID-19, sobretudo em razão das políticas de isolamento social e do *lockdown*, o STF decidiu que:

Se forem realizadas operações policiais em perímetros nos quais estejam localizados escolas,



creches, hospitais ou postos de saúde, deverão ser observadas as seguintes diretrizes:

a) a absoluta excepcionalidade da medida, especialmente no período de entrada e de saída dos estabelecimentos educacionais, devendo o respectivo comando justificar, prévia ou posteriormente, em expediente próprio ou no bojo da investigação penal que fundamenta a operação, as razões concretas que tornaram indispensável o desenvolvimento das ações nessas regiões, com o envio dessa justificativa ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em até 24 horas;

b) a proibição da prática de utilização de qualquer equipamento educacional ou de saúde como base operacional das polícias civil e militar, vedando-se, inclusive, o baseamento de recursos operacionais nas áreas de entrada e de saída desses estabelecimentos; e

c) a elaboração de protocolos próprios e sigilosos de comunicação envolvendo as polícias civil e militar, e os segmentos federal, estadual e municipal das áreas de educação e de saúde, de maneira que os diretores ou chefes das unidades, logo após o desencadeamento de operações policiais, tenham tempo hábil para reduzir os riscos à integridade física das pessoas sob sua responsabilidade.



Posteriormente, julgando embargos de declaração propostos em face de alguns pedidos inicialmente indeferidos, a Suprema Corte ainda determinou que o Estado do Rio de Janeiro elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 90 dias, um plano visando à redução da letalidade policial e o controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança fluminenses, que contenha medidas objetivas, cronogramas específicos e a previsão dos recursos necessários para a sua implementação.



QUESTÃO 03 A Lei Federal nº 11.340, de 07/08/2006, que cria mecanismo para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, conhecida como “Lei Maria da Penha”, dispõe expressamente sobre a garantia de assistência às vítimas de violência doméstica pela Defensoria Pública.

Assim, acerca do papel desempenhado pela Defensoria Pública no amparo às vítimas de violência doméstica, responda: De que forma deve se dar essa assistência? Qual é a sua finalidade? Esta é semelhante a figura do assistente da acusação no processo penal?

26

PADRÃO DE RESPOSTA

A assistência prestada pela Defensoria Pública às vítimas de violência doméstica se dá por meio da chamada assistência qualificada.

A Lei Maria da Penha prevê o direito de toda mulher em situação de violência doméstica a ter acesso aos serviços da Defensoria Pública mediante atendimento específico e humanizado. Também prevê que em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o caso de medidas protetivas.

A **assistência qualificada** tem a finalidade de evitar, por assim dizer, a chamada vitimização secundária (que é o sofrimento suportado pela vítima nas fases de inquérito e do processo, em que passa a rememorar todo o sofrimento causado pelo fato criminoso, através de interrogatórios, depoimentos, ouvida de testemunhas etc.).

A atuação da Defensoria Pública em defesa da mulher na forma da assistência qualificada, para parte da doutrina, não deve ser confundida com a atuação do Ministério Público ou do assistente de acusação, posto que a atuação do defensor público na Lei Maria da Penha deve se direcionar exclusivamente para as necessidades apresentadas pela ofendida, ouvindo-se e respeitando-se as suas manifestações de vontade, após a devida orientação sobre as



consequências jurídicas e processuais de seus atos. Essa é a posição também defendida pelo Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais (Condege).

ESPELHO DE CORREÇÃO

27

ESPELHO DE CORREÇÃO	TOTAL:	ALUNO:
Explicitar o papel da Defensoria Pública na assistência qualificada;	25	
Mencionar sua previsão expressa na LMP;	25	
Discorrer sobre a finalidade da assistência qualificada;	25	
Esclarecer que a assistência qualificada não se confunde com a assistência à acusação.	25	

COMENTÁRIOS

Um tema importante e atual diz respeito à assistência qualificada. Vamos entender.

Segundo o art. 4º, XI, da LC 80/1994, são funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: “*exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado*”.

O artigo 28 da Lei Maria da Penha estabelece: É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.

Já o art. 27 da Lei Maria da Penha estabelece que em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e



familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei (medidas protetivas).

Costuma-se apontar, atualmente, **duas hipóteses legais de assistência qualificada:**

28

1) Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006)

Previsão legal: Art. 27 e 28

Art. 27. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei.

Art. 28. É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.

2) Lei de Crimes de Preconceito (Lei nº 7.716/1989)

Previsão legal: Art. 20-D

Art. 20-D. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a vítima dos crimes de racismo deverá estar acompanhada de advogado ou defensor público. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

Cabe registrar que há posicionamento de que essa assistência qualificada seria equivalente à figura do assistente da acusação, o que não reflete o posicionamento do Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais



(Condege), por exemplo, pois para este, a atuação da Defensoria Pública na defesa da mulher em situação de violência doméstica e familiar, conforme os artigos 27 e 28 da Lei Maria da Penha, é plena e não se confunde com a assistência de acusação dos artigos 268 e seguintes do CPP".

Nesse sentido o Enunciado VI do Colégio Nacional dos Defensores Públicos-Gerais (Condege):

"Enunciado VI – Considerando o art. 4º, inciso XI e XVIII, da Lei Complementar 80/1994, a atuação da Defensoria Pública na defesa da mulher em situação de violência doméstica e familiar, conforme os artigos 27 e 28 da Lei Maria da Penha, é plena e não se confunde com a assistência de acusação dos artigos 268 e seguintes do CPP"

TOME NOTA!

Por fim, é bom registrar que a assistência qualificada não é aplicável apenas no processo penal, mas também em processos cíveis, como estabelece o art. 27 da Lei Maria da Penha.

Art. 27. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei.

Ressaltamos caso recente em que, atuando na condição de “assistente da vítima”, o que inclui orientação jurídica e suporte amplo, multidisciplinar e humanizado em todas as etapas do processo, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro garantiu na Justiça a indisponibilidade dos bens de um homem que, em fevereiro de 2022, matou a tiros a ex-namorada, no município de Sumidouro, na Região Serrana. O bloqueio visa garantir futuramente a reparação dos danos materiais e morais causados pelo feminicídio à família da vítima, bem como o pagamento de despesas do processo.



RJ: DP consegue bloquear bens de autor de feminicídio para indenização

30

Fonte: ASCOM/DPERJ

Estado: RJ

A Defensoria Pública do Rio garantiu na Justiça a indisponibilidade dos bens de um homem que, em fevereiro passado, matou a tiros a ex-namorada, no município de Sumidouro, na Região Serrana. O bloqueio visa garantir futuramente a reparação dos danos materiais e morais causados pelo feminicídio à família da vítima, bem como o pagamento de despesas do processo.

O caso passou por audiência de instrução e julgamento, no último dia 30, na qual foram ouvidas oito testemunhas e acolhido, pelo Juízo, o pedido da Defensoria pela indisponibilidade dos bens do réu. Na mesma audiência, foi prolatada sentença de pronúncia, o que inaugura uma segunda fase no processo criminal, em que o réu será levado a julgamento pelo Tribunal do Júri, por se tratar de crime intencional contra a vida.

A Defensoria atua em nome da moça e da família, na condição de “assistente da vítima”, o que inclui orientação jurídica e suporte amplo, multidisciplinar e humanizado em todas as etapas do processo. A instituição conta com um Grupo de Trabalho para Assistência às Vítimas Diretas e Indiretas de Feminicídio Consumado ou Tentado, que assume processos do tipo em todo o Estado do Rio de Janeiro, representando familiares ou mulheres sobreviventes inclusive em ações cíveis de alguma forma decorrentes do crime, como guarda de filhos, divórcio, pensão alimentícia, partilha de bens e reparação por danos materiais e morais.

— Através do GT Feminicídio, a Defensoria Pública passou a prestar assistência integral às vítimas diretas e indiretas do crime de feminicídio, nos processos que tramitam nas Varas do Júri, da mesma forma que atuava nos processos dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. A atuação visa resguardar os direitos das vítimas enquanto sujeito de direitos no processo e, principalmente, assegurar a não revitimização, a não culpabilização pela violência sofrida, o direito à informação e à participação efetiva no processo — explica a coordenadora de Defesa dos Direitos da Mulher, Flavia Nascimento, presidenta do grupo de trabalho

O homem foi preso em flagrante, confessou o feminicídio (a vítima foi morta com quatro tiros no rosto) e teve preventiva decretada em



audiência de custódia. O cartório tem 15 dias para informar ao Judiciário se o réu possui imóveis na cidade.

Link para a matéria: [RJ: DP consegue bloquear bens de autor de feminicídio para indenização - ANADEP - Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos](#)



QUESTÃO 04 Discorra acerca do chamado Constitucionalismo Abusivo.

PADRÃO DE RESPOSTA

32

O constitucionalismo, em linhas gerais, como hoje o conhecemos, se origina nos movimentos revolucionários do século XVIII, com as ideias de repartição e limitação do poder e de supremacia da lei, através do Estado de direito. Ao longo dos anos, novas ideias foram incorporadas ao ideal constitucionalista, de maneira que, a partir do século XX, passou a abarcar também a garantia de direitos fundamentais bem como a proteção da democracia, originando, assim, o Estado constitucional democrático.

A democracia, por sua vez, em termos constitucionais, comporta dois sentidos: formal, que inclui a ideia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, frequentemente referidos como liberdades públicas; e material, que, na expressão de Luís Roberto Barroso, é mais do que o governo da maioria, é o governo para todos.

E para realizar a democracia nessa dimensão mais profunda, o Estado deve promover igualmente outros direitos fundamentais, como o direito de participação. É nesse contexto que se insere o chamado constitucionalismo abusivo, que, originalmente formulado por David Landau, parte do pressuposto de que o Poder Executivo se valeria da discricionariedade administrativa para elaborar normas formalmente legais, porém comprometedoras dos princípios constitucionais fundamentais.

Nesse íterim, decidiu o STF na ADPF 622 que são incompatíveis com a Constituição Federal as regras previstas em Decreto, que, a pretexto de regular o funcionamento de órgãos de deliberação popular, frustram a participação das entidades da sociedade civil na formulação e no controle da execução de políticas públicas.

ESPELHO DE CORREÇÃO



ESPELHO DE CORREÇÃO	TOTAL	ALUNO
<i>Expor o conceito de constitucionalismo</i>	20	
<i>Explicar o evolução do conceito</i>	20	
<i>Conceituar o constitucionalismo abusivo</i>	20	
<i>Abordar o entendimento do Supremo Tribunal Federal</i>	20	
<i>Bom vocabulário jurídico, coesão e coerência;</i>	20	

COMENTÁRIOS

Constitucionalismo

J.J. GOMES CANOTILHO identifica vários constitucionalismos, como:

O Inglês	O Americano	O Francês
<i>Magna Carta</i> (1215) <i>Petition of Rights</i> (1628), <i>Habeas Corpus Act</i> (1679) e o <i>Bill of Rights</i> (1689)	<i>Declaration of Rights</i> do Estado de Virginia (1776) Constituição (1787)	Constituição da França (1791)

Ademais, prefere falar em “**movimentos constitucionais**”.

Conceito

“uma teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.



Neste sentido, o **constitucionalismo moderno** representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

NICOLA MATTEUCI define como uma técnica de liberdade, através da qual os direitos fundamentais são garantidos em face do Estado.

Origem

A doutrina divide a origem do constitucionalismo em 2:

- i) o **Constitucionalismo Antigo**; e
- ii) o **Constitucionalismo Moderno**.

O CONSTITUCIONALISMO ANTIGO

ANTIGUIDADE CLÁSSICA

POVO HEBREU, se organizava politicamente por meio do regime teocrático, regido por convicções da comunidade e por costumes nacionais.

Nesse regime, os detentores do poder estavam limitados pela lei do Senhor, que também precisava ser respeitada pelos governados. Destaque-se, ainda, que, no sistema hebreu, os profetas possuíam legitimidade para fiscalizar os atos dos governantes que extrapolassem a lei do Senhor. Considerando-se que todo e qualquer Estado tem uma Constituição, a lei do Senhor pode ser vista como uma verdadeira Constituição em sentido material.

Características:

- leis não escritas e costumes (principal fonte);



- forte influência da religião (os patriarcas e os sacerdotes eram vistos como Deus na terra);
- meios de coerção (ordálias);
- tendência a julgar litígios com base em “precedentes”.

CIDADES-ESTADOS GREGAS como exemplo de democracia constitucional, nas quais vigorava um regime em que havia ampla participação dos governados na condução do processo político (ex: Constituição de Sólon, em Atenas). Vigorava a chamada democracia direta, regime em que os governados participam ativa e diretamente do processo decisório.

Características:

- *constituições não escritas*
- *possibilidade de modificação das proclamações constitucionais*
- *supremacia do Parlamento;*
- *irresponsabilidade dos governantes.*

ROMA (REPUBLICA) o termo “*constitutio*” era usado desde a época do Imperador Adriano, mas significava normas editadas pelos imperadores com valor de lei. Havia uma “separação de poderes” entre os cônsules, senado e povo, ainda que embrionária. Os romanos reproduziram e adaptaram/melhoraram a experiência grega. Criou alguns conceitos como *res publica* e *principado*.

IDADE MÉDIA

INGLATERRA: centralizada no princípio do *Rule of Law*. Diferentemente da França, o modelo de poder inglês não era absolutista porque o poder real sempre encontrou algum tipo de limitação, como a Carta Magna de 1215.

A doutrina identifica como manifestações do constitucionalismo inglês o *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* (1689) o *Act of*



Settlement (1701), e DANIEL SARMENTO ainda aponta o *Human Rigts Act* (1998) e o *Constitutional Reform Act* (2005). Todos esses foram documentos que garantiram e garantem proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, limitando a ingerência estatal na esfera privada.

Revolução Gloriosa – 1688	Revolução Francesa - 1789
Pretendia manter e reforçar direitos e privilégios	Visava destruir o modelo existente (ancien régime) para construir um novo Estado

NOVELINO ressalta que a subordinação do governo ao direito só foi possível na Inglaterra graças a um fator específico: **a independência dos juízes** (que consideravam, ao lado das leis, os precedentes e os princípios gerais do direito contidos no *common law*).

Um dos símbolos do constitucionalismo inglês é o Parlamento (democracia de Westminster), organizado ao longo do séc. XVII. Nesse período surgiram os partidos políticos ingleses:

Tories	Whigs
Maioria de proprietários rurais	Liberais
Conservadores	puritanos
Ligados ao Anglicanismo	tolerantes com os demais protestantes
Queriam uma Coroa forte (direito divino dos reis)	ligados as doutrinas de contrato social

Características:

- *Supremacia do Parlamento;*
- *responsabilidade parlamentar do governo*
- *monarquia parlamentar*



- *independência do Judiciário*
- *carência de um Direito Administrativo formal*
- *convenções constitucionais*

O CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Vai do fim do séc. XVIII com as Revoluções Liberais até o fim da 1ª Guerra Mundial (1917).

Embora, num primeiro momento, as ideias do constitucionalismo não estivessem condicionadas à existência de Constituições escritas, com o tempo essas se tornaram ferramentas essenciais para o movimento, juridicizando a relação entre Estado e cidadão.

O constitucionalismo moderno nasce com um forte **viés liberal**, consagrando como valores:

- a liberdade, - a proteção à propriedade privada,
- a proteção aos direitos individuais (evidenciando o voluntarismo) e
- a exigência de que o Estado se abstenha de intervir na esfera privada (abstencionismo estatal).

A) Constitucionalismo Liberal ou Clássico:

Os direitos civis e políticos consagrados nos textos constitucionais são classificados como a **primeira geração/dimensão** dos direitos fundamentais, ligada ao valor LIBERDADE.

Nessa fase liberal ou clássica há 2 experiências constitucionais extremamente importantes: a norte-americana e a francesa.



➔ Experiência norte-americana

(constitucionalismo estadualista).

Tem base na doutrina de:

- JOHN LOCKE (individualismo e liberalismo) e do
- Barão de MONSTESQUIEU (limitação do poder).

38

1 - Declaração de Independência: A decisão política de emancipação das 13 Colônias se deu com a publicação da *Declaration of Rights* do Estado de Virginia ou *Virginia Bill of Rights* (12 de junho de 1776) e da *Constitution of Virginia* (29 de junho de 1776), elaborada pelos Founding Fathers¹ (Mason, Madison, Jefferson).

2 - Constituição: Em seguida, foi ratificado o *Articles of Confederation and Perpetual Union* (1777), instrumento de governo dos 13 Estados recém independentes (EUA). Depois, foi substituído pela atual *Constituição dos EUA* (17 de Setembro de 1787, na Convenção da Filadélfia).

Características:

- primeira Constituição escrita (1787) e foi a partir dela que surgiram ideias fundamentais, como a ideia de constituição rígida, formal e suprema.
- ideia de controle DIFUSO de constitucionalidade, tendo como parâmetro uma constituição escrita. Nasceu, pois, com a decisão de 1803, do juiz Marshal, no caso Marbury VS Madison. Já havia até alguns precedentes, mas essa sistematizou a ideia.
- Fortalecimento do Judiciário: os americanos tinham receio dos abusos perpetrados pelo Parlamento inglês, razão pela qual optaram pelo fortalecimento do Judiciário (judicial review);
- separação dos poderes (check and balance) também foi garantida; nasceu

¹ Grupo de figuras notáveis que participaram do processo de independência dos EUA: Declaração de Independência, Revolução, elaboração da Constituição.



também o federalismo nos moldes hoje conhecidos (houve experiências diferentes menos importantes anteriores); adotou-se a república e criou-se o presidencialismo.

- Direitos humanos

39

É, portanto, a **primeira constituição** no sentido que hoje compreendemos. Um modelo essencialmente material.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO saliente que nos **EUA** também é possível identificar outros **embriões do constitucionalismo**:

- os *forais*, - *cartas de franquia*, - os *contratos de colonização* (*Compact* – 1620 e as *Fundamental Orders of Connecticut* - 1639), mais tarde confirmadas pelo rei Carlos II, que as incorporou à Carta outorgada em 1662): imbuídos de igualitarismo, os colonos fixaram, de maneira consensual, as regras por que haveriam de governar-se,
- bem como a *Declaration of Rights* do Estado de Virginia (1776).

➡ **Experiência francesa** (constitucionalismo individualista).

A revolução feita pelo Terceiro estado (em linhas gerais, camponeses e burguesia ascendente) resultou do inconformismo destes com os privilégios da nobreza e do clero.

A constituição escrita foi usada como uma arma ideológica contra o Velho Regime, contra a promiscuidade entre a Monarquia e o Estado.

2 ideias básicas nortearam o constitucionalismo francês:

GARANTIA DOS DIREITOS + SEPARAÇÃO DE PODERES

Resultaria, daí, o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:



*A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos **direitos** nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.*

O constitucionalismo inglês exerceu muita influência, mas os franceses não entenderam muito bem o sistema de precedentes da *common law*, e acabaram por adotar aspectos do modelo americano, que, por sua vez, foi influenciado pelo inglês.

40

Daí pode-se dizer que o constitucionalismo inglês influenciou o americano e o francês.

Características:

- 2ª Constituição escrita (3 de junho de 1791);
- extremamente prolixa e analítica, 402 artigos (a dos EUA, que é sintética, tem 7 artigos originais + 27 emendas).

Hoje, muitas das constituições, inclusive a brasileira, são prolixas.

- surgiu a ideia também de Poder Constituinte, nessa época da revolução francesa.
- supremacia do Parlamento (povo no poder/princípio da Legalidade);
- manutenção da monarquia constitucional;
- limitação dos poderes do Rei;
- separação de poderes;
- surgimento da Escola da Exegese, a partir do Código de Napoleão de 1804 (desconfiança do povo para com os juízes – ausência de controle de constitucionalidade).

Como quase toda revolução, o ciclo terminou num golpe de Estado, dando início a ditadura napoleônica, que, por sua vez, não fez nada que presta do ponto de vista constitucional.

B) Constitucionalismo Social:



Com o fim da Primeira Guerra Mundial, o liberalismo entrou em crise. A crise econômica agravou as desigualdades sociais e o liberalismo passou a ser questionado. Indignadas, as classes menos favorecidas passaram a exigir do Poder Público não só a garantia das liberdades individuais, mas também direitos prestacionais, como saúde, educação e assistência aos hipossuficientes. Diante disso, as Constituições começam a consagrar um novo grupo de direitos, dando início a uma nova fase do constitucionalismo moderno.

Esse novo modelo de constituição tem 2 paradigmas importantes:

As constituições Mexicana (1917) e a de Weimar (Alemanha – 1919).

Essas constituições passam a consagrar os chamados direitos de 2ª geração/dimensão.

Constituição Mexicana de 1917	Constituição de Weimar de 1919
A 1ª a incluir direitos trabalhistas entre os direitos fundamentais (art. 5º); consagrava limitação da jornada, salário mínimo, idade mínima de admissão, previdência social, proteção a maternidade e ao salário (art. 123)	Consolidou a estrutura da democracia social desenhada pela CM/17; consagrou direitos fundamentais econômicos e sociais ligados ao trabalho, a educação e a seguridade social (arts. 145 a 165).

Características:

- o Estado Social abandona a postura abstencionista e passa a intervir nas relações econômicas, sociais e trabalhistas (criação de estatais, regulação, prestação de serviços, leis trabalhistas).
- papel decisivo na produção e distribuição de bens;
- garantia de um mínimo de bem estar social (Estado do Bem Estar Social).
- Consagra direitos de 2ª geração/dimensão (igualdade material).
- nesse período surge o controle CONCENTRADO de constitucionalidade na Constituição da Áustria (1920).



ATENÇÃO Gerações de direitos fundamentais. Essa ideia de gerações surgiu com KAREL VASAK (tcheco-francês), quando ele quis relacionar o surgimento dos direitos fundamentais com o lema da revolução francesa – Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Difundiu-se no mundo por obra de NORBERTO BOBBIO e, aqui no Brasil, por PAULO BONAVIDES.

➡ **Direitos Fundamentais de Primeira geração**: surgem nesse período do constitucionalismo moderno. Direitos associados ao valor “liberdade” (igualdade formal). Direitos de liberdade. Direitos civis e políticos. Os direitos civis são direitos de defesa. Além disso, são direitos de *status* negativo, que impõem um não fazer do Estado, uma abstenção deste. Já os direitos políticos são direitos de participação. Através deles os indivíduos participam da vida política do Estado. Direito de votar e ser votado, etc. As Constituições americana e francesa traziam basicamente, nesse primeiro momento, esses direitos civis e políticos. A americana até hoje, pois não consagra os sociais.

➡ **Direitos Fundamentais de Segunda Geração**: Direitos de Igualdade. Qual igualdade? Igualdade material. Direitos cujos principais destinatários são os hipossuficientes. São os chamados direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos prestacionais, ou direitos a prestações (nem de defesa nem de participação). Direitos que exigem do Estado prestações materiais e/ou jurídicas, com vistas à redução das desigualdades. São mais difíceis de serem implementados.

ATENÇÃO Com a 2ª geração surgem as chamadas “Garantias Institucionais”.

O que são elas?

As **garantias individuais** são as que protegem direitos dos indivíduos.

As **garantias institucionais** são garantias de instituições importantes para a sociedade. Percebeu-se que tão importante quanto proteger o indivíduo era proteger algumas instituições, como garantir uma imprensa livre, proteger a família, o



funcionalismo público.

➡ **Direitos Fundamentais de Terceira geração** são os direitos de fraternidade ou de solidariedade. Rol exemplificativo: direito ao desenvolvimento ou progresso; ao meio ambiente; à autodeterminação dos povos; direito sobre o patrimônio comum da humanidade; direito de comunicação. Esses são os mencionados por Paulo Bonavides. Direito do consumidor e direitos das crianças e dos idosos muitos autores colocam como de terceira geração. Paulo Bonavides não coloca. Além dessa terceira geração, que começou a ser considerada após a segunda guerra mundial, Paulo Bonavides fala em quarta geração.

43

NEOCONSTITUCIONALISMO

O **neoconstitucionalismo**, também chamado por alguns de **constitucionalismo contemporâneo**, constitucionalismo avançado ou constitucionalismo de direitos, tem como marco histórico o **pós-Segunda Guerra Mundial**. Ele representa uma resposta às atrocidades cometidas pelos regimes totalitários (nazismo e fascismo) e, justamente por isso, tem como fundamento a **dignidade da pessoa humana**.

Esse novo pensamento se reflete no conteúdo das Constituições. Se antes elas se limitavam a estabelecer os fundamentos da organização do Estado do Poder, agora passam a **prever valores** em seus textos (principalmente referentes à dignidade da pessoa humana) e **opções políticas gerais** (redução das desigualdades sociais, por exemplo) e **específicas** (como a obrigação do Estado de prover educação e saúde).

LUÍS ROBERTO BARROSO, de forma bem objetiva, nos explica que o neoconstitucionalismo identifica um **amplo conjunto de modificações** ocorridas **no Estado e no direito constitucional**.



Marco Histórico	Marco Filosófico	Marco Teórico
a formação do Estado Constitucional de Direito , cuja consolidação se deu ao longo das últimas décadas do século XX. O Estado constitucional de Direito começa a se formar no pós-Segunda Guerra Mundial, em face do reconhecimento da força normativa da Constituição. A legalidade, a partir daí, subordina-se à constituição, sendo a validade das normas jurídicas dependente de sua compatibilidade com as normas constitucionais . Há uma mudança de paradigmas: o Estado Legislativo de Direito dá lugar ao Estado Constitucional de Direito .	é o pós-positivismo , que reconhece a centralidade dos direitos fundamentais e reaproxima o Direito e a Ética . O princípio da dignidade da pessoa humana ganha relevância; busca-se a concretização dos direitos fundamentais e a garantia de condições mínimas de existência aos indivíduos (“mínimo existencial”). Há um processo de constitucionalização de direitos . A Constituição ganha forte conteúdo axiológico, incorporando valores como os de justiça social, moralidade e equidade. No pós-positivismo, os princípios passam a ser encarados como verdadeiras normas jurídicas (e não mais apenas como meios de integração do ordenamento!).	é o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição , a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional .

O reconhecimento da força normativa da Constituição busca garantir **concretização dos valores** inseridos no texto constitucional; constituição não pode (e não deve!) ser vista como uma mera carta de intenções, mas sim como um conjunto de valores que deve ser realizado na prática.



Com a ênfase dada aos direitos fundamentais, à jurisdição constitucional ganha novos contornos: passa a ser tarefa, também, do Poder Judiciário proteger os direitos fundamentais. A Constituição passa a ser o **centro do sistema jurídico**; o neoconstitucionalismo está voltado a reconhecer a supremacia da Constituição, cujo conteúdo passou a **condicionar validade de todo o Direito** e a estabelecer deveres de atuação para os órgãos de direção política. A Constituição, além de estar, do ponto de vista formal, no topo do ordenamento jurídico, é também **paradigma interpretativo de todos os ramos do Direito**.

Características:

A força normativa da Constituição. Eram normas meramente programáticas, programas a serem implementados, mas não eram vinculantes. Era norma que não era norma. Eram conselhos ao legislador. Por que isso? Na Europa, o Legislador era visto como um amigo dos direitos. Eles não desconfiavam do legislador. Por isso não era necessário vincular o legislador. Já nos EUA eles desconfiavam do legislador, pois já tinham sofrido com o parlamento inglês. Após a segunda Guerra, essa ideia europeia começa a se modificar. O alemão Konrad Hesse, em 1949, publicou “A Força Normativa da Constituição”.

Dentro de uma concepção jurídica de constituição, ela era uma norma! Normatividade dos princípios. Outra mudança importante foi que as normas constitucionais passaram a ser vistas de um modo diferente. Antes se distinguia princípios de normas. Princípios, pois, não vinculavam, eram conselhos, como as normas programáticas. Após as obras de Ronald Dworkin e as de Robert Alexy, princípios são também normas! Norma é gênero, do qual os princípios e as regras são espécies.

A segunda característica é a rematerialização das constituições. As constituições contemporâneas tendem a ser prolixas, tratando de temas não essencialmente constitucionais.



A terceira é o fortalecimento da jurisdição constitucional. Se sempre existiu nos EUA, é novidade na Europa e na América Latina. O Judiciário hoje é protagonista. Se isso é bom ou ruim, entra numa análise prescritiva, que não é o caso. O professor apenas descreve a realidade.

A quarta é a centralidade da constituição e dos direitos fundamentais. “*Ontem os Códigos, hoje as Constituições*” (Paulo Bonavides). A Constituição ocupa hoje um lugar central no ordenamento jurídico, lugar esse outrora ocupado pelos Códigos. Essa centralidade tem sido rotulada pela expressão “Constitucionalização do direito”. Poderíamos organizar a ideia de constitucionalização do direito em três aspectos:

- a) O primeiro aspecto seria a consagração de normas de outros ramos do direito na Constituição. A CF/88 tem normas de direito penal, processo penal, tributário, previdenciário, etc. Esse aspecto é o mais evidente.
- b) O segundo aspecto é a chamada filtragem constitucional. Significa a interpretação de outros ramos do direito à luz da Constituição. Feita pelo princípio da Interpretação Conforme. Ex.: o realizado pelo STF no caso das uniões homoafetivas.

O que é filtragem constitucional?

“*Ontem os Códigos; hoje as Constituições: a revanche de Grécia contra Roma*” (Paulo Bonavides e Eros Grau).

De acordo com Luís Roberto Barroso, consiste no fenômeno segundo o qual toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob as lentes da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Assim, sob a égide do neoconstitucionalismo, a Constituição assumiu posição de centralidade no ordenamento, cujos preceitos são dotados de normatividade e



se irradiam para os outros ramos do Direito, devendo, inclusive, os Códigos serem interpretados à sua luz.

- c) O terceiro e último aspecto da constitucionalização do direito é a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que nada mais é que a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

Nesse constitucionalismo contemporâneo, passaram a ser consagrados novos direitos fundamentais.

Paulo Bonavides acrescenta as seguintes gerações de direito:

Quarta geração: direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Outros autores falam do direito à identificação genética do indivíduo e direitos relacionados à bioengenharia e à biotecnologia como sendo também de quarta geração.

a) Democracia: Quando o professor Paulo Bonavides se refere à democracia como quarta geração, ele se refere à ampliação da ideia de democracia, e não ao seu surgimento, pois obviamente ela já existia. E o que significa essa ampliação? A democracia tradicionalmente era vista em seu sentido formal, associada à vontade da maioria. Hoje temos uma dimensão material, que significa que ela (a democracia) não se esgota na ideia de vontade da maioria, mas pressupõe, também, a garantia de direitos básicos para todos, inclusive para as minorias. Além disso, na democracia atual há uma ampliação nos mecanismos de participação popular direta. Plebiscito, referendo, iniciativa popular, etc. Tudo isso justifica a menção de Bonavides ao direito à democracia como de quarta geração.

b) Informação: O direito à informação, por sua vez, abrange três aspectos: o direito a ser informado, o direito de se informar e o dever a informar.



c) Pluralismo: Em nossa constituição, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Mas esse pluralismo político mencionado na CF não se resume ao pluripartidarismo. É o respeito à diversidade.

Quinta geração: Paulo Bonavides fala também em direitos de quinta geração. Direito à paz. Direito à paz, na verdade, originariamente fazia parte da terceira geração elaborada por Bonavides. Mas nas edições mais recentes da sua obra, ele insere como quinta geração, afirmando que é um axioma da democracia, valor supremo da humanidade e até hoje não foi alcançado em sua plenitude. Por isso seria importante destacá-lo dos demais. Com isso, Bonavides acaba descaracterizando a ideia das gerações, porque elas são essencialmente descritivas, desprovidas de valorações prescritivas.

CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

No acórdão da ADPF 622, onde a DPE/RJ atuou na condição de amicus curiae, o relator Min. Luís Roberto Barroso conceituou o constitucionalismo abusivo como “prática que promove a interpretação ou a alteração do ordenamento jurídico, de forma a concentrar poderes no Chefe do Executivo e a desabilitar agentes que exercem controle sobre a sua atuação”.

No caso em tela, o STF decidiu que é inconstitucional norma que, a pretexto de regulamentar, dificulta a participação da sociedade civil em conselhos deliberativos.

O objeto da ação foi o Decreto nº 10.003/2019, que, a pretexto de regular o funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (Conanda), frustrou a participação das entidades da sociedade civil na formulação e no controle da execução de políticas públicas em favor de crianças e adolescentes.

Breves considerações acerca do julgado



O ECA (Lei nº 8.069/90) previu a necessidade de serem criados conselhos para deliberar e controlar as ações voltadas à defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes:

Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:

(...)

II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais;

Em nível federal, a Lei nº 8.242/91 criou o Conanda (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente). Essa lei afirma que o Conanda é integrado por representantes do Poder Executivo, assegurada a participação dos órgãos executores das políticas sociais básicas na área de ação social, justiça, educação, saúde, economia, trabalho e previdência social e, em igual número, por representantes de entidades não governamentais de âmbito nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

Em 2019, o Presidente da República editou o Decreto nº 10.003 alterando as normas sobre a constituição e o funcionamento do Conanda.

Além disso, os membros do Conselho foram destituídos mesmo estando ainda no curso dos seus mandatos.

O Procurador-Geral da República ajuizou ADPF contra o referido Decreto afirmando que a norma impugnada, na prática, esvaziou a participação da sociedade civil no Conselho, em violação aos princípios da democracia participativa (arts. 1º, parágrafo único, CF/88), da igualdade (art. 5º, I, CF/88), da segurança jurídica (art. 5º, CF/88), da proteção à criança e ao adolescente (art. 227, CF/88) e da vedação ao retrocesso institucional (art. 1º, caput e III;



art. 5º, XXXVI e §1º; art. 60, §4º, CF/88).

O STF decidiu, então, que a estruturação da administração pública federal insere-se na competência discricionária do Chefe do Executivo federal. Entretanto, o exercício dessa competência encontra limites na Constituição e nas leis, e deve respeitá-las.

Assim, asseverou que as regras do Decreto contrariam norma constitucional expressa, que exige a participação, e colocam em risco a proteção integral e prioritária da infância e da juventude.

50

Constitucionalismo Abusivo, Legalismo Autocrático e Democracia Iliberal

Como dito, o constitucionalismo abusivo é uma espécie de contraponto a efetivação do princípio democrático no seu aspecto material.

Pela importância paradigmática do julgado, segue trecho do acórdão:

“Esse fenômeno tem recebido, na ordem internacional, diversas denominações, entre as quais: “constitucionalismo abusivo”, “legalismo autocrático” e “democracia iliberal”. Todos esses conceitos aludem a experiências estrangeiras que têm em comum a atuação de líderes carismáticos, eleitos pelo voto popular, que, uma vez no poder, modificam o ordenamento jurídico, com o propósito de assegurar a sua permanência no poder.

O modo de atuar de tais líderes abrange:

(i) a tentativa de esvaziamento ou enfraquecimento dos demais Poderes, sempre que não compactuem com seus propósitos, com ataques ao Congresso Nacional e às cortes;

(ii) o desmonte ou a captura de órgãos ou instituições de controle, como conselhos, agências reguladoras, instituições de combate à corrupção, Ministério Público etc;

(iii) o ataque a organizações da sociedade civil, que atuem em prol da defesa de direitos no espaço público;



(iv) a rejeição a discursos protetivos de direitos fundamentais, sobretudo no que respeita a grupos minoritários e vulneráveis – como negros, mulheres, população LGBTI e indígenas; e

(v) o ataque à imprensa, quando leva ao público informações incômodas para o governo”.

Em síntese, as medidas promovidas pelo Decreto nº 10.003/2019 visavam conferir ao Executivo o controle da composição e das decisões do Conanda, o que o neutralizaria como instância crítica de controle.

Trata-se, portanto, de norma que frustra o comando constitucional que assegurou participação às entidades representativas da sociedade civil na formulação e no controle das políticas públicas para crianças e adolescentes.

Não bastasse isso, o decreto viola o princípio da legalidade, uma vez que desrespeita as normas que regem o Conanda, tal como previstas na Lei nº 8.242/1991. Além disso, ao procurar modificar o funcionamento do Conanda por meio de decreto, quando seria necessária lei, também excluiu a participação do Congresso Nacional em debate de extrema relevância para o país.



QUESTÃO 05 É cediço que o Ministério Público dispõe do chamado *poder de requisição*. Entretanto, dispõe a Defensoria Pública da mesma prerrogativa? Disserte fundamentadamente a luz da jurisprudência.

PADRÃO DE RESPOSTA

A Defensoria Pública (art. 134 CF) é uma instituição pública que visa oferecer, de forma integral e gratuita, assistência e orientação jurídica às pessoas que não possuem condições financeiras de pagar as despesas destes serviços. Além disso, promove a defesa dos direitos humanos, direitos individuais e coletivos e de grupos em situação vulnerável.

A assistência jurídica gratuita às pessoas vulneráveis é um direito e garantia fundamental de cidadania, prevista no artigo 5º, LXXIV da Constituição.

Os princípios institucionais, por sua vez, podem ser compreendidos como a base que sustenta e dá estrutura à Defensoria Pública. Eles espelham os postulados básicos e os valores fundamentais da Instituição, formando o núcleo essencial de sua sistemática normativa.

Os princípios institucionais são previstos no art. 3º da LC nº 80/94 e, com o advento da Emenda 80/14, ganharam status constitucional.

O poder de requisição, a seu turno, é uma das prerrogativas mais importantes conferidas aos membros da Defensoria Pública, uma vez que reforça o paradigma de priorização de soluções extrajudiciais, na forma do art. 134, *caput*, da CF e do sentido principiológico do CPC/2015.

Conforme prevê a LC 80/94, o poder de requisição só pode ser exercido em face de autoridades e agentes públicos.

Acerca da prerrogativa o STF julgou diversas ADI's, para determinar que a Defensoria Pública detém a prerrogativa de requisitar, de quaisquer autoridades públicas e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias à sua atuação.



ESPELHO DE CORREÇÃO

ESPELHO DE CORREÇÃO	TOTAL	ALUNO
<i>O papel constitucional da Defensoria</i>	20	
<i>O arcabouço normativo da instituição</i>	20	
<i>Conceito de poder de requisição</i>	20	
<i>Apresentar a jurisprudência do STF</i>	20	
<i>Bom vocabulário jurídico, coesão e coerência</i>	20	

COMENTÁRIOS

A Defensoria na Constituição

Trata-se de função essencial à justiça, na forma do art. 134 CF, incumbida da orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados (art. 5º, LXXIV).

A LC 80/94 organiza a Defensoria Pública da União e Territórios e estabelece normas gerais para as Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal.

O ingresso na carreira se dá mediante aprovação em concurso público de provas e títulos. Seus membros possuem a garantia da inamovibilidade e lhes é vedada a advocacia fora das atribuições institucionais.

A instituição goza ainda de autonomia funcional e administrativa e iniciativa de sua proposta orçamentária, devendo seus recursos ser repassados até o dia 20 de cada mês em duodécimos.



Os principais princípios institucionais são: unidade, indivisibilidade e independência funcional. Nesse sentido, serão aplicáveis os arts. 93 e 96, inciso II, da Constituição, no que couber.

A Defensoria teve sua fisionomia constitucional gradualmente alterada.

Segue a linha cronológica das Emendas que trataram do tema:

EC 45/2004	Garantiu <u>autonomia funcional e administrativa</u> , bem como a iniciativa de proposta orçamentária <u>às Defensorias Estaduais</u> .
EC 69/2012	Garantiu <u>autonomia funcional e administrativa</u> , bem como a iniciativa de proposta orçamentária à <u>Defensoria do DF</u> de maneira implícita.
EC 74/2013	Garantiu expressamente autonomia funcional e administrativa, bem como a iniciativa de proposta.
EC 80/2014	Alterou o caput do art. 134, da CF, tornando a redação idêntica ao art. 1º da LC 80/94, com redação dada pela LC 132/2009, constitucionalizando, assim, as principais prerrogativas da DP.

Princípios institucionais da DP

Os princípios institucionais são previstos no art. 3º da LC 80/94 e, com o advento da EC 80/14, foram constitucionalizados.

Art. 3º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Art. 134, § 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta



Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

A constitucionalização dos princípios institucionais da Defensoria assegura sua exigibilidade (eficácia positiva), autoriza a declaração de inconstitucionalidade de atos que os ofendam (eficácia negativa) e subordina a aplicação das normas pertinentes aos valores neles contidos (eficácia interpretativa).

55

1. Unidade

O princípio da unidade traduz a ideia de que a Defensoria Pública é um todo orgânico. É uma instituição una.

2. Indivisibilidade

A indivisibilidade como princípio institucional permite que um defensor substitua outro, sem nenhum prejuízo ao assistido, de forma a garantir a continuidade da prestação do serviço.

O que se entende por defensor natural?

O art. 4º-A da Lei Complementar nº 80/94 prevê o patrocínio dos direitos e interesses dos assistidos da Defensoria pelo defensor natural.

Art. 4º-A. São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos: (...)

IV – o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural; (...)

Já decidiu o STJ (RHC nº 61848 / PA) que viola o princípio do defensor natural



a designação de advogado *ad hoc* para atuar no feito em que já atuava antes a Defensoria Pública. Neste sentido, o STF (HC nº 337.754/SC) também se manifestou no sentido de que só se admite a designação de advogado *ad hoc* para atuar no feito quando não há órgão de assistência judiciária na comarca, ou se este não está devidamente organizado na localidade, havendo desproporção entre os assistidos e os respectivos defensores, chancelando o princípio do defensor natural.

3. Independência funcional

O princípio da independência funcional possui dois escopos. Como princípio institucional, a independência funcional é uma prerrogativa da instituição de não se subordinar a qualquer outro órgão. O outro escopo é a prerrogativa de que gozam os Defensores Públicos, os quais são dotados de autonomia e independência no exercício de suas funções, devendo respeito apenas às suas convicções, à lei e ao que está no processo.

O Defensor Geral, portanto, não pode se imiscuir na convicção de um membro da Defensoria Pública, que deve ter seu entendimento jurídico respeitado, tal como ocorre com os membros do Ministério Público.

Em razão da independência funcional, o Defensor pode deixar de patrocinar a ação quando esta for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio, comunicando seus fundamentos ao Defensor Público Geral.

Garantias e Prerrogativas

As garantias institucionais são normas que buscam garantir a plena liberdade de atuação dos Defensores Públicos, independentemente de pressões internas ou externas que possam prejudicar o exercício das atribuições legais.



As garantias não devem ser vistas como privilégios corporativos, mas sim como mecanismos destinados a preservar o interesse público na boa atuação da Defensoria Pública.

As garantias são normas de ordem pública, ou seja, de aplicação obrigatória, não dependendo de concordância dos Defensores Públicos para sua aplicabilidade.

Dentre essas garantias encontra-se o poder de requisição. Segundo a LC 80/94, o poder de requisição só pode ser exercido em face de autoridades e agentes **públicos** (“requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições”).

PODER DE REQUISIÇÃO DO MP	PODER DE REQUISIÇÃO DA DP
<ul style="list-style-type: none">- Previsão legal e constitucional;- Pode ser exercido em face de entidades públicas e privadas.	<ul style="list-style-type: none">- Previsão somente infraconstitucional (LC 80/94, art. 128, X) ;- Pode ser exercido somente em face de entidades públicas.

De acordo com Diogo Esteves e Franklyn Roger, para garantir a plena proteção dos direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais da sociedade, a Defensoria Pública deve dispor dos mecanismos jurídicos que lhe permitam realizar suas finalidades legais. Assim, lecionam:

*“Justamente por isso, entendemos que **os membros da Defensoria Pública, quando estiverem no exercício de atribuições de caráter eminentemente coletivo, poderão requisitar, de qualquer organismo público ou particular**, certidões, informações, exames ou perícias.*

*Esse raciocínio decorre logicamente da **teoria dos***



poderes implícitos, segundo a qual “a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos”.

Defende a doutrina que a requisição expedida pela Defensoria possui a natureza de **ordem**, e não de solicitação, sendo ato administrativo revestido de imperatividade, autoexecutoriedade e presunção de legitimidade, cujo descumprimento pode acarretar sanções administrativas.

ATENÇÃO DPE/RJ

Na **ADI 230 (2010)**, o STF julgou inconstitucional o art. 178, IV, da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, que assegurava o poder de requisição dos Defensores Públicos estaduais em face de entidades públicas e privadas.

Na fundamentação, os ministros destacaram que o poder de requisição dos membros da Defensoria Pública representaria uma “exacerbação das prerrogativas asseguradas aos demais advogados”. Uma expressão muito marcada na época foi o dito pela Ministra Carmen Lúcia que alegou que se os Defensores Públicos tiverem a prerrogativa da Requisição, se tornariam “**super advogados**”.

Todavia, é importante destacar:

1º) O STF não adota a **teoria da transcendência dos motivos determinantes**, de modo que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da CE do RJ não pode se estender automaticamente ao dispositivo da LC nº 80/94, que consagra a prerrogativa da requisição.

Nesse sentido, o STF decidiu recentemente que a Defensoria Pública detém a prerrogativa de requisitar, de quaisquer autoridades públicas e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias à sua atuação.



Essa prerrogativa está prevista em diversos dispositivos da LC 80/94:

Art. 8º São atribuições do Defensor Público-Geral, dentre outras:

(...)

XVI - requisitar de qualquer autoridade pública e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias à atuação da Defensoria Pública;

Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União:

(...)

X - requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições;

Art. 56. São atribuições do Defensor Público-Geral:

(...)

XVI - requisitar de qualquer autoridade pública e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias à atuação da Defensoria Pública;

Art. 89. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios:

(...)

X - requisitar de autoridade pública ou de seus agentes



exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições;

LC 80/94: Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer:

(...)

X - requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições;

Mais recentemente, o Procurador-Geral da República ajuizou ADI contra todos esses dispositivos da LC 80/94. Propôs ação, ainda, contra as leis complementares de diversos estados, que também conferem à Defensoria Pública estadual a possibilidade de requisitar informações e documentos a autoridades, agentes e órgãos públicos.

O PGR alegou que o poder de requisição atribuído às Defensorias Públicas padeceria de inconstitucionalidade material. Sustentou que a atribuição de poder requisitório aos defensores públicos, por revestir-se dos atributos de autoexecutoriedade, imperatividade e presunção de legitimidade, violaria o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o **preceito da paridade de armas na relação processual, especialmente no tocante à produção de provas.**

O Plenário, por maioria, em análise conjunta de todas as ações, julgou **improcedentes os pedidos** declarando a constitucionalidade do poder de requisição das Defensorias Públicas.



O art. 134 da Constituição Federal, com redação dada pela EC 80/2014, configura concretização do direito constitucional ao acesso à justiça, insculpido no art. 5º, LXXIV.

Assim, o direito fundamental de assistência jurídica, gratuita e integral converte-se em verdadeira garantia constitucional, ao atribuir-se à Defensoria Pública a qualidade de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.

61

A Defensoria Pública está erigida como órgão autônomo da administração da justiça, e, por isso, conta com independência e autonomia administrativa, financeira e orçamentária, conferidas pelas EC 45/2004, 73 /2013 e 80/2014 e assentadas também no art. 134 da Constituição Federal.

Delineado o papel atribuído à Defensoria Pública pela Constituição Federal, resta evidente concluir que ela não é uma categoria equiparada à Advocacia, seja ela pública ou privada, estando, na realidade, mais próxima ao desenho institucional atribuído ao próprio Ministério Público.

Nesse sentido, assim como ocorre com o Ministério Público, igualmente legitimado para a proteção de grupos vulneráveis, os poderes previstos à Defensoria Pública, seja em sede constitucional - como a capacidade de se autogovernar - ou em âmbito infraconstitucional - como a prerrogativa questionada de requisição - foram atribuídos como instrumentos para a garantia do cumprimento de suas funções institucionais.

Ao conceder tal prerrogativa aos membros da Defensoria Pública, o legislador buscou propiciar condições materiais para o exercício de suas atribuições, não havendo que se falar em qualquer espécie de violação ao texto constitucional, mas, ao contrário, em sua densificação.

A possibilidade de a Defensoria requisitar certidões, informações e documentos de órgãos públicos, embora não tenha previsão constitucional expressa, é



medida salutar porque permite, inclusive, a solução de demandas pelas vias administrativas ou transacionais, evitando o ajuizamento de processos judiciais.

Além disso, esse poder de requisição serve como um auxílio para o assistido conseguir obter os documentos que necessita para a garantia de seus direitos, diminuindo o tempo que os hipossuficientes precisarão esperar para serem atendidos.

62

Nesse sentido, a retirada da prerrogativa de requisição implicaria, na prática, a criação de obstáculo à atuação da Defensoria Pública, a comprometer sua função primordial, bem como a autonomia que lhe foi garantida.

O poder de requisitar de qualquer autoridade pública e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias ao exercício de suas atribuições, foi atribuído aos membros da Defensoria Pública porque eles exercem, e para que continuem a exercer de forma desembaraçada, uma função essencial à Justiça e à democracia, especialmente, no tocante, a sua atuação coletiva e fiscalizadora.

Para se aprofundar:

Ler

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=482093&ori=>

[1](#)



QUESTÃO 06 Discorra, à Luz da Jurisprudência do STF, sobre o Direito à liberdade de expressão, indicando seus limites, fundamentos e se há eventual direito ao *hate speech*.

PADRÃO DE RESPOSTA

A liberdade de expressão tem previsão constitucional (art. 5º, IX, CRFB/88) e enquadramento como Direito Fundamental. Cinge-se, basicamente, ao direito de se comunicar, sendo interlocutor, orador ou destinatário, podendo manifestar livremente seu pensamento como extensão da liberdade individual e corolário lógico da Dignidade Humana – esta última, vale dizer, sobre a qual repousa toda a pauta substantiva da Constituição Federal de 1988. Todavia, haja vista que não há viabilidade jurídica em se admitirem direitos absolutos, a liberdade de expressão encontra limitações em seu conteúdo.

Um desses limites é, justamente, o respeito aos demais preceitos constitucionais. O STF, quando instado para tratar sobre o assunto, decidiu no caso *Ellwanger* que a liberdade de expressão não protege manifestações de cunho antissemita, que podem ser objeto de persecução penal pela prática do crime de racismo. Historicamente, a corte suprema têm se mantido na mesma linha. Aparentemente, poder-se-ia dizer que a limitação do direito constitucional à liberdade de expressão violaria o Estado Democrático de Direito, sobretudo no tocante ao risco dessa limitação se transmutar em censura, prática constante na época ditatorial brasileira e atualmente é rechaçada pela Constituição Cidadã de 1988. Entretanto, essa premissa não pode ser verdadeira.

É dizer, caso a Constituição permitisse um discurso livre e irrestrito, ao mesmo tempo, autorizaria outro resultado igualmente por ela rechaçado, qual seja, a propagação de notícias e ideias caluniosas, mentirosas e odiosas. A discussão ganhou contornos relevantes recentemente, com o caso das *'fake news'*. Há que se ressaltar, ainda, que *'fake news'* e *'hate speech'* são conceitos jurídicos indeterminados e, por assim o serem, demandam uma complexa tarefa interpretativa, ante a falta de clareza de seu conteúdo. Ato contínuo, deve-se



observar atentamente, no caso concreto, se o direito ao discurso maculou outro direito igualmente protegido, sob pena de incorrer em prática criminosa e, portanto, antijurídica e punível pelo ordenamento.

Por fim, para evitar eventuais discursos antidemocráticos, parte da doutrina defende ser aconselhável que sejam criadas políticas estatais punitivas com vistas a reduzir a incidência do *hate speech*.

ESPELHO DE CORREÇÃO

I	Aspectos microestruturais (adequação ao número de linhas, coesão, coerência, ortografia, morfossintaxe e propriedade vocabular);	- 0,0 a 10,00 pontos	
II	Discorrer sobre o conceito de liberdade de expressão como Direito Fundamental, contextualizando com a censura com o período de Ditadura;	- 0,0 a 30 pontos	
III	Mencionar não existir Direito Fundamental absoluto capaz de legitimar um discurso de ódio, contextualizando com a problemática dos posicionamentos racistas e antissemitas	- 0,0 a 30 pontos	
IV	Mencionar as teorias interna e externa de limitação do conteúdo dos Direitos Fundamentais	- 0,0 a 10 pontos.	
	Demonstrar conhecimento acerca dos casos	- 0,0 a 20	



	recém-chegados a STF e seus fundamentos; - 0,0 pontos. a 20 pontos.		
	TOTAL	100	

COMENTÁRIOS

O tema da liberdade de expressão é bastante sensível para os ativistas em Direitos Humanos, justamente em razão de sua interlocução com a censura e períodos ditatoriais. No Brasil, tivemos um forte movimento de represália à liberdade de expressão durante a Ditadura Militar, que culminou na aprovação do tão famoso “A.I 5” de 1968, no Governo Costa e Silva. Como sabemos, a promulgação da Carta Cidadã de 1988 cuidou de expurgar discursos de ódio de nosso ordenamento, privilegiando a Pessoa Humana como centro de todo o texto constitucional (vide ser um dos fundamentos do art. 1º, III, da CRFB/88);

O tema voltou ao foco em 2003, quando chegou ao Supremo Tribunal Federal um Habeas Corpus de injúria racial e antissemitismo, tendo a corte, em decisão histórica, assentado que o Direito à Liberdade de Expressão (art. 5º, IX, CRFB/88) encontra limites no conteúdo de outros direitos fundamentais, ou seja, que o histórico de censura não pode ser uma “carta branca” para falarem o que quiserem sem nenhuma consequência jurídica.

Mais recentemente, nos anos de 2020 e 2021, o supremo enfrentou casos como o inquérito das fake News e o julgamento sobre o Direito ao Esquecimento, em que também manifestou ser o Direito de Liberdade de Expressão limitado.

Aqui uma pequena observação: No caso do Direito ao Esquecimento, frise-se, o STF entendeu que não seria possível retirar dos veículos midiáticos informação relevante histórica e pertinente para uma matéria jornalística, por consistir em censura prévia. Todavia, os ministros destacaram que caso



alguém fosse injustamente envolvido ou prejudicado, haveria o direito de regresso em via própria para se postularem os valores consecutórios do dano moral sofrido, se comprovado.

O **Caso Ellwanger**, objeto do julgamento de 2003, vem sendo revisitado frequentemente para fundamentar decisões contrárias ao discurso de ódio, justamente pela reafirmação daquela jurisprudência do STF de 20 anos. Lembrem-se que muitos discursos de ódio foram proferidos nesses últimos 4 anos, e também houve alguns ataques de cunho racista.²

Sobre isso, um comentário pertinente, e também um conselho: trata-se de um fato, sem nenhum viés político nesta afirmativa, motivo pelo qual caso seja essa uma questão na prova jamais o candidato deverá manifestar opiniões pessoais contra ou a favor de político algum. um movimento de massa muito maior que qualquer figura política, e afirmar alguma correlação é não só temerário, mas pode indicar fuga ao tema). O tema é, então, relevante, e passível de ser cobrado exigindo-se do candidato um entendimento histórico do assunto, justamente porque mitiga Direitos Fundamentais, noções de Direito Civil-Constitucional e Direito Penal (com a consequente criminalização da conduta).

Vale recordar que o *hate speech* é apenas o início do que pode virar uma ação planejada e coordenada para a execução de alguma medida contra a integridade física do alvo dos ataques, e este é um grande problema a ser combatido. Por tudo quanto exposto, resolvi trazer a liberdade de expressão como tema dessa questão.

Bem, isso dito, vamos tecer alguns aprofundamentos pertinentes.

Essa é uma **questão teórica e, propositalmente, o espelho não exigiu conhecimento de nenhum julgado recente sobre o tema**, mas sim pontuou o conhecimento lato sensu, de forma ampla, da matéria e da forma através da qual ela se desenvolve na jurisprudência do STF.

² A lei que tipifica o crime de racismo é datada de 1989. Contudo, os registros policiais dos casos têm crescido nos últimos anos e quadruplicaram entre 2018 e 2021: de 1.429 para 6.003 ocorrências, segundo o IBGE.



Iremos abordar com precisão e de forma sucinta alguns desses temas, para que, caso seja cobrado no certame, vocês consigam pontuar sendo diretos e aprofundados, demonstrando, em poucas linhas, conhecimento sobre o histórico do tema e suas implicações. Neste ponto, relembrem-se de que a questão pediu 3 itens: i) fundamentação constitucional da liberdade de expressão, ii) eventuais limites e iii) se haveria, com base nela, uma legitimação para o discurso de ódio (*hate speech*).

Primeiramente, importante mencionar que o primeiro caso que chegou ao STF acerca do tema foi há 20 anos, em 2003, quando foi assentada a criminalização da propagação de ideias nazistas. Ou seja, a Suprema Corte entendeu que o crime de racismo e a intolerância religiosa não estão protegidos pela garantia constitucional da liberdade de expressão. O caso teve como paciente o escritor Siegfried Ellwanger, acusado em 1991 por racismo e cujo habeas corpus foi negado em 2003, pelo STF. Ellwanger se manifestava contrariamente ao holocausto, negando sua ocorrência em livros e escritos.

Em sua defesa, trouxe o arcabouço protetivo das liberdades comunicativas, que tem como fundamento o risco de supressão destes direitos por atos não democráticos do Poder Público, tão marcantes na história brasileira a partir de 1964, com o Regime Ditatorial Militar.

Todavia, deve-se entender que os direitos e garantias fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Neste mesmo sentido, decidiu o STF no HC nº 70.814-5/SP (Rel. Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, DJ, 24-6-1994), cuja leitura se recomenda.

Certo é que a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais da sociedade democrática, mas não se pode ignorar sua harmonização com os demais direitos fundamentais, notadamente no tocante à proteção aos direitos individuais dos demais. Ao mesmo tempo, a liberdade de expressão não existe só para proteger as opiniões que estão de acordo com os valores nutridos pela



maioria, mas também aquelas que chocam e agridem, o que poderia justificar a existência legítima de um discurso de ódio. Mas cuidado!

O tema tem acalorado o STF nos últimos anos, muito em razão do julgamento das fake News envolvendo os ministros da corte, Inquérito nº 4.781/DF, presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes. O Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da ADPF 572 para declarar a legalidade e a constitucionalidade do Inquérito n 4781, instaurado com o objetivo de investigar a existência de notícias fraudulentas (fake news), denúncias caluniosas e ameaças contra a Corte, seus ministros e familiares. Prevaleceu o entendimento do relator, ministro Edson Fachin, de que a ADPF 572, cujo objeto era a Portaria 69/2019 da Presidência do STF, que determinou a instauração do inquérito, é totalmente improcedente, “diante de incitamento ao fechamento do STF, de ameaça de morte ou de prisão de seus membros e de apregoada desobediência a decisões judiciais”.

Discutiu-se, na ADPF, a legitimidade do inquérito aberto pelo próprio Supremo, em eventual discordância com o sistema acusatório.

O ministro Luiz Fux afirmou que a legislação brasileira autoriza que juízes, ao verificar a existência de crime, iniciem investigações, especialmente em defesa da jurisdição. Segundo ele, os fatos investigados no INQ 4781 (atos de abuso, de ofensa, de atentado à dignidade da Justiça, do Supremo e da democracia) são “gravíssimos” e se enquadram no Código Penal, na Lei de Segurança Nacional e na Lei de Organizações Criminosas. Para o ministro, os atos investigados são o germe inicial de uma instauração, no Brasil, de atos de terrorismo, com o objetivo de que os juízes, pelo temor, percam sua independência, e, por isso, precisam ser coibidos. “Temos de matar no nascedouro esses atos que estão sendo praticados contra o STF”, afirmou.

O único a divergir foi o ministro Marco Aurélio (hoje aposentado) que entendia que o artigo 43 do Regimento Interno do STF (fundamento para a instauração do inquérito) não foi recepcionado pela Constituição de 1988. Para o ministro, houve violação do sistema penal acusatório constitucional, que separa as funções de acusar, pois o procedimento investigativo não foi provocado pelo



procurador-geral da República, e esse vício inicial contamina sua tramitação. Segundo ele, as investigações têm como objeto manifestações críticas contra os ministros que, em seu entendimento, estão protegidas pela liberdade de expressão e de pensamento.

Portanto, o termo 'fake news' tem sido entendido como a propagação de notícias falsas. Trata-se de um conceito jurídico indeterminado. Conseqüentemente, podendo haver níveis de subjetividade, em que muitas poderão ser as interpretações e também as intenções do emissor da mensagem, o que demandem maior clareza quanto à sua apuração. Certamente, há casos em que é cristalino o conteúdo de ódio. Em outros, evidente que são manifestações neutras. E entre os dois extremos, há uma zona cinzenta, com uma infinidade de situações que geram dúvida se há ou não conteúdo de ódio, os chamados hard cases alcunhados por Ronald Dworkin.

Historicamente, tanto nos EUA quanto na Inglaterra há uma prevalência pela liberdade de expressão. O Filósofo Inglês John Stuart Mill, por exemplo, defendia que o ser humano é um ser falível e que, por isso, não seria possível excluir outras ideias em detrimento de apenas uma. Em apertadíssima síntese, o filósofo era contrário à ideia de verdade absoluta, rejeitando que uma opinião pessoal estivesse completamente equivocada. Nessa lógica, proibir a divulgação de determinados pontos de vista seria um grande erro, pois sua supressão privaria a sociedade do acesso a algo verdadeiro. Em defesa deste raciocínio, ponderou o filósofo, ainda, que o confronto de diferentes pontos de vista é sempre benéfico para a sociedade.

A título de curiosidade, a busca da verdade foi também enfatizada pelo Juiz norte-americano Oliver Wendell Holmes, em voto dissidente que proferiu no caso *Abrahams vs. United States* em 1919 (caso 250 U.S. 616).

Não se pode, contudo, defender um direito ao discurso de ódio no Brasil, notadamente porque o *hate speech* se destina, exatamente, a negar a igualdade entre as pessoas, propagando a inferioridade de alguns e



legitimando a discriminação, maculando os preceitos da Dignidade Humana e igualdade.

Vejamos, contudo, que Daniel Sarmiento³ critica o rechaço ao discurso de ódio como fim em si mesmo. Segundo o autor:

(...) é evidente que a proibição do *hate speech*, por si só, não resolverá os problemas de injustiça estrutural e de falta de reconhecimento social que atingem as minorias. É fundamental para isso implementar ações públicas enérgicas, como as políticas de ação afirmativa, visando a reduzir as desigualdades que penalizam alguns destes grupos, e desenvolver, em paralelo, uma cultura de tolerância e valorização da diversidade, através da educação e de campanhas públicas. Contudo, nenhuma destas medidas é incompatível com a proibição das manifestações de ódio e preconceito contra grupos estigmatizados. Pelo contrário, elas são estratégias complementares e sinérgicas, que partem do mesmo denominador comum: a necessidade do Estado posicionar-se com firmeza em favor da igualdade e do respeito aos direitos dos integrantes dos grupos mais vulneráveis que compõem a sociedade.

Na doutrina de Robert Alexy, os princípios podem ser concebidos como mandamentos de otimização, é dizer, normas que ordenam algo que deve ser realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eventual conflito é meramente uma antinomia aparente, resolvida mediante um juízo de ponderação. Lembrem-se que no que diz respeito às leis, estas são normas e, por isso, submetidas a um juízo de 'tudo ou nada', devendo ser uma delas afastada para a outra manifestar seu conteúdo. No que diz respeito aos Direitos Fundamentais, a tratativa melhor é a que considera que sejam princípios a embasar todo o corpo constitucional (previstos no art.5º como verdadeiras cláusulas pétreas). Há que se operar, portanto, um juízo de concessões recíprocas.

³SARMENTO, Daniel. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PROBLEMA DO "HATE SPEECH". Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf>. Acesso em: 08.jul.2023.



Dentro desse ponto, diferencia-se na pontuação quem mencionar que os direitos fundamentais não são absolutos e de eficácia plena. São suscetíveis a restrições no conteúdo e alcance, preservando-se seu núcleo essencial. É importante lembrar a classificação dada por José Afonso da Silva às normas quanto a sua aplicabilidade. As normas poderão adotar eficácia: plena, contida ou limitada. No tocante aos direitos fundamentais, considerando não haver direito fundamental absoluto, tais normas não possuem eficácia plena, podendo apresentar, conforme a hipótese, eficácia contida (ou restringível) ou limitada. Nesse sentido, a doutrina majoritária defende que a maioria das normas seriam de eficácia contida, enquanto a maior parte daquelas que reconhecem os direitos sociais seriam de eficácia limitada.

Os direitos fundamentais sofrem interferência da chamada teoria do limite dos limites, sendo esta resumida na seguinte assertiva: “não se pode delimitar tanto o conteúdo de um direito fundamental a ponto de esvaziá-lo”. Mantenham essa ideia em mente.

Os Direitos Fundamentais, também, devem ser lidos sob duas correntes: as teorias interna e externa. Basicamente, para os adeptos da teoria interna, o limite de um direito está interno a ele. Ou seja, a posição acerca dos limites imanentes (ou inerentes) é aquela segundo a qual são limites existentes dentro do próprio direito, por um processo interno, não definido nem influenciado por aspectos externos (como colisões com outros direitos). Assim, sem a necessidade de ponderar o direito fundamental com outros de igual status, analisa-se *a priori* a extensão do direito (seu âmbito de proteção), verificando qual seria sua amplitude e, por consequência, quais seriam seus limites. Nestes termos, a definição do conteúdo e extensão de um direito não depende de fatores externos a ele e, por isso mesmo, não há que se falar na possibilidade de restrições. Assim sendo, não existiria a possibilidade de um direito não poder ser exercido por ter sido restringido. Isso porque a ideia de restrição (externa) é substituída pela de limite (interno). Tudo que estiver fora do âmbito de proteção daquele direito é, na realidade, uma conduta desprovida de amparo na ordem jurídica.



Nas lições de Marcelo Novelino⁴

“Nos termos da teoria interna, os limites aos direitos fundamentais são fixados por meio de um processo interno ao próprio direito, sem a influência de outras normas. O direito e os limites a ele imanentes formam uma só coisa. Por ser delimitado aprioristicamente através da interpretação, o direito tem sempre caráter definitivo, nunca provisório (prima facie), isto é, em termos de estrutura normativa, possuem sempre a estrutura de regras, aplicando-se segundo a lógica do ‘tudo ou nada’. Em outras palavras: por serem definidas aprioristicamente, as normas garantidoras dos direitos fundamentais necessariamente serão aplicáveis e produzirão todos os seus efeitos sempre que ocorrer a hipótese prevista em seu suporte fático. A teoria interna, por considerar possível a delimitação rigorosa de cada direito fundamental, refuta a possibilidade de conflito entre eles e, por conseguinte, não admite sopesamentos de princípios. Os direitos fundamentais cuja restrição não seja expressamente autorizada pela constituição não podem ser ‘objeto de autênticas limitações (restrições) legislativas, mas apenas de delimitações, as quais devem desvelar o conteúdo normativo constitucionalmente previsto.”

Assim, para a teoria interna, a imposição de restrições exógenas deve derivar diretamente do corpo da Constituição ou de Leis. Já para a teoria externa, haveria limites imanentes aos próprios direitos, resultantes da determinação do conteúdo. Ou seja, a mesma fonte normativa que prevê o direito também o limite em conteúdo e alcance.

⁴ NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 328.



Finalmente, à luz dessas fundamentações, é passível afirmar que muito embora haja previsão constitucional de um Direito à Liberdade de Expressão, esta não pode ser incondicionada, seja porque encontra limitações em outros direitos igualmente protegidos com status de fundamentais, seja porque encontra limitações em seu conteúdo, a depender da teoria (interna ou externa) que se adote. De todo modo, incompatível com um Estado Democrático de Direito a existência de discurso de cunho racista livre de consequências.