



**Ingo Wolfgang Sarlet  
Hannah Pereira Alff  
Lourenço K. Lenardão  
Lorena Nunes Gonçalves  
Orgs.**

**Constituição e Direitos Fundamentais  
comentários de jurisprudência  
selecionada - Volume II**

Aquarela - Gabrielle Sarlet

A presente obra coletiva é resultado de pesquisas acadêmicas realizadas pelos discentes (mestrandos e doutorandos) de duas disciplinas ministradas/coordenadas pelo Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, PUCRS, no segundo semestre de 2022, oferecidas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS (PPGD-PUCRS). As temáticas dos textos envolvem questões atuais nas pautas dos Tribunais escolhidos e agregam elementos de doutrina constitucional e processual, com especial atenção à eficácia dos direitos fundamentais e caminhos para a sua efetividade. A expectativa dos organizadores é que esta obra municie importantes debates sobre os temas versados, de modo que a comunidade jurídica entenda a importância de constantemente reavaliar o padrão adotado para concretização dos direitos fundamentais, ao se conceber os órgãos de cúpula do Poder Judiciário como pedra de toque deste projeto.

Desejamos a todas e todos uma ótima e proveitosa leitura.

*Os Organizadores.*



Editora Fundação Fênix



**Constituição e Direitos Fundamentais –  
comentários de jurisprudência selecionada**

**v. 2**



## Série Direito

### Conselho Editorial

---

#### Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

#### Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer – Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim – Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro – Ricardo Lupion Garcia

#### Conselho Editorial Nacional

Adalberto de Souza Pasqualotto – PUCRS

Amanda Costa Thomé Travincas – Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Maria DÁvila Lopes – UNIFOR

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos – UERJ

Angélica Luciá Carlini – UNIP

Augusto Jaeger Júnior – UFRGS

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo – Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Cláudia Lima Marques – UFRGS

Clara Iglesias Keller – WZB Berlin Social Sciences Center e Instituto Brasileiro de Ensino

Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmiento – UERJ

Daniel Wunder Hachem – PUCPR e UFPR

Daniel Mitidiero – UFRGS

Denise Pires Fincato – PUCRS

Draiton Gonzaga de Souza – PUCRS

Eugênio Facchini Neto – PUCRS

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer – UniRio

Fabio Siebeneichler de Andrade – PUCRS

Fabiano Menke – UFRGS

Flavia Cristina Piovesan – PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet – PUCRS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB

Gisele Cittadino – PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra – Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Gustavo Osna – PUCRS

Hermes Zaneti Jr

Hermilio Pereira dos Santos Filho – PUCRS  
Ivar Alberto Martins Hartmann – FGV Direito Rio  
Jane Reis Gonçalves Pereira – UERJ  
Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ  
Laura Schertel Mendes  
Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub  
Luis Alberto Reichelt – PUCRS  
Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School  
Miriam Wimmer - IDP - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa  
Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC  
Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP  
Petryck de Araújo Ayala – UFMT  
Paulo Ricardo Schier - Unibrasil  
Phillip Gil França - UNIVEL – PR  
Richard Pae Kim – UNISA  
Teresa Arruda Alvim – PUC-SP  
Thadeu Weber – PUCRS

### **Conselho Editorial Internacional**

Alexandra dos Santos Aragão – Universidade de Coimbra  
Alvaro Avelino Sanchez Bravo – Universidade de Sevilha  
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho – Universidade Católica Portuguesa  
Carlos Blanco de Morais – Universidade de Lisboa  
Clara Iglesias Keller – WZB Berlin Social Sciences Center e Instituto Brasileiro de Ensino  
Desenvolvimento e Pesquisa – IDP  
Cristina Maria de Gouveia Caldeira – Universidade Europeia  
César Landa Arroyo – PUC de Lima, Peru  
Elena Cecilia Alvites Alvites – Pontifícia Universidade Católica do Peru  
Elena Alvites Alvites - PUCP  
Francisco Pereira Coutinho – Universidade NOVA de Lisboa  
Francisco Ballaguer Callejón – Universidade de Granada - Espanha  
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência  
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão  
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca  
Jorge Pereira da Silva – Universidade Católica Portuguesa  
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa  
José Maria Porrás Ramirez – Universidade de Granada – Espanha  
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto  
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra  
Pedro Paulino Grandez Castro – Pontificia Universidad Católica del Peru  
Richard Pae Kim – Professor do Curso de Mestrado em Direito Médico da UNSA  
Víctor Bazán – Universidade Católica de Cuyo

Ingo Wolfgang Sarlet  
Hannah Pereira Alff  
Lourenço Kantorski Lenardão  
Lorena Nunes Gonçalves  
Organizadores

**Constituição e Direitos Fundamentais –  
comentários de jurisprudência selecionada  
v. 2**



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2023

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet  
Diagramação: Editora Fundação Fênix  
Concepção da Capa: Editora Fundação Fênix

*O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.*

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –  
[http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Série Direito – 74

### Catálogo na Fonte

C758 Constituição e direitos fundamentais – comentários de jurisprudência selecionada [recurso eletrônico] / Organizadores Ingo Wolfgang Sarlet ... [et al.]. – Porto Alegre : Editora Fundação Fênix, 2023. v. 2 (Série Direito ; 74)

Demais organizadores: Hannah Pereira Alff, Lourenço Kantorski Lenardão, Lorena Nunes Gonçalves.

Disponível em: <<http://www.fundarfenix.com.br>>

ISBN 978-65-5460-046-0

DOI <https://doi.org/10.36592/9786554600460>

1. Direito Fundamental. 2. Constituição. 3. Direitos civis. 4. Liberdade de expressão. 5. Direitos humanos. 6. Direitos econômicos. 7. Tecnologia. I. Sarlet, Ingo Wolfgang (org.).

CDD: 340

Responsável pela catalogação: Lidiane Corrêa Souza Morschel CRB10/1721



## SUMÁRIO

### APRESENTAÇÃO

*Os Organizadores* 15

### PARTE I

**DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS** 17

**1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DISCURSOS DE ÓDIO E DEMOCRACIA MILITANTE**

*Alyane Martins Dornelles* 19

**2. O PROBLEMA DA PRIMAZIA DO NOME DO MARIDO COMO NOME DE CASADO**

*Mariana Fogaça* 31

**3. A FIXAÇÃO DE CRUCIFIXOS EM SALAS DE AULA: BREVE COMENTÁRIO CRÍTICO SOBRE A DECISÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO**

*Guilherme Schoeninger Vieira* 43

**4. LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CRÍTICA PÚBLICA AO PODER: A DECISÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA NO CASO RENATE KÜNAST**

*Euarda Beutinger Paiva* 55

**5. A CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS**

*Carlos Leandro Maidana da Silva* 71

**6. O DIREITO À INFORMAÇÃO E A PONDERAÇÃO DE INTERESSES NA ÓTICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO**

*Euarda Onzi* 85

**7. O DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA**

*Evaldo Osorio Hackmann* 97

**8. O DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE RELIGIOSA DO EMPREGADO E O DEVER DE NEUTRALIDADE DO EMPREGADOR**

*Carolina Oselame* 111

<b>9. IGUALDADE TRIBUTÁRIA: LIÇÕES DA DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE CONSTITUCIONAL ALEMÃ EM RELAÇÃO AO BENEFÍCIO TRIBUTÁRIO QUE REDUZIA O IMPOSTO SOBRE HERANÇAS E DOAÇÃO EM OPERAÇÕES ENVOLVENDO ATIVOS EMPRESARIAIS</b>	
<i>Luísa Knorre Rabadan</i>	123
<b>10. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS MIGRANTES</b>	
<i>Caroline Dimuro Bender D'Avila</i>	135
<b>11. OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA</b>	
<i>Rafaela Weber Mallmann</i>	155
<b>12. A PROTEÇÃO DA LIBERDADE ARTÍSTICA: ANÁLISE À LUZ DO CASO MEPHISTO JULGADO PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO</b>	
<i>Lorena Nunes Gonçalves</i>	173
<b>13. A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA: UMA ANÁLISE DO CASO TORREGGIANI E OUTROS V. ITÁLIA À LUZ DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS NA DOCTRINA BRASILEIRA</b>	
<i>Sabrina Wiegand Hellwig</i>	185
<b>14. A RESERVA JUDICIAL NAS EXCEÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR: COMPARAÇÃO ENTRE A LEI FUNDAMENTAL DA ALEMENHA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL</b>	
<i>Margot Cristina Agostini</i>	205
<b>15. A NECESSIDADE DE SIGILO E CONFIABILIDADE NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO A RESPEITO DA LEGISLAÇÃO REFERENTE A IMPRESSÃO DO VOTO E A MODIFICAÇÃO DA LEI DE ELEIÇÕES</b>	
<i>Maria Eugênia Londero Deggeroni</i>	219
<b>16. A POLÍTICA EUROPEIA DE INCENTIVO À VALORIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NAS RESOLUÇÕES DE CONFLITOS À LUZ DO DIREITO COMPARADO</b>	
<i>Drieli de Quadros Klippel</i>	247

<b>17. TRIBUTAÇÃO DA FAMÍLIA EM ANÁLISE COMPARADA: POSSIBILIDADE DE DEDUÇÕES DE IMPOSTO DE RENDA PARA PESSOAS COM DUAS RESIDÊNCIAS NA ALEMANHA E ISENÇÃO DE IMPOSTO NO CASO DE VALORES RECEBIDOS PELO ALIMENTADO NO BRASIL</b>	
<i>Edimilson Cardias Rocha</i>	259
<b>18. A EFICÁCIA DA CARTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA: CASOS DE CONFLITO OU SOBREPOSIÇÃO DE DIREITOS E DEVERES ENTRE O QUE ESTÁ PREVISTO NA CARTA E NAS CONSTITUIÇÕES DOS ESTADOS-MEMBROS POR DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA</b>	
<i>Daniela Froener</i>	271
<b>PARTE II</b>	
<b>DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS</b>	285
<b>19. A PROTEÇÃO CLIMÁTICA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO</b>	
<i>Victória Maltchik Salles Jung</i>	287
<b>20. O DIREITO AO SWITCH OFF À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA</b>	
<i>Thaís Fidelis Alves Bruch</i>	299
<b>21. A JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NA UNIÃO EUROPEIA: A OBRIGAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME O DIREITO NACIONAL</b>	
<i>Douglas Hengen</i>	313
<b>22. A RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO SINDICAL EM FACE DO EXCESSO DO MEIO UTILIZADO PARA SUA GARANTIA</b>	
<i>César Augusto Hülsendeger</i>	325
<b>23. O DIREITO A UM MÍNIMO EXISTENCIAL: ANÁLISE DE DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA</b>	
<i>Manoela Siqueira Neumann</i>	339
<b>24. O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E O PRECEDENTE CLIMÁTICO DA SUPREMA CORTE DA IRLANDA</b>	
<i>Lourenço Kantorski Lenardão</i>	351

<b>25. O CASO UBER: O JUÍZO ACERCA DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA PLATAFORMA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA</b>	
<i>Nicole Schultz Della Giustina</i>	367
<b>PARTE III</b>	
<b>DIREITO, CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO</b>	383
<b>26. O CASO CROOKES v. NEWTON DA SUPREMA CORTE DO CANADÁ E SUA IMPORTÂNCIA NA CONSTRUÇÃO DE CONTORNOS NORMATIVOS PARA AS RELAÇÕES COMUNICATIVAS NA INTERNET COM O EMPREGO DE HYPERLINK</b>	
<i>Lucas Reckziegel Weschenfelder</i>	385
<b>27. OS NOVOS PARADIGMAS CIENTÍFICOS E A REVISITAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO IRRESTRITA DO USO DA CANNABIS: UM ESTUDO DA DECISÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO E AS MODERNAS TENDÊNCIAS SOBRE TEMA NO BRASIL</b>	
<i>Nathália Igisk Lopes Portuguese</i>	403
<b>28. A REGULAMENTAÇÃO DA HERANÇA DIGITAL NO BRASIL</b>	
<i>Henrique Almeida Ribeiro</i>	419
<b>29. O RECONHECIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: BREVE ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO</b>	
<i>Helen Lentz Ribeiro Bernasiuk</i>	431
<b>30. DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE INTELECTUAL: A INELEGIBILIDADE DE PATENTEAR IDEIAS ABSTRATAS ANALISADA À LUZ DO CASO ALICE CORPORATION V. CLS BANK INTERNATIONAL DA SUPREMA CORTE ESTADUNIDENSE</b>	
<i>Hannah Pereira Alff</i>	459
<b>31. DIREITO FUNDAMENTAL A UMA BOA ADMINISTRAÇÃO VS. DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA</b>	
<i>Raquel Vieira Paniz</i>	479
<b>32. "NUR MIR?": SAMPLING, LIBERDADE ARTÍSTICA VERSUS DIREITO DE PROPRIEDADE À LUZ DO DIREITO ALEMÃO E EUROPEU</b>	
<i>Roxanne Albanus</i>	493

**33. OS LIMITES DA COLETA, TRATAMENTO E TRANSFERÊNCIAS DE DADOS DE PASSAGEIROS NA UNIÃO EUROPEIA**

*Emmanuel Rocha Reis*

509

**34. SOCIEDADE TECNOLÓGICA E O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA ÁREA DA SAÚDE: APONTAMENTOS A RESPEITO DO PANORAMA ATUAL E DESAFIOS**

*Ricardo Luís Lenz Tatsch*

531

**35. O USO DE COOKIES E O RESPECTIVO CONSENTIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

*Laura Pretto Scholze*

557



## APRESENTAÇÃO

A presente obra coletiva é resultado de pesquisas acadêmicas realizadas pelos discentes (mestrandos e doutorandos) de duas disciplinas ministradas/coordenadas pelo Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, PUCRS, no segundo semestre de 2022, oferecidas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS (PPGD-PUCRS).

Uma das disciplinas, ofertada em nível de Mestrado, versa sobre o tema geral das relações entre a Constituição e Direitos Fundamentais, com ênfase no direito constitucional europeu e alemão, cuidando-se de iniciativa conjunta do PPGD da PUCRS e do PPGD da UFRGS, com apoio do CDEA – Centro de Estudos Europeus e Alemães, DAAD, uma parceria da UFRGS e da PUCRS. A outra disciplina, oferecida no âmbito do Doutorado, ostenta o título Direitos Fundamentais na Sociedade Tecnológica e da Informação.

Outrossim, trata-se de mais uma edição da série de obras com o mesmo título geral integradas por textos dos discentes de ambas as disciplinas, que correspondem à versão, devidamente revista e atualizada, dos trabalhos apresentados como requisito para aprovação nas disciplinas, cuidando-se, além disso, de trabalhos inéditos dos discentes, produzidos precisamente para serem publicados nesta obra coletiva.

Trata-se de textos que se constroem a partir de análises jurisprudenciais de decisões de Tribunais Superiores e Cortes Constitucionais do Brasil e de outros países, bem como de Tribunais Internacionais, de modo a fomentar a análise crítica, a partir da compreensão não só dos seus conteúdos decisórios, mas também dos diferentes argumentos articulados para a tomada de decisão.

As temáticas dos textos envolvem questões atuais nas pautas dos Tribunais escolhidos e agregam elementos de doutrina constitucional e processual, com especial atenção à eficácia dos direitos fundamentais e caminhos para a sua efetividade. A expectativa dos organizadores é que esta obra municie importantes debates sobre os temas versados, de modo que a comunidade jurídica entenda a importância de constantemente reavaliar o padrão adotado para concretização dos

direitos fundamentais, ao se conceber os órgãos de cúpula do Poder Judiciário como pedra de toque deste projeto.

Trata-se, ademais, de concebida para estimular a articulação indispensável entre uma boa teoria e uma boa práxis, dando, além disso, voz e espaço para que os discentes envolvidos possam tornar visíveis e acessíveis à comunidade a sua produção intelectual, além de contribuir – ao menos é o que se espera – para a difusão de comentários e reflexões a respeito de julgados atuais e relevantes.

Importa salientar, outrossim, que a responsabilidade pelo conteúdo dos trabalhos aqui veiculados é dos respectivos autores, aos quais, desde já, agradecemos a sua participação ativa no processo.

Oportuno agradecer, ainda nessa quadra, à CAPES e ao CNPq pelo suporte e apoio no que diz respeito às bolsas de Mestrado e Doutorado atribuídas a diversos discentes integrantes da presente obra coletiva, seja na condição de autores, seja como organizadores.

Um particular agradecimento é também endereçado ao CDEA, na pessoa dos seus Diretores, Profa. Cláudia Lima Marques (UFRGS) e Draiton Gonzaga de Souza (PUCRS), pelo apoio incondicional à iniciativa, incluindo o financiamento da vinda de alguns dos professores estrangeiros convidados para lecionar nas disciplinas referidas.

Por derradeiro, cabe formular um voto de gratidão à Editora da Fundação Fênix, pela parceria decisiva para a viabilização do projeto, o que fazemos na pessoa do Prof. Dr. Jair Tauchen.

Assim, sem mais delongas, desejamos a todas e todos uma ótima e proveitosa leitura.

*Os organizadores e organizadoras*

*Ingo Wolfgang Sarlet.*

*Hannah Pereira Alff.*

*Lourenço Kantorski Lenardão.*

*Lorena Nunes Gonçalves.*



**PARTE I**  
**DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS**



# 1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DISCURSOS DE ÓDIO E DEMOCRACIA MILITANTE

## FREEDOM OF EXPRESSION, HATE SPEECHES AND MILITANT DEMOCRACY



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-01>

Alyane Martins Dornelles<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente ensaio pretende analisar o direito fundamental à liberdade de expressão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão, que julgou improcedente reclamação constitucional que visava a manutenção e organização de marcha em memória de “Rudolf Heß” – extremista intimamente ligado ao “Führer” na cidade de *Wunsiedel*. O estudo também discorrerá sobre discursos de ódio e liberdade de expressão, bem como sobre aos conceitos da democracia militante frente a de discursos de ódio. O método de abordagem utilizado é o dedutivo, a partir dos conceitos doutrinários e jurisprudenciais, com a técnica da revisão bibliográfica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Fundamental à liberdade de expressão. Discursos de ódio. Democracia militante.

### ABSTRACT

*This essay intends to analyze the fundamental right to freedom of expression handed down by the German Constitutional Court, which dismissed a constitutional claim aimed at maintaining and organizing a march in memory of “Rudolf Heß” – an extremist closely linked to the “Führer” in the city of Wunsiede. The study will also discuss hate speech and freedom of expression, as well as the concepts of militant democracy in the face of hate speech. The approach method used is deductive, based on doctrinal and jurisprudential concepts, with the technique of bibliographic review.*

**KEYWORDS:** *Fundamental right to freedom of expression. Hate speeches. Militant democracy.*

---

<sup>1</sup> Mestranda pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com ênfase em Direito Europeu e Alemão. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Digital e Proteção de Dados pela Escola Brasileira de Direito (EAD). Moderadora de Grupo de Estudos de Direito e Inovação junto à Escola Superior da Advocacia do Rio Grande do Sul. Advogada. E-mail: alyane@dornellesebrotto.com.br. Lattes <http://lattes.cnpq.br/7568201016439749>.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto de análise o acórdão de julgamento proferido pelo Tribunal Constitucional Alemão sobre reclamação constitucional contra decisão judicial #39. BVerfGE 124, 300 (*Ruldolf HeB Gedenkfeier*).

Em suma, pretendia o reclamante impugnar decisão proferida pelo Tribunal Federal Administrativo sobre proibição de ato em local público em memória *Ruldolf HeB Gedenkfeier* – um dos mais fanáticos nazistas, procurador de *Hitler* e comandante de Auschwitz, que fora julgado em Nuremberg, sentenciado à morte e executado em abril de 1947.

Tal impugnação ocorreu após a inserção no Código Penal Alemão de dispositivo que criminalizava a realização de reuniões que glorificassem ou justificassem o poder e o despotismo nacional-socialista (MARTINS, 2004, 123).

A referida marcha era realizada em “homenagem” ao fanático nazista, morto após a guerra, e fora realizada em anos anteriores à vigência do § 130 IV StGB. Em 2004 aproximadamente 5000 (cinco mil) pessoas participaram do referido ato.

No ano de 2005 com o advento do dispositivo suprarreferido a câmara legislativa de *Wunsiedel* proibiu a realização do evento, visto que incentivava discurso de ódio bem como pretendia ter como mártir grande algoz do regime nazista (MARTINS, 2004,123).

As razões para a reclamação constitucional argumentavam que por ser uma lei geral, a alteração introduzida no Código Penal Alemão não poderia se sobrepor a Lei Fundamental (*Grundgesetz*) de modo que feriria o direito fundamental do reclamante à liberdade de expressão (MARTINS, 2004, 124).

No *decisum* o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que não havia violação à lei fundamental pela lei, exatamente porque a lei impugnada que penalizava a incitação do ódio é perfeitamente compatível com a lei fundamental, portanto, inexistiu no caso em voga violação à direito fundamental, visto que na ponderação de princípios estamos diante de dois direitos péticos: ora a liberdade de expressão, ora o princípio do Estado Democrático de Direito (MARTINS, 2004,126).

Entendeu-se, portanto, que o § 130 IV StGB é compatível com o Art. 5 I e II GG (Lei fundamental) mesmo não sendo ela uma lei geral, especialmente em virtude do

não-direito atrelado ao nazismo bem como por respeito a princípios axiológicos de base da dogmática jurídico-germânica (MARTINS, 2004,128).

Nesse contexto, e tendo em vista a crescente proliferação de discursos de ódio também na democracia brasileira com a disseminação de ideias autoritárias que persistem em minar regimes democráticos, ilustrada por protestos antidemocráticos após, por exemplo, eleição presidencial legítima, o presente estudo pretende realizar um cotejo entre conceitos de democracia militante, liberdade de expressão e os discursos de ódio tomando como base a decisão em comento.

## 2 ANÁLISE CRÍTICA

Primeiramente, é de se destacar que o caso elegido para o presente trabalho é alvo de muitas críticas de juristas, visto que o teor de fundo da decisão fora muito mais política do que de cunho constitucional como hodiernamente tratado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (MARTINS, 2004,11).

O dispositivo legal §130StGB possui a seguinte redação:

Com pena privativa de liberdade até cinco anos ou com multa será castigado quem, em público ou em uma reunião, aprove, negue ou minimize um fato cometido com base no regime do nacionalismo e da índole disposta no § 220 a (1), de tal maneira que seja capaz de perturbar a ordem pública (MARTINS, 2004, 124).

A seu turno o Artigo 5, I e II da Lei Fundamental está assim positivado:

Artigo 5

[Liberdade de opinião, de arte e ciência]

(1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura.

(2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal.

No teor da decisão a Corte alemã reconhece que o § 130, 4, do StGb não é uma lei geral, contrariando limite legal estabelecido pelo item II do Artigo 5º. No entanto, assevera entendimento que tal regramento, mesmo não sendo uma lei geral, é compatível com a lei fundamental. Deste modo, o TFC com excepcionalidade, limitou o exercício e impôs limites à liberdade de expressão, visto que em que pese não positivada em lei geral a pretensão de fundo seria homenagear e glorificar o regime nacional-socialista (CAVALCANTE FILHO, 2014,82), tal trecho que convém colacionar:

O § 130 IV StGb não é uma lei geral. Embora a norma sirva à paz pública e, assim, à proteção de um bem jurídico que<sup>3</sup>, no mais, é protegido no ordenamento jurídico de maneiras diversas, o + 130 IV StGB configura esse proteção não de modo geral e aberto a conteúdos, mas é relativo somente às manifestações de opinião que expressem uma determinada atitude em relação ao nacional-socialismo, A norma não serve à proteção de vítimas de violência em geral e não se baseia, de modo consciente, na aprovação, glorificação e justificação do poder e despotismo de regimes totalitários, como um todo, as é limitada somente a expressões relativas ao nacional-socialismo.

Significa dizer que, ao invés de considerar inconstitucional por não ser o § 130, 4, do StGb uma lei geral, o Tribunal Constitucional Alemão admitiu a recepção do dispositivo frente ao artigo 5 da *Grundgesetz*, visto que os ideais pretendidos pelos reclamantes, quais seja propagandear o nazismo, são incompatíveis com valores da sociedade alemã e com a própria lei fundamental (CAVALCANTE FILHO, 2014,82).

Sempre que estamos diante a análise de direitos fundamentais necessitamos pensar sobre os institutos jurídicos protegidos. No caso em voga, se admitiu a manutenção da proibição da marcha de cunho nazista pautado nos preceitos também fundamentais do Estado Democrático de Direito.

De acordo com Alexy (2006, 319) o artigo 5º, II da Lei Fundamental possui caráter dúplice: primeiro quando prevê a atuação a margem do âmbito de proteção da norma e segundo possibilitaria o sopesamento para intervenção no âmbito de proteção.

Nenhum direito fundamental é por si só absoluto, e este equilíbrio entre direitos fundamentais é o exercício interpretativo mais desafiador ao operador do direito. Deste modo urge perpassar os conceitos com a finalidade de verificar se o discurso de ódio estaria sob o manto de proteção dos direitos fundamentais.

Importante aqui conceituar o que seriam discursos de ódio e até que ponto a propagação de tais ideias são protegidas pelo direito à liberdade de expressão, o professor Cavalcante Filho (2014, 18) assim leciona sobre o tema:

O exercício da liberdade de expressão para insultar pessoas ou grupos de pessoas, propagando o ódio baseado em motivos como raça, religião, cor, origem, gênero, orientação sexual etc. Racismo, xenofobia, homofobia, antissemitismo são fenômenos modernos e contemporâneos que constituem, na verdade, variantes do discurso do ódio.

A Constituição Federal brasileira, não diverge acerca do tema, visto que consta na cartela de direitos fundamentais o direito à liberdade de expressão como forma a evitar a censura, especialmente por ter sido a nossa Constituição promulgada após longo regime autoritário instaurado durante a ditadura militar. Contexto similar a promulgação da Lei Fundamental Alemã, que emergiu após o regime totalitário instituído durante o Terceiro Reich. Ambas prestigiam à liberdade de expressão, especialmente por ser característica de regimes autoritários a vedação a este direito fundamental (CAVALCANTE FILHO, 2014,86).

Sem embargo, é importante ponderar que o princípio da liberdade de expressão é pilar da democracia, e como tal, é vocacionado a além de proteger opiniões pautadas em valores comuns em sociedade, e mais, necessita ser presente em discursos que avançam contra ideias não dotadas de consenso e popularidade (SARMENTO, 2006,4).

Segundo Sarmento (2006, 19) a questão da liberdade de expressão na Alemanha possui destaque dentro do sistema de direitos fundamentais como fundamento preponderante para formação de sociedade livre e informada, no entanto o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio tratado com grau de superioridade dentro dos direitos fundamentais.

É bem verdade que diante dos horrores sofridos pelo holocausto a corte Constitucional atuou em diversos julgados utilizando o princípio da ponderação ao bem jurídico tutelado, Sarmiento (2006, 25) sobre o discurso de ódio e as decisões do Tribunal Constitucional Alemão assim pondera:

Vê-se, portanto, que o modelo alemão não aceita o hate speech, mas também não descuida da proteção da liberdade de expressão, sobretudo quando está em jogo a discussão de questões de interesse público. Por outro lado, há, no confronto com as liberdades comunicativas, uma proteção mais intensa dos direitos da personalidade de minorias em situação de desvantagem, como os judeus e deficientes físicos. A metodologia empregada para solucionar as colisões de direitos é sempre a ponderação de interesses, realizada sobre o background de um sistema axiológico em cujo centro está o princípio da dignidade humana. Este modelo germânico pode ser explicado não só a partir da ordem constitucional positiva alemã, mas também da sua cultura jurídica e humanitária, ainda fortemente influenciada pelo trauma do Nacional-Socialismo, que não transaciona com os atentados contra a dignidade individual, e nem está disposta a correr o risco do surgimento de algum novo monstro que possa ser nutrido por um excesso de tolerância com o intolerante.

É nesse contexto, que constatamos que a decisão tomada pela Corte Constitucional Alemã ao julgar improcedente a reclamação BVerfGE 124, 300 (*Ruldolf HeB Gedenkfeier*) possui balizas inspiradas no conceito de democracia militante. Nos ensinamentos de Samuel Issacharoff temos que *"mesmo uma sociedade tolerante e democrática deve ser capaz de fiscalizar as suas frágeis fronteiras"*.

A ideia de democracia militante (*streibare demokratie*) fora proposta por Karl Loewenstein no ano de 1937, o referido autor havia estudado ciência política em Munique, sua cidade natal, e fugiu do regime nazista quando a perseguição passou a atentar contra a vida de judeus e dissidentes (MADDOX, 2019, 3). Em sua produção científica, o autor pensava que a democracia era cara demais para ser confiadas às pessoas, deste modo, aduzia que a falha do povo era exatamente o sentir. No ponto é conveniente lembrar que a ascensão do partido nacional-socialista se deu de forma



democrática, sendo *a posteriori* autoritarista. Ainda sobre a definição de democracia proposta por Loewenstein (MADDOX, 2019, 5) vejamos valioso trecho de sua obra:

*A salvação dos valores absolutos da democracia não deve ser esperada a partir da abdicação em favor do emocionalismo, utilizado para propósitos egoístas desenfreados por líderes autoproclamados, mas por transformação deliberada de formas obsoletas e conceitos rígidos nas novas instrumentalidades 'disciplinadas', ou mesmo - não tenhamos medo da palavra - 'democracia autoritária'.*

Atualizando a teoria de Loewenstein referida alhures, Sarmiento (2006, 36) possui grande contribuição para a discussão em voga, segundo ele a democracia militante encontra-se vocacionada a proteção das democracias, vejamos:

A idéia da democracia militante acima exposta, adotada não só na Alemanha, mas também na jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, é a de que posições incompatíveis com as bases fundamentais de uma sociedade democrática não devem ser toleradas, para evitar-se o risco de que a democracia se converta numa empreitada suicida. Para esta posição, o banimento do espaço público de idéias radicalmente antidemocráticas, como as subjacentes ao hate speech, não violaria a democracia, mas seria antes uma forma de protegê-la contra os seus adversários. O que aqui justifica a restrição é o temor de que os inimigos da democracia possam usar-se das franquias democráticas, como a liberdade de expressão, para chegarem ao poder e depois aboli-las.

Não é necessário grande exercício teleológico para constatar que experienciamos na atual sociedade enorme propagação de discursos de ódio que tentam fixar raízes sob o manto da liberdade de expressão, com pretextos notoriamente antidemocráticos. A realidade brasileira também não se furta de tal tendência, como exemplo podemos destacar que após as eleições de 2022 diversos atos antidemocráticos eclodiram pelo país, tendo como pauta a anulação de eleição legítima, requerendo intervenção militar. Ainda nesse cenário manifestações reacionárias multiplicaram-se em estradas e em quartéis militares. O conceito de

democracia militante está também insculpido na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2022), *in verbis*:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I – caráter nacional;

II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III – prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV – funcionamento parlamentar de acordo com a lei;

Logo a democracia militante vem positivada na legislação brasileira quando veda a criação de partidos políticos que atentem contra o regime democrático e contra os direitos fundamentais.

A temática já fora objeto de análise recentíssima pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 6.225 do Distrito Federal, em que um partido político pretendia a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo o § 3º do art. 326-A do Código Eleitoral, *in verbis*:

"Art. 326-A. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto.

§ 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

§ 3º - Incorrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído".

A ação tinha como um de seus argumentos que o dispositivo legal suprarreferido feriria o direito fundamental à liberdade de expressão de modo que sua criminalização durante o período eleitoral colidiria com o direito fundamental de eleitores e de suas manifestações. A bem da verdade o dispositivo legal inserido no Código Eleitoral vem em encontro ao combate a desinformação durante período eleitoral.

Nesse sentido, com maestria e com escopo na doutrina alemã e democracia militante, colaciona-se trecho do voto da ministra relatora Carmem Lúcia que ilustra bem a questão:

A título de exemplo, a Alemanha é caracterizada, por muitos autores, como uma democracia militante. Nesse sentido, de acordo com Ronald Krotoszynski, "qualquer discurso que tenha por objetivo a destruição do governo democrático não possui qualquer proteção de acordo com a Lei Fundamental". Foi com base nessa ideia que o Tribunal Constitucional Federal alemão decretou, por exemplo, o banimento dos Partidos Socialista e Comunista alemães, considerados como plataformas para a atuação do Partido Nazista e para a adoção de projetos políticos e ações contra a ordem constitucional estabelecida (Krotoszynski jr, Ronald. *A Comparative Perspective of The First Amendement: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany*. Tulane Law Review. V. 78. N. 5. p. 1590- 1591).

Deste modo, em que pese as críticas e discussões sobre o julgamento pelo Tribunal Federal Constitucional, no caso #39. BVerfGE 124, 300 (*Ruldolf HeB Gedenkfeier*), a decisão, em nosso sentir, fora acertada na medida que não se pode admitir supremacia do direito fundamental à liberdade de expressão quando estamos diante de discursos de ódio que incitam e glorificam o nazismo. Questões autoritárias não são compatíveis com o estado democrático de direito. Note-se ainda que a necessária vigilância das democracias a partir dos critérios de democracia militante é esposada tanto no Brasil como na Alemanha.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acórdão estudado demonstrou problemática peculiar em seu desfecho jurisdicional. Muitas críticas surgiram pela comunidade jurídica no sentido de não ser a lei § 130 IV StGB lei geral e, portanto, não poderia limitar o exercício da liberdade de expressão contida no Art. 5 I e II da Lei Fundamental. No entanto, o bem jurídico que se visava tutelar colidia diretamente com a própria noção de democracia.

Significa dizer que de certa forma a decisão da Corte alemã fora sob maneira política, mas nunca antijurídica, especialmente por ser a apologia ao nazismo um não-direito, e assim está sob o escopo de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão.

Discorreremos também sobre a teoria de direitos fundamentais e ponderações em caso de colisão de direitos, sendo que podemos concluir que o discurso de ódio não pode ser confundido liberdade de expressão sob pena de fragilizar o princípio da dignidade humana e as próprias instituições democráticas.

Para concluirmos pelo acerto da decisão, fora necessário perpassar pelos conceitos de democracia militante, que confere as Cortes guardiãs da Constituição poderes de proteger o Estado Democrático de Direito, para tanto fora preciso cotejar decisões brasileiras com temática similar e com notada inspiração na Corte alemã.

### 4 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. **Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008**

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

Brasil. Supremo Tribunal Federal, **ADI: 6225 DF**, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 23/08/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/09/2021

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: uma análise à luz da filosofia política**. Brasília: IDP/EDB, 2014. 127f. Dissertação (Mestrado)-Instituto Brasiliense de Direito Público.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo. 2017. Saraiva. 2017.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies: Contested Powers in the Era of Constitutional Courts**. Nova York: Cambridge University Press, 2015. p. 123 (tradução livre).

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão. Decisões Anotadas sobre Direitos Fundamentais, vol. II**. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung. 2018

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech"**. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel; PONTES, João Gabriel Madeira. **"Democracia militante e a candidatura de Bolsonaro: inelegibilidade a partir de interpretação teleológica do art. 17 da Constituição?"**. Jota, 24 de agosto de 2018. Disponível eletronicamente em: Acesso em: 30 de junho de 2019.

MADDOX, Graham. **"Karl Loewenstein, Max Lerner, and militant democracy: an appeal to 'strong democracy'"**. Australian Journal of Political Science, 2019



## 2. O PROBLEMA DA PRIMAZIA DO NOME DO MARIDO COMO NOME DE CASADO

### THE PROBLEM OF THE PRIMACY OF THE HUSBAND'S SURNAME AS THE MARRIED NAME



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-02>

Mariana Fogaça<sup>1</sup>

#### RESUMO

O princípio da igualdade de direitos deve ser estritamente aplicado, especialmente em situações em que as mulheres estejam em posição de desfavorecimento, esse foi o fundamento utilizado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão ao julgar a BVerfGE 84, 9, que tratava da adoção do nome do marido, de forma automática, em caso de não declaração pelos cônjuges do nome de casal. A decisão resultou na declaração de nulidade do § 1355 II 2 do BVerfGE. No Brasil, até 1977, por ocasião do casamento, a mulher era obrigada a adotar o sobrenome do marido. Apenas em 2002, o Código Civil previu que qualquer um dos nubentes poderia acrescentar ao seu sobrenome do outro, sem a necessidade de autorização judicial. Embora a Constituição Federal de 1988 previsse dispositivos impositivos visando o tratamento igualitário e proibitivos de discriminação, na ótica da igualdade entre homens e mulheres, durante 14 anos, o marido que quisesse contrair o sobrenome da esposa dependeria de uma autorização judicial para tanto, demonstrando que mesmo sob a égide da Constituição Federal de 1988, ainda havia um tratamento desigualitário na sociedade conjugal em que pese houvesse a previsão específica do parágrafo § 5º, do artigo 226.

Palavras-chave: Sobrenome do marido. Igualdade de Gênero. Direitos Fundamentais.

---

<sup>1</sup> Mestranda pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em cooperação com o Centro de Estudos Europeus e Alemães - CDEA (Zentrum für Deutschland- und Europastudien - ZDE-UFRGS-PUCRS). Advogada e Coordenadora do Núcleo de Direito Regulatório na Garrastazu Advogados. <http://lattes.cnpq.br/1755646994790055>. [marianafogacap@gmail.com](mailto:marianafogacap@gmail.com).

## ABSTRACT

The principle of equal rights must be strictly applied, especially in situations where women are at a disadvantage, this was the basis used by The Federal Constitutional Court when judging on BVerfGE 84, 9, which dealt with the automatic adoption of the husband's name, if there was no declaration of the couple's name by the spouses. The decision resulted in the declaration of nullity of the § 1355 II 2 BVerfGE. In Brazil, until 1977 a woman was obliged to adopt her husband's surname as the married name. Only in 2002, the Civil Code made it possible for either of the spouses to add the surname of the other to theirs, without the need for judicial authorization. Although the Federal Constitution of 1988 provide for imposing devices aimed at equal treatment and prohibition of discrimination, from the perspective of equality between men and women, for 14 years, the husband who wanted to take his wife's surname would depend on a judicial authorization, demonstrating that even with the Federal Constitution of 1988, there was still differentiated treatment in marriage, although there was a specific provision in § 5 of article 226.

Keywords: Husband's surname. Gender equality. Fundamentals Rights.

## INTRODUÇÃO

A decisão escolhida é oriunda do Tribunal Constitucional Federal Alemão no julgamento de uma Representação Judicial (BVerfGE 84, 9), datada de 05 de março de 1991, que tratava da adoção do nome do marido, de forma automática, em caso de não declaração pelos cônjuges do nome de casal. Os cônjuges, na ocasião, não declararam o desejo de adotar o sobrenome da mulher como o nome do casal e, em razão disso, o tabelião registrou, como nome do casal, o sobrenome do marido, de acordo com o § 1355 II 2 do Bürgerliches Gesetzbuch (MARTINS, 2016, p. 230).

Nos dois processos originários, os cônjuges pretendiam manter seus respectivos sobrenomes de solteiro. Em razão disso, ingressaram com um pedido de correção do nome da esposa e de declaração de manutenção do sobrenome de solteiro do marido junto ao Órgão de Registro Público. As Representações Judiciais questionavam a constitucionalidade do § 1355 II 2 do Bürgerliches Gesetzbuch, que



dispunha que o sobrenome de nascimento do cônjuge, do sexo masculino, se tornasse o nome do casal, quando os cônjuges, no momento do matrimônio, não determinassem qual de seus sobrenomes seria definido como o nome do casal (MARTINS, 2016, 231).

O Tribunal Constitucional Federal Alemão, no caso, declarou nulo o § 1355 II 2 do Bürgerliches Gesetzbuch, vez que sua redação feria o Art. 3 da Grundgesetz, que dispõe que homens e mulheres devem ter igualdade de direitos, sendo que o Estado possui o dever de promover uma implementação efetiva de direitos iguais para mulheres e homens, incluindo a adoção de medidas para eliminar as desvantagens que agora existem.<sup>2</sup>

Na Constituição Federal de 1988, a igualdade obteve lugar de acentuado destaque em várias passagens, que inicia pelo Preâmbulo, na qual a igualdade e a justiça constituem valor de uma sociedade pluralista e sem preconceitos (SARLET, 2022, p.273). No rol de direitos fundamentais, dentre os 79 incisos que integram o artigo 5º, a igualdade entre homens e mulheres está elencada já no inciso I. Em relação à sociedade conjugal, objeto de nossa atenção, o parágrafo § 5º, do artigo 226, da Constituição Federal, prevê que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

O presente trabalho pretende, inicialmente, tecer comentários acerca do histórico do artigo § 1355 II 2 do Bürgerliches Gesetzbuch e ao Art. 3 II da Grundgesetz sob o viés da decisão BVerfGE 84, 9 (*Ehenamen*). Posteriormente, pretende-se abordar o direito fundamental à igualdade de gênero no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a evolução normativa no Brasil acerca da adoção do nome do marido, vez que até 1977 as mulheres eram obrigadas a adotar o sobrenome do marido, pelo casamento. Sendo que, apenas foi possibilitado que as mulheres pudessem escolher, se adotariam ou não o sobrenome do marido, com a Lei do Divórcio e, apenas em 2002, com o Código Civil, foi dado tratamento igualitário entre

---

<sup>2</sup> Art. 3, GG. (2) Men and women shall have equal rights. The state shall promote the actual implementation of equal rights for women and men and take steps to eliminate disadvantages that now exist.

homens e mulheres, para fins de adoção do sobrenome de qualquer um dos contraentes.

### **1 SOBRENOME DO CASAL: ARTIGOS § 1355, II, 2, DO BÜRGERLICHES GESETZBUCH E AO ART. 3 II, DA GRUNDGESETZ À LUZ DA BVERFGE 84, 9 (EHENAMEN)**

Na Alemanha, a redação original § 1355 BGB, datada 18/08/1896, determinava, em síntese, que a mulher receberia o sobrenome do marido como nome de casada, ao realizar o casamento. Posteriormente, em razão da Lei de Direitos Iguais, de 18/06/1957, foi possível que a mulher adicionasse seu nome de nascimento (1 BVR 1155/03, 02, 2009).

A Primeira Lei da Reforma do Matrimônio e da Família, de 14/1976, alterou a redação do artigo 1.355 do Código Civil, possibilitando que os cônjuges pudessem escolher o nome de solteiro do marido ou da esposa como seu nome de casado. Com essa alteração, sobreveio a primazia do sobrenome do marido como nome de casado, caso não houvesse a especificação do nome a ser adotado enquanto casal (1 BVR 1155/03, 02, 2009).

A decisão BVerfGE 84, 9 enfrentou, especificamente, a constitucionalidade da nova redação do § 1355 II 2 BGB. Isso porque, no artigo 3 II GG, consta a proibição de que a diferença de gênero fosse um motivo para fins de tratamento desigual no direito. No conteúdo decisório, o Tribunal Constitucional Alemão reforçou que o princípio da igualdade de direitos deve ser estritamente aplicado, especialmente em situações que as mulheres estejam em posição de desfavorecimento até mesmo porque a literalidade do artigo 3 II GG contempla, sobretudo, à desconstrução de vantagens de gênero (MARTINS, 2016, p. 231).

A decisão reforça que há, na norma, um tratamento diferenciado, que não se justifica por meio de diferenças objetivas entre os gêneros e, conseqüentemente não poderia ser legitimado constitucionalmente, visto que se os noivos manifestassem vontade contrária a adoção do sobrenome do homem, esse também tornar-se-ia o nome do casal (MARTINS, 2016, p. 231).

Os fundamentos reforçam que a lei prevê uma regra desfavorável para a mulher, que exerce um efeito sobre o direito de escolha dos cônjuges, de modo que o princípio pelo qual os cônjuges podem, conjuntamente, determinar o nome do casal, não pode compensar o desprestígio da posição da mulher na regra subsidiária (MARTINS, 2016, p. 231).

Após o Tribunal Constitucional Federal declarar a primazia do sobrenome do marido incompatível com o Art. 3 (2) GG, o legislador reformou a denominação conjugal com Lei de Sobrenomes (*FamNamRG*), de 16/12/1993, que entrou em vigor em 1º/04/1994 e reformulou o § 1355 BGB. Após a alteração legislativa, os cônjuges devem determinar um nome de casado comum, pelo qual poderiam escolher entre o nome de solteiro do homem ou o da mulher. Caso não escolham, eles permanecerão utilizando seus respectivos nomes na época do casamento (1 BVR 1155/03, 02, 2009).

## **2 DA OBRIGATORIEDADE DO SOBRENOME DO MARIDO (ART.240, CÓDIGO CIVIL, DE 1916) AO DIREITO DO CASAL DE DECIDIR**

A igualdade, além de se destacar em várias passagens da Constituição Federal de 1988, se apresenta tanto como princípio estruturante do próprio Estado Democrático de Direito quanto na condição de norma impositiva de tarefas para o Estado, uma vez que o artigo 3º, que trata dos objetivos fundamentais, elenca a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A igualdade, da mesma forma, integra o catálogo constitucional dos direitos fundamentais (SARLET, 2022, p.276). A situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados já no início da Constituição traduzem maior rigor lógico, vez que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores a toda ordem constitucional e jurídica (SARLET, 2010, p.66).

O artigo 5º, da Constituição Federal estabelece uma série de disposições impositivas de um tratamento igualitário e proibitivas de discriminação, de modo que, há que diferenciar, no que couber, uma cláusula geral de igualdade, de

manifestações especiais, que dizem respeito a determinados grupos de pessoas e determinadas circunstâncias, como a igualdade entre homens e mulheres para fins de compensar desigualdades fáticas (SARLET, 2022, p.276).

No texto constitucional, o parágrafo § 5º, do artigo 226, prevê que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, sendo também um exemplo de direito fundamental, que está sediado em outra parte do texto constitucional, incluído na esfera da ordem social (SARLET, 2022, p.152).

A partir da tutela da igualdade entre homens e mulheres no texto constitucional, é singular a circunstância de mesmo sob a vigência da Constituição, só foi possível a adoção do sobrenome da esposa pelo marido, sem necessidade de tutela jurisdicional, com o advento do Código Civil, em 2002.

O artigo 240, do Código Civil de 1916, em sua redação original, previa que, pelo casamento, a mulher assumiria os apelidos do marido. Ou seja, o recebimento do sobrenome pela esposa se operava de forma automática e o inverso sequer era cogitado. Por trás de tal previsão, segundo Fabiana Giacometti, constava uma afirmação do poder marital, vinda do Direito Romano, em que a mulher ingressava, como *loco filiae*<sup>3</sup>, na família do esposo (2015, p.65).

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei n.º 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada) apresentou um tratamento paritário entre os cônjuges no que se refere aos efeitos jurídicos do casamento e às relações patrimoniais (DELGADO, 1980, p. 22). O artigo 240, do Código Civil, por superveniência do Estatuto da Mulher Casada, sofreu uma alteração para fins de inserir, dentre as obrigações das mulheres, o dever de velar pela direção material e moral da família.

A partir da Lei n.º 6.515/1977 (Lei do Divórcio), que alterou os dispositivos do Código Civil de 1916, possibilitando o divórcio, incluiu no artigo 240, o parágrafo único, que prevê a adoção do sobrenome do marido de forma facultativa. Em razão disso, a mulher, se assim o quisesse, poderia acrescentar aos seus os apelidos do marido. Contudo, o inverso, novamente, não fora estabelecido na legislação. Entre a

---

<sup>3</sup> Tradução livre: como se fosse filha.

promulgação da Lei do Divórcio, em 1977, e o advento do Código Civil de 2002, a adoção do sobrenome da esposa pelo marido só era possível mediante uma autorização judicial.

Em 2002, o Código Civil trouxe, no aspecto da adoção do sobrenome, uma equidade total entre os casais, eis que possibilitou que o homem de adotasse o sobrenome da esposa, dispondo, no §1º do artigo 1.565, que, além de tornarem-se mutuamente consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família, poderiam, caso quisessem, acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

O Código Civil trouxe total liberdade tanto ao homem quanto à mulher em relação ao uso do sobrenome, enquanto uma estratégia de libertar as mulheres da dominação masculina (GIACOMETTI, 2019, p.76).

Segundo a Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais – ARPEN, que representa os Oficiais de Registro Civil de todo o Brasil, antes da possibilidade de o homem também adotar o sobrenome da mulher, as esposas escolhiam ter o sobrenome dos maridos em 59,2% dos matrimônios (ARPEN, 2022).

Entre 2002 e 2010, a média de mulheres que optaram por acrescentar o sobrenome do marido representava 52,5%, sendo que entre os anos de 2011 e 2020, este percentual passou a ser de 45%. Por outra forma, o número de mulheres que adotam sobrenome do marido caiu 24% desde 2002. Inclusive, houve um aumento de 31% na decisão pela manutenção dos nomes originais de família, desde o Código Civil de 2002 (ARPEN, 2022).

A escolha pela adoção do sobrenome do marido, após o casamento, engloba esferas para além do direito, refletindo a identidade de cada pessoa e, justamente por esse motivo, deve ser uma decisão pautada por escolhas e motivações individuais, e não um impositivo legal, como no passado. A possibilidade de decidir entre acrescentar ou não o sobrenome do marido, configurou um grande avanço legislativo, eis que conferiu a mulher a possibilidade de decidir.

Na busca pela tutela da igualdade entre homens e mulheres (artigo 5º, CF) e enquanto integrantes da sociedade conjugal (parágrafo § 5º, do artigo 226, CF), a possibilidade de ambos decidirem, de forma mútua, acrescentar ao seu o sobrenome do

outro, sem qualquer diferença de gênero, foi extremamente representativo, visto que durante 14 anos, o marido só poderia por meio de autorização judicial.

Ainda que fosse permitido, por meio de autorização judicial, não há dúvidas que buscar a tutela jurisdicional, constitui entraves que coíbem determinadas escolhas individuais. Ainda que não se possa relacionar como causa e efeito, a adoção do sobrenome da mulher pelo homem, representou, em 2021, apenas 0,7% das escolhas no momento do casamento (ARPEN, 2022).

A própria Lei n.º 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), curiosamente, dispõe exclusivamente da alteração do sobrenome pela mulher, no artigo 70, inciso VIII<sup>4</sup>, não prevendo a correspondência para que o marido possa adotar o sobrenome da esposa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a analisar a Representação Judicial (BVerfGE 84, 9), julgada em 05 de março de 1991, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, com enfoque no direito fundamental à igualdade de gênero, especialmente quanto ao tema da adoção do nome do marido, por ocasião do casamento.

Ao enfrentar a constitucionalidade do § 1355 II 2 do Bürgerliches Gesetzbuch, que dispunha acerca a primazia do sobrenome do marido como nome de casado, caso não houvesse a especificação do nome a ser adotado enquanto casal, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu pela declaração de nulidade, vez que sua redação feriria o Art. 3 da Grundgesetz, que dispõe que homens e mulheres devem ter igualdade de direitos, devendo o Estado promover uma implementação efetiva de direitos iguais para mulheres e homens, incluindo a adoção de medidas para eliminar as desvantagens que agora existem.

Posteriormente na Alemanha, em 1994, sobreveio a Lei de Sobrenomes (*FamNamRG*), de 16/12/1993, que reformulou o § 1355 BGB, determinado os

---

<sup>4</sup> Lei n.º 6.015 Art. 70. (...) (8º) o nome, que passa a ter a mulher, em virtude do casamento;

cônjuges escolham por um nome de casado comum, podendo escolher entre o nome de solteiro do homem ou o da mulher.

No Brasil, houve avanços legislativos infraconstitucionais, como a Lei n.º 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada) e a Lei n.º 6.515/1977 (Lei do Divórcio). No plano constitucional, a Constituição Federal previu no catálogo de direitos fundamentais, de forma específica, a igualdade entre homens e mulheres (artigo 5º, inciso I) e incluído na esfera da ordem social, que os direitos e deveres serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, na sociedade conjugal (§ 5º, do artigo 226).

Apesar de que, apenas em 2002, com a promulgação do Código Civil, que foi conferido ao homem a possibilidade de adotar o sobrenome da esposa (§1º, do artigo 1.565). Entre os anos de 1977 e 2002, a adoção do sobrenome da esposa pelo marido só era possível mediante uma autorização judicial.

Por meio dos avanços legislativos, pôde-se verificar que, durante a história brasileira, por muito tempo a mulher foi obrigada a adquirir o sobrenome de família do marido ao casar-se, o que simbolizava a força e a hegemonia do poder marital. Tal fenômeno, ao longo dos anos ganhou nova configuração, pois o tempo fez com que se tornasse um costume (GIACOMETTI, 2019, p.76), inclusive os dados apresentados pela Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais ainda demonstram o quanto a adoção do sobrenome do marido está arraigado na sociedade brasileira, o que não é um problema, uma vez que, a legislação atual permite que a adoção do sobrenome do marido e também da esposa realmente seja uma decisão de cunho individual e, eventualmente conjugal, mas não um impositivo legal.

A igualdade de gênero deve ser constantemente perquirida e, nesse contexto, é indispensável perpassar por óticas e por enfrentamentos de previsões legislativas que não condizem e são contrárias a promoção desse direito fundamental e a realidade social atual, destaca-se, por exemplo, a própria Lei n.º 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) que dispõe exclusivamente da alteração do sobrenome pela mulher, no artigo 70, inciso VIII, sobre qual será o nome, que passa ter a *mulher*, em virtude do casamento.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS REGISTRADORES DE PESSOAS NATURAIS. Número de mulheres que adotam o sobrenome do marido caiu 24% desde 2002. **Arpen Brasil**. 06 de junho de 2022. Disponível em: <https://arpenbrasil.org.br/numero-de-mulheres-que-adotam-sobrenome-do-marido-caiu-24-desde-2002/> Acesso em: 15 nov. 2022

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 nov. 2022

BRASIL. **Código Civil. Lei n.º 3.071, de 1 de Janeiro de 1916**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm#art240](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm#art240). Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. **Código Civil. Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. **Lei do Divórcio. Lei n.º 6.515, de 26 de Dezembro de 1977**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 15 nov. 2022.

GERMANY. *BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom (1 BvR 1155/03)*. 05 mai. 2009. p. 1-47. Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2009/05/rs20090505\\_1bvr115503.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2009/05/rs20090505_1bvr115503.html). Acesso em: 20 set. 2022.

DELGADO, J.A. Estatuto da mulher casada: efeitos da lei 4.121/62. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 69, n. 539, p. 20-24, set. 1980. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/16157> Acesso em: 15 de nov. 2022.

GERMANY. **Basic Law for the Federal Republic of Germany**. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gg/englisch\\_gg.html#p0026](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0026). Acesso em: 20 set. 2022.

GERMANY. **German Civil Code**. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html). Acesso em: 20 set. 2022.

GIACOMETTI, Fabiana Aparecida Prenhaca. A Identidade, o Costume e o Direito da Decisão: Um estudo sobre o uso e o desuso do sobrenome do marido. Dissertação de Mestrado (Educação Escolar). UNESP, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/131850>. Acesso em 02 nov. 2022.



GIACOMETTI, Fabiana Aparecida Prenhaca. O nome do homem casado: a cultura masculina e a função social do nome. Tese de Doutorado (Educação Escolar). UNESP, 2019. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/183541>. Acesso em 15 nov. 2022.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão**: Decisões Anotadas Sobre Direitos Fundamentais. v. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2016, p. 231-232.

SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63-78.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 02 nov. 2022.



### 3. A FIXAÇÃO DE CRUCIFIXOS EM SALAS DE AULA: BREVE COMENTÁRIO CRÍTICO SOBRE A DECISÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

*THE FIXING OF CRUCIFIXES IN CLASSROOMS: BRIEF CRITICAL COMMENTARY ON  
THE DECISION OF THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-03>

*Guilherme Schoeninger Vieira<sup>1</sup>*

#### **RESUMO**

O presente estudo analisa criticamente a decisão BVerfGE 93,1 do Tribunal Constitucional Federal alemão com base na dogmática do Direito Constitucional, com destaque para a teoria dos direitos fundamentais. Esta pesquisa é dividida em duas partes. Na primeira, aborda-se o mencionado caso tratado na decisão BVerfGE 93,1. E na segunda, examina-se o assunto da fixação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas sob a perspectiva crítica da teoria dos direitos fundamentais do Direito Constitucional contemporâneo. Utiliza-se o método dialético, lançando-se mão de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial básicas. Ao final, conclui-se que não há como se extrair da teoria dos direitos fundamentais o direito de o Estado privilegiar uma religião específica em detrimento das demais em um espaço marcadamente público, como nas salas de aulas do caso da decisão BVerfGE 93,1. Palavras-chave: crucifixos; laicidade do Estado; liberdade religiosa; salas de aula.

#### **ABSTRACT**

The present study critically analyzes the BVerfGE 93,1 decision of the German Federal Constitutional Court based on the dogmatics of Constitutional Law, with an emphasis on the theory of fundamental rights. This research is divided into two parts. In the first, the case treated in the BVerfGE 93,1 decision is discussed. The second part examines the issue of fixing crucifixes in public school classrooms from the critical

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com bolsa CAPES/PROEX. Graduado em Direito pela Escola de Direito da PUCRS. Link do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3174494502335947>. E-mail: [guilherme.vieira@edu.pucrs.br](mailto:guilherme.vieira@edu.pucrs.br).

perspective of the theory of fundamental rights in contemporary Constitutional Law. The dialectical method is used, making use of basic bibliographical and jurisprudential research. At the end, it is concluded that there is no way to extract from the fundamental rights theory the right of the State to privilege a specific religion over others in a markedly public space, such as the classrooms in the case of the BVerfGE 93,1 decision.

Keywords: crucifixes; secularity of the State; religious freedom; classrooms.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo, realizado como exigência parcial para aprovação na disciplina de Constituição e Direitos Fundamentais II – Direito Constitucional Internacional e Comparado (União Europeia e Alemanha), do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, da PUCRS, tem como objetivo analisar criticamente a decisão BVerfGE 93,1 do Tribunal Constitucional Federal alemão com base na dogmática do Direito Constitucional, com destaque para a teoria dos direitos fundamentais. De forma pormenorizada, para atender ao propósito apontado acima, estruturam-se os seguintes objetivos específicos: (i) compreender o caso da decisão BVerfGE 93,1 do Tribunal Constitucional Federal alemão; e (ii) considerar criticamente a fixação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas, com ênfase para as previsões constitucionais da liberdade religiosa e da laicidade estatal.

Na busca por uma origem histórica da laicidade como um modelo de separação entre as esferas política e religiosa, encontra-se a sua fundação teórica no próprio cristianismo. No Evangelho (Mt, 22, 21), retrata-se que Jesus Cristo, diante de um questionamento sobre a licitude do pagamento de tributos a César, Imperador do Império Romano da época, respondeu: “Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”. E de forma inicial, assim, essa é considerada uma das primeiras expressões da demarcação e da diferenciação entre o plano do Estado e o plano da religião (OLIVEIRA, 2017, p. 4).

Na teoria dos direitos fundamentais, inclusive, há referências teóricas da compreensão da liberdade religiosa como “a primeira expressão da ideia de um direito universal e fundamental da pessoa humana” (SARLET, 2015, p. 88). E isso

evidencia a relevância das discussões envolvendo a liberdade religiosa e a laicidade do Estado, de forma geral, e a questão da fixação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas, de forma específica.

Em relação à estrutura, esta pesquisa divide-se em duas partes: na primeira, aborda-se o caso tratado na decisão BVerfGE 93,1 do Tribunal Constitucional Federal alemão; e na segunda, examina-se o referido assunto da fixação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas sob a perspectiva crítica da teoria dos direitos fundamentais do Direito Constitucional contemporâneo. Para tanto, empregam-se o método dialético de contraposição de argumentos acrescido de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial realizadas com fundamento tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto em ordenamentos jurídicos estrangeiros.

## 1 APRESENTAÇÃO DO CASO

No ano de 1983, no estado da Baviera, na Alemanha, estabeleceu-se, por parte da autoridade estadual competente, uma determinação de que as escolas públicas daquela região deveriam fixar um crucifixo em cada uma das suas salas de aula. Em tradução livre, o Regulamento do Ensino Obrigatório da época definiu que:

§ 13 Educação religiosa, instrução religiosa (cf. Art. 25 BayEUG). 1 A escola apoia os pais na educação religiosa das crianças. 2 A oração escolar, o culto escolar e as devoções escolares são formas de fornecer este apoio. 3 Uma cruz deve ser colocada em cada sala de aula. 4 Os professores e alunos são obrigados a respeitar os sentimentos religiosos de todos. (VSO, 1983, p. 7).

Diante dessa decisão, um casal, na condição de representante dos seus filhos menores de idade que estudavam em uma das escolas da mencionada unidade da federação alemã, insurgiu-se em face da administração da escola em questão, questionando o crucifixo de 80 centímetros de comprimento por 60 centímetros de largura colocado centralizadamente na sala de aula, acima do quadro negro. Depois de muitas discussões, o casal e os responsáveis pela direção da escola acordaram, provisoriamente, pela substituição do crucifixo por uma cruz sem corpo e de

tamanho menor colocada na lateral da sala, acima da porta de entrada. De qualquer modo, com a troca de ano e com a iniciação dos dois filhos menores do casal, a questão do crucifixo retornou ao debate, mas agora por meio da via judicial.

Em 1991, os pais das mencionadas crianças ajuizaram uma ação contra o estado da Baviera requerendo, liminarmente, a retirada dos crucifixos das salas de aula escolares. Em resposta, o Tribunal Administrativo provocado indeferiu o pedido liminar, reconhecendo, com base na citada determinação do Regulamento do Ensino Obrigatório, que a presença dos crucifixos em sala de aula não violava o direito de os pais educarem os filhos ou os direitos fundamentais dos filhos. Em resumo, a decisão afirmou que os reclamantes não tinham o direito de exigir que a sua liberdade negativa de confissão religiosa prevalecesse sobre a liberdade positiva de confissão religiosa dos outros estudantes e das suas respectivas famílias.

Inconformados com a referida decisão, os pais dos estudantes e os próprios estudantes recorreram ao Tribunal Constitucional Federal, então, por meio de uma reclamação constitucional. Ao final, reconheceu-se que as decisões administrativas anteriores violaram direitos fundamentais dos reclamantes, com destaque para a liberdade de crença e de consciência e para o direito dos pais de assistência aos seus filhos, direitos previstos nos artigos 4, I e 6, II da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

De forma resumida, os fundamentos da decisão BVerfGE 93,1 podem ser organizados em, no mínimo, quatro pontos. Primeiro, a violação do artigo 4, I da Lei Fundamental alemã diante da fixação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas de ensino obrigatório, que não eram escolas confessionais. Segundo, a incompatibilidade da mencionada determinação do Regulamento do Ensino Obrigatório com o artigo 4, I da Lei Fundamental da Alemanha. Terceiro, a violação da liberdade de crença e de consciência dos reclamantes por parte da decisão administrativa anterior. E quarto, a imposição do dever de o estado da Baviera ressarcir os reclamantes pelas despesas processuais necessárias.

De forma específica, com fundamento no destacado artigo 4, I, que assegura a inviolabilidade da liberdade de crença, de consciência e de confissão religiosa e ideológica, os magistrados do Tribunal Constitucional Federal alemão afirmaram o caráter duplo da liberdade de crença. Assim, entendeu-se que ao mesmo tempo em

que é garantida ao cidadão a liberdade de ter uma crença e de viver conforme a sua própria convicção religiosa, é assegurada também ao indivíduo a liberdade de não participar de atos litúrgicos de crença da qual não compartilha. Em relação ao assunto questionado judicialmente, interpretou-se que o mencionado dispositivo constitucional permite que o cidadão decida individualmente os símbolos religiosos que são por ele reconhecidos, adorados ou, ainda, rejeitados.

Além disso, no julgamento, firmou-se o entendimento de que o artigo 4, I da Lei Fundamental da Alemanha é um dos dispositivos constitucionais dos quais decorre o princípio da neutralidade do Estado em relação às diferentes religiões e confissões religiosas. Nessa mesma linha de raciocínio, compreendeu-se que cabe ao Estado assegurar a coexistência pacífica das mais diversas convicções religiosas e ideológicas, devendo manter-se neutro quanto aos assuntos propriamente religiosos. E em relação específica ao direito dos pais de assistência aos seus filhos, a decisão em apresentação estabeleceu que:

O Art. 4, I GG abrange, associado ao Art. 6 II 1 GG, que [por sua vez] garante aos pais o cuidado com a educação de seus filhos como direito natural, também o direito à educação dos filhos em seus aspectos religioso e ideológico. É assuntos dos pais a transmissão aos seus filhos daquelas convicções relativas a questões religiosas ou ideológicas que considerem corretas [...]. A isso corresponde o direito de manter a criança afastada de convicções religiosas que lhes parecerem equivocadas ou lesivas.

Ao final, o Tribunal Constitucional Federal, na decisão BVerfGE 93,1, verificando a vinculação do crucifixo com uma determinada religião, e reconhecendo que esse se trata de um símbolo rejeitado por muitas pessoas, que agem, nesse ponto, no exercício do seu direito fundamental de liberdade de crença e de consciência, admitiu a reclamação constitucional e reconheceu a incompatibilidade da fixação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas com a ordem constitucional alemã. De forma isolada, houve divergências por parte de alguns magistrados do Tribunal Constitucional Federal em relação ao julgamento, mas que

se referem, essencialmente, ao juízo positivo de admissibilidade da reclamação constitucional, não sendo o caso de mencioná-las em detalhes aqui.

## 2 ANÁLISE DA DECISÃO

Com fundamento na breve apresentação do caso da decisão BVerfGE 93,1, identificam-se os pontos principais enfrentados no julgamento realizado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão sobre a fixação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas: a liberdade religiosa e a laicidade estatal. Na sequência, então, esses preceitos constitucionais, que também estão dispostos na ordem constitucional brasileira, serão examinados sob a perspectiva crítica da teoria dos direitos fundamentais do Direito Constitucional contemporâneo.

Por definição, a liberdade religiosa consiste em uma expressão genérica que abrange tanto a liberdade de crença quanto a liberdade de culto (SARLET, 2015, p. 87). No plano externo, ela está prevista em diferentes documentos supranacionais, como no artigo 18 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que estabelece que "toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião" e, também, no artigo 18º. 1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, que institui, dentre outros trechos que "Ninguém será objeto de pressões que atentem à sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou uma convicção da sua escolha". E isso significa que se trata de uma liberdade que supera as fronteiras das ordens jurídicas internas, revelando-se um autêntico direito humano.

No ponto mais alto do ordenamento jurídico alemão, isto é, na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, a liberdade religiosa está positivada junto da liberdade de consciência, em três desdobramentos. Primeiro, estabelece-se a inviolabilidade das liberdades de crença, de consciência, e de confissão religiosa e ideológica. Depois, assegura-se o livre exercício da religião. E, por último, determina-se a possibilidade de recusa ao serviço militar com armas diante de alguma contrariedade de consciência. De forma expressa:



Artigo 4 [Liberdade de crença e de consciência] (1) A liberdade de crença, de consciência e a liberdade de confissão religiosa e ideológica são invioláveis. (2) É assegurado o livre exercício da religião. (3) Ninguém poderá ser obrigado, contra a sua consciência, ao serviço militar com armas. A matéria será regulamentada por uma lei federal.

No recorte da ordem constitucional brasileira, as liberdades de religião e de consciência estão previstas em diferentes dispositivos do texto constitucional, com destaque para o artigo 5º, e os seus incisos VI, VII e VIII, semelhantemente ao que se verifica no texto constitucional alemão. Ainda que haja conexões entre a liberdade de consciência e a liberdade religiosa, em verdade, são direitos distintos: a primeira é mais ampla e abrange situações que não são necessariamente religiosas; e a segunda, por sua vez, é mais restrita e relaciona-se diretamente com as hipóteses que envolvem religiões (SARLET, 2015, p. 92). E, nesse sentido, reconhece-se a dificuldade de definir o conceito de religião, fazendo com que, em certa medida, a liberdade religiosa seja desprovida de demarcações nítidas da sua proteção.

No caso da decisão BVerfGE 93,1, os magistrados do Tribunal Constitucional Federal alemão destacaram a natureza dúplice da liberdade de crença. Na condição de direito fundamental, a liberdade religiosa realiza-se na dupla dimensão objetiva e subjetiva. De um lado, ela assegura a liberdade de confessar ou de não confessar uma fé ou ideologia. E, de outro, fundamenta a posição neutra do Estado em termos religiosos, na forma de uma das bases do Estado Democrático de Direito (SARLET, 2015, p. 94). E isso quer dizer, em relação ao julgado em questão, que a liberdade de crença serve tanto para permitir que as pessoas manifestem as suas crenças religiosas quanto para estabelecer que o Estado não deve privilegiar uma determinada religião, como na situação do crucifixo como símbolo do cristianismo.

Para uma melhor contextualização do caso, destaca-se a diferença material existente entre os símbolos da cruz e do crucifixo. O primeiro consiste apenas na cruz, sem incluir a representação do corpo de Jesus Cristo pregado a ela, fazendo com que seja um símbolo universal do cristianismo. E o segundo trata-se da cruz acompanhada necessariamente do corpo de Jesus Cristo a ela afixado. O crucifixo, portanto, relaciona-se direta e propriamente com o catolicismo e com a Igreja

Católica Apostólica Romana. Na situação enfrentada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no caso da decisão BVerfGE 93,1, houve primeiro a fixação de um crucifixo na sala de aula e, depois, a sua substituição por uma cruz. Em outras palavras, houve primeiro a fixação de um símbolo específico do catolicismo e, depois, a sua substituição por um símbolo universal do cristianismo.

Na sequência, a liberdade de crença envolve, na teoria dos direitos fundamentais, um destacado exemplo da colisão de direitos fundamentais idênticos. Como identificado no caso, há um embate entre a liberdade negativa dos indivíduos que não professam o cristianismo e a liberdade positiva das pessoas que seguem a religião pregada por Jesus Cristo. Diante disso, a solução tomada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha foi a de dissolver essa tensão entre as liberdades religiosas negativa e positiva com a proibição da fixação de crucifixos em espaços escolares públicos (ALEXY, 1999, p. 270).

Por decorrência, compreende-se a precisão normativa da decisão que reconheceu a incompatibilidade entre a fixação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas e a liberdade de crença prevista na Lei Fundamental da Alemanha. Em observância ao assegurado livre exercício da religião, não é possibilitado ao Estado impor um símbolo que faça referência a uma religião em particular sobre pessoas que não necessariamente compartilham daquela determinada crença religiosa. E, aqui, enfatiza-se a respeitosa irrelevância de se tratar de uma manifestação simbólica que represente uma fé considerada significativa ou não para a sociedade em análise (MARTINS; DANTAS, 2016, p. 893). Isto é, o fato de um determinado símbolo referir-se a uma crença religiosa milenar e que dispõe de milhares de fiéis não justifica juridicamente a sua imposição em espaços públicos. E o contrário, por extensão, também é verdadeiro: a fixação de símbolos de religiões numericamente modestas também não é razoável em salas de aula de escolas públicas, referindo-se novamente ao caso analisado.

Em termos ilustrativos, sob uma perspectiva ampliativa, parece certo que a decisão BVerfGE 93,1 também serviria para reconhecer a incompatibilidade da hipotética fixação de símbolos da lua crescente com a estrela, próprios da religião islâmica, em salas de aula escolares mantidas pelo Estado. E, com isso, evidencia-se que o que está em causa não se refere especificamente ao símbolo ostentado em

um certo ambiente ou, ainda, às suas dimensões, como referido no caso na substituição do grande crucifixo por uma pequena cruz, mas, aos significados que podem ser atribuídos a ele. Novamente, em relação ao crucifixo: “em si mesmo, nada significa; o seu sentido é dado por quem o contempla [...] Sua presença em estabelecimentos públicos poderá sugerir o vínculo informal do Estado com a fé cristã, mas, de novo, esse entendimento depende de quem o observa” (MINIUCI, 2010, p. 117).

Como afirmado anteriormente, então, entende-se que, em certa medida, a laicidade estatal decorre verdadeiramente da liberdade religiosa. E esse também é um dos pontos referidos na decisão em análise: “do Art. 4 I GG decorre o princípio da neutralidade estatal no que concerne às diferentes religiões e confissões”. Aproveitando-se essa construção teórica para o ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se, portanto, mais um ponto de aproximação.

Para que o conceito da laicidade do Estado seja compreendido no Direito Constitucional contemporâneo, devem ser traçadas, ainda que modestamente, as linhas da sua definição com o distanciamento de outro termo bastante próximo formalmente: o do laicismo. De um lado, o laicismo estabelece uma posição agressiva em relação às religiões e, inclusive, proibitiva de práticas religiosas. De outro lado, a laicidade institui o compromisso de o Estado ser conduzido com base em duas condutas: primeiro, a negativa de não assumir fins religiosos; e segundo, a positiva de manter a separação entre as esferas da política e da religião, sem deixar de reconhecer a autonomia de cada uma delas (OLIVEIRA, 2017, p. 16).

No Brasil, estabelece-se, na relação entre o Estado e as religiões, um regime autenticamente laico. E esse modelo não se confunde com outros, como o da identificação entre Estado e religião, vivenciado em estados teocráticos islâmicos, ou o da oposição entre esses dois campos da vida humana, como exemplificado na França. A Constituição de 1988 determina uma separação atenta ao mesmo tempo em que pode ser cooperativa, solidária e tolerante (WEINGARTNER NETO, 2018, p. 774). E isso é salientado em diferentes disposições constitucionais, como nos casos da prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares, prevista no artigo 5º, VII, e na vedação de instituição de impostos sobre templos de qualquer culto, expressa no artigo 150, VI, *b*, para se citar apenas dois exemplos.

Dessa forma, retoma-se a noção direta que existe entre a laicidade do Estado e os direitos fundamentais da liberdade religiosa (SARMENTO, 2007, p. 4). Até mesmo porque, na prática, uma consiste em condição necessária para a outra. Em outros termos: os indivíduos de uma determinada sociedade dispõem do direito de professarem livremente a sua fé tão somente porque a ordem jurídica em questão permite e reconhece a existência autônoma das mais diversas religiões. Por outro lado, em uma comunidade em que os planos político e religioso se confundem, não haveria discussão judicial alguma sobre a constitucionalidade ou não da fixação de símbolos religiosos em escolas públicas, uma vez que o Estado poderia, simplesmente, estabelecer alguma religião específica como oficial ou, ainda, alguma doutrinação ideológica tratada como crença religiosa.

Além de tudo o que afirmado, ocorre que não cabe à laicidade estatal, também referida como neutralidade do Estado em matéria religiosa, ignorar os valores religiosos presentes de forma intrínseca na sociedade. E isso também é verificado na apresentada decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, que ressaltou a não determinação da medida tomada em relação às escolas confessionais. Ou seja, a própria decisão BVerfGE 93,1 reconhece a possibilidade de fixação de símbolos religiosos determinados em ambientes em que se professe uma religião específica. E, aqui, destaca-se que a utilização de símbolos religiosos, ainda que em instituições de ensino confessionais, não deve ser convertida em "propaganda, adoutrinamento ou atividade de cooptação de fiéis de forma indiscriminada" (BOBRZYK, 2022, p. 282).

Na forma de um direito fundamental, a liberdade religiosa relaciona-se, ainda, com a laicidade do Estado no que se refere aos seus limites e às suas restrições (SARLET, 2005, p. 98). Aliás, também é nesse sentido a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, que estabeleceu que o Estado não tem o direito de privilegiar uma religião específica em detrimento das demais em um espaço marcadamente público, como nas salas de aulas do caso. E isso evidencia uma das funções da laicidade estatal como fundamento de uma sociedade liberal, laica, multicultural e inclusiva (MINIUCI, 2010, p. 113)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, analisou-se criticamente a decisão BVerfGE 93,1 do Tribunal Constitucional Federal alemão com base na dogmática do Direito Constitucional, com destaque para a teoria dos direitos fundamentais. De forma preliminar, apresentou-se o caso, que tratava da fixação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas do estado da Baviera e que, ao final, resultou no reconhecimento da incompatibilidade e da nulidade da referida determinação do Regulamento do Ensino Obrigatório em relação à ordem constitucional alemã.

Na sequência, conceituou-se a liberdade religiosa na dogmática do Direito Constitucional, apontando-se a sua previsão tanto no plano externo quanto nos planos internos da Alemanha e do Brasil. Com base nisso, afirmou-se a dupla dimensão objetiva e subjetiva da liberdade religiosa, que assegura a liberdade de confessar ou de não confessar uma fé ao mesmo tempo em que fundamenta a posição neutra do Estado em matéria de religião. Apontou-se a solução estabelecida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão como um exemplo de resposta para uma colisão de direitos fundamentais idênticos.

De forma objetiva, identificou-se que a questão discutida se refere não ao símbolo em si, mas sim aos significados que podem ser atribuídos a ele. Em conformidade com a destacada decisão alemã, extraiu-se da liberdade religiosa também a laicidade do Estado, segundo a qual o Estado compromete-se a não assumir fins religiosos e a manter a separação entre as esferas da política e da religião, sem deixar de reconhecer a autonomia de cada uma delas. No recorte da ordem constitucional brasileira, sublinhou-se que a laicidade estabelecida na Constituição de 1988 revela-se cooperativa, solidária e tolerante.

Por último, conclui-se que, diante das premissas expostas, e considerando a laicidade do Estado um dos fundamentos de uma sociedade liberal, laica, multicultural e inclusiva, não há como se extrair da teoria dos direitos fundamentais o direito de o Estado privilegiar uma religião específica em detrimento das demais em um espaço marcadamente público, como nas salas de aulas do caso da decisão BVerfGE 93,1. E isso também porque é assegurado aos indivíduos a liberdade de não participar de atos litúrgicos de crença da qual não compartilha.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, 1999, p. 267-279.

BOBRZYK, Sandro André. **Limites da liberdade religiosa no ambiente acadêmico administrado por organizações confessionais**. Orientadores: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet e Prof. Dr. José María Porrás Ramírez. 2022. Tese (doutorado em Direito). Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e Escuela de Doctorado de Humanidades, Ciencias Sociales y Jurídicas da Universidad de Granada (UGR).

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do estado. **Revista Eletrônica PRPE**, maio de 2007. Em pdf, p. 1-18.

MARTINS, Leonardo; DANTAS, Diego Caldas Leonardo. Crucifixos em repartições públicas: do exame de constitucionalidade de uma prática administrativa baseada na tradição. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, [S. l.], v. 17, n. 3, p. 885–912, 2016.

MINIUCI, Geraldo. Direito e religião ou as fronteiras entre o público e o privado. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 2 (2): 112-126, julho-dezembro, 2010.

OLIVEIRA, Elton Somensi de. Laicidade, laicismo e secularização. *In*: DIP, Ricardo; FERNANDES, André Gonçalves. (Org.). **Laicismo e laicidade no Direito**. São Paulo: Editora Quartier, 2017, v. 01, p. 129-144.

SARLET, Ingo. Notas acerca da liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988. **Revista DIREITO UFMS**, Campo Grande, MS - Edição Especial - p. 87 - 102 - jan./jun. 2015.

VSO. 1983. **Bayrische Volksschulordnung**. 21/6/1983. § 13 Abs. 1. Satz 3.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Artigo 19 da Constituição. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

## 4. LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CRÍTICA PÚBLICA AO PODER: A DECISÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA NO CASO RENATE KÜNAST

LIMITS TO FREEDOM OF EXPRESSION AND PUBLIC CRITICISM OF POWER: THE DECISION OF THE FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT OF GERMANY IN THE RENATE KÜNAST CASE



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-04>

Eduarda Beutinger Paiva<sup>1</sup>

### RESUMO

Um dos pressupostos básicos de um Estado Democrático de Direito é a garantia da liberdade de expressão, segundo a qual todo cidadão é livre para manifestar o seu pensamento. Todavia, limites devem ser observados quando do exercício de tal direito, inclusive, no âmbito das redes sociais. O presente trabalho faz uma breve análise da decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no processo 1 BvR 1073/20, envolvendo a parlamentar alemã Renate Künast, do partido político *Die Grünen*. Künast foi vítima de comentários ofensivos de usuários da rede social Facebook em razão da divulgação de um comentário deturpado que supostamente havia sido feito por ela. Dentre os assuntos que permeiam a discussão está a ponderação entre liberdade de expressão e direito à honra, especialmente quando as manifestações forem dirigidas a autoridades públicas. Foi feita uma reflexão sobre a caracterização de uma declaração como crítica ao poder público (*Machtkritik*), protegida pela liberdade de expressão, ou como crítica degradante (*Schmähkritik*), que será sempre ilícita, podendo, inclusive, ensejar responsabilização civil e, até, criminal.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. Liberdade de expressão. 2. Ponderação de interesses. 3. Direito à honra. 4. Crítica a autoridades públicas. 5. Redes sociais.

---

<sup>1</sup> Mestranda pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em cooperação com o Centro de Estudos Europeus e Alemães - CDEA (Zentrum für Deutschland- und Europastudien - ZDE-UFRGS-PUCRS), bolsista CAPES com vínculo ao PPGD UFRGS. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1853391634484399>. E-mail: [bpaiva.eduarda@gmail.com](mailto:bpaiva.eduarda@gmail.com).

## ABSTRACT

The freedom of expression is one of the basic assumptions of a Democratic State of Law. According to this right every citizen is free to manifest his or her thoughts. However, limits must be noted when exercising the freedom of expression, especially in the context of social medias. This study briefly analyzes the decision of the Federal Constitutional Court of Germany in case 1 BvR 1073/20, involving the German parliamentarian Renate Künast, from the political party *Die Grünen*. Künast was a victim of offensive comments posted on Facebook due to the dissemination of a misleading comment that she had allegedly made. Among the issues that permeate the discussion is the balance between freedom of expression and the right to honor, especially when the comments are directed at public officials. It was analyzed the characterization of a statement as criticism of public authorities (*Machtkritik*), protected by freedom of expression, or as degrading criticism (*Schmähkritik*), which will always be illegitimate, and may even give rise to civil and even criminal liability.

KEYWORDS: **1.** Freedom of expression. **2.** Balancing of interests. **3.** Right to honor. **4.** Criticism of public authorities. **5.** Social medias.

## INTRODUÇÃO

É inerente à Internet a criação de um ambiente democrático em que todos os indivíduos, sejam eles cidadãos comuns ou figuras públicas, podem ouvir e ser ouvidos. Em sendo um espaço comunicativo e de discussão, a Internet possibilita a construção de uma democracia mais participativa, permitindo que a sociedade se envolva em maior grau no debate público (BEÇAK; LONGHI, 2015, p. 150). Porém, o ambiente digital, por vezes, produz a ideia de liberdade extrema, o que pode trazer consequências danosas a direitos de terceiros e a interesses legais significativos para a coletividade (HOFFMANN-RIEM, 2022, p. 45). Por conta disso, para que outras garantias constitucionais não sejam violadas, alguns limites devem ser observados quando do uso deste meio para o exercício de liberdades individuais.

A proteção da liberdade de expressão é comum a ordens jurídicas democráticas, tendo como uma de suas premissas "a proibição de interferência em discursos que não sejam ilícitos e danosos" (BIOLCATI, 2022, p. 82). As plataformas



digitais, em especial as redes sociais, são mecanismos que facilitaram em grande grau o exercício deste direito, pois permitem que pessoas exteriorizem os seus pensamentos e posicionamentos sobre os mais diversos assuntos, inclusive, sobre o poder público e as suas autoridades. Críticas ao poder público integram a realidade de um Estado democrático, e são necessárias para o desenvolvimento de políticas públicas, impedimento de retrocessos e a evolução da própria sociedade (FRITZ, 2022). Deve-se pontuar, contudo, a diferença existente entre críticas construtivas daquilo que é expressado com o objetivo único de ofender ou prejudicar a imagem de um sujeito. É exatamente sobre esta questão que trata a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*) proferida em 19 de dezembro de 2021 no âmbito do processo 1 BvR 1073/20, envolvendo a parlamentar alemã Renate Künast, do partido político *Die Grünen*. Künast foi vítima de comentários ofensivos de usuários da rede social Facebook em razão da divulgação de um comentário deturpado que supostamente havia sido feito por ela durante uma reunião do Parlamento alemão. Em razão do ocorrido, a parlamentar ajuizou ação indenizatória por danos morais, a qual recebeu decisões dispares na primeira e segunda instância e no BVerfG.

Diante da análise do posicionamento do Tribunal Constitucional Alemão frente ao caso, pretende-se, no presente trabalho, identificar quando uma manifestação consiste em uma crítica que pode agregar em algum grau ao debate público, e quando é considerada unicamente como ofensa, situação que poderá ensejar a responsabilização pelo comentário ou publicação realizados. Além disso, buscar-se-á delimitar até que ponto a exteriorização, em redes sociais, de um pensamento sobre autoridades públicas é protegida pelo direito à liberdade de expressão. A respeito deste tópico, será feita a comparação da posição do BVerfG àquela adotada pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil no REsp 1986323/SP, em decisão que aborda sobre a ocorrência ou não de abuso de direito em críticas políticas.

## 1 ENTENDENDO O CONTEXTO FÁTICO DA DECISÃO

Em maio de 2015, foi publicada no site jornalístico *Die Welt* a matéria "*Grünen-Politikerin Künast gerät in Erklärungsnot*"<sup>2</sup>, que versava sobre uma suposta tendência à pedofilia em alguns posicionamentos do partido político alemão *Die Grünen* na década de 1980. A reportagem focava na figura da parlamentar Renate Künast que, de acordo com o site, teria feito uma declaração que se mostrava favorável à pedofilia. Conforme relatado, constava na ata de uma reunião da Câmara dos Deputados de Berlim realizada em 1986 que, ao questionarem o partido *Die Grünen* sobre a sua posição frente a uma decisão na Renânia do Norte-Vestfália que ameaçava suspender a punição por atos sexuais consensuais com menores de idade, Künast teria exclamado: "Vírgula, se não houver violência!"<sup>3</sup>. De acordo com a interpretação exposta no noticiário, a manifestação da parlamentar insinuava que esta entendia serem legítimos atos sexuais com crianças, desde que não houvesse violência envolvida (ALEXANDER; MALZAHN, 2015). Mesmo diante do esclarecimento de Künast de que a situação havia sido um mal entendido, já que a discussão tinha como tema a violência contra crianças e não sexo, sua declaração provocou rechaço popular.

No ano de 2016, o proprietário do Blog "Halle-Leaks.de" postou uma foto da parlamentar com o título "Renate Künast acha que está bem fazer sexo com crianças, desde que não haja violência envolvida"<sup>4</sup>, atribuindo àquela a seguinte frase: "Vírgula, desde que não haja violência envolvida, sexo com crianças está ok."<sup>5</sup>. Tomando conhecimento da publicação e da declaração deturpada imputada a ela, Künast ajuizou ação indenizatória por danos morais em face do proprietário do Blog, que, em resposta, fez uma publicação no Facebook relatando o ocorrido e citando a matéria do site *Die Welt*. Na referida postagem, diversos usuários da rede social fizeram comentários, em sua maioria xingamentos, dirigidos a Künast<sup>6</sup>. Diante desta

---

<sup>2</sup> Em tradução livre "A política do Partido Verde, Künast, enfrenta problemas para se explicar".

<sup>3</sup> Tradução livre. No original: "*Komma, wenn keine Gewalt im Spiel ist!*".

<sup>4</sup> Tradução livre. No original: "*Renate Künast findet Kinderficken ok, solange keine Gewalt im Spiel ist*".

<sup>5</sup> Tradução livre. No original: "*Komma, wenn keine Gewalt im Spiel ist, ist der Sex mit Kindern doch ganz ok. Ist mal gut jetzt.*"

<sup>6</sup> Dentre os 22 comentários, pode-se citar: "mulher doente", "cérebro amputado", "baranga pedófila". No original: "*Kranke Frau*", "*Gehirn Amputiert*", "*Pädophilen-Trulla*".

situação, com fundamento na disposição do §14 Abs. 3 da Lei das Telecomunicações (*Telemediengesetz*)<sup>7</sup>, a política requereu em juízo o fornecimento, pela plataforma, dos dados identificadores dos autores das ofensas, por estas atenderem aos elementos dos dispositivos §§185 a 187 do Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch – StGB*) (DEUTSCHLAND, 2021, p. 2-3).

Em primeiro momento, o pedido de Künast foi totalmente indeferido na primeira instância. De acordo com o Tribunal Regional de Berlim (*Landgericht Berlin – LG*), as reações dos usuários, ainda que polêmicas, exageradas e sexistas, eram expressões de opinião admissíveis ao contexto fático e a ele relacionadas, estando abarcadas pelo regime protetivo do Art. 5 Abs. 1 Satz 1 da Lei Fundamental (*Grundgesetz – GG*)<sup>8</sup>. O LG concluiu que os comentários não violavam direitos protegidos legalmente tampouco foram emitidos de forma injustificada, razão pela qual não se enquadravam como insulto (*Beleidigung*)<sup>9</sup> nas previsões dos §§185 a 187 do Código Penal alemão, o que afastava o disposto no §14 Abs. 3 da Lei das Telecomunicações. O argumento sustentado foi no sentido de que o pronunciamento de Künast, ainda que desconsiderada a parte adulterada, provocou significativo impacto no público, de modo que ela, enquanto política e figura pública, deveria suportar mais críticas advindas da sociedade do que um cidadão comum (DEUTSCHLAND, 2019, p. 4-5). Após manifestação da autora, o LG modificou parcialmente a decisão, determinando o fornecimento pelo Facebook dos dados dos responsáveis por seis dos vinte e dois comentários objeto da demanda. Tais comentários foram considerados insultos, por não fazerem qualquer referência à declaração de Künast, restringindo-se a ofendê-la, o que os caracterizou como

---

<sup>7</sup> A Lei das Telecomunicações foi substituída pela Lei de Proteção de Dados de Telecomunicações e Telemídia (*Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz – TTDSG*), que entrou em vigor em 1º de dezembro de 2021. Na nova Lei, o conteúdo do supracitado dispositivo encontra-se no § 21 Abs. 2 e estabelece que o provedor de telemídias deverá fornecer informações do seu banco de dados se isso for necessário para viabilizar pretensão judicial relativa à violação de direitos por conteúdo ilegal.

<sup>8</sup> Art. 5 Abs. 1, GG - Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente suas opiniões na fala, na escrita e nas imagens e de se informar sem impedimentos a partir de fontes geralmente acessíveis. No original: "Art. 5 Abs. 1, GG - *Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten*".

<sup>9</sup> Oportuno diferenciar insulto (*Beleidigung*) de insulto formal (*Formalbeleidigung*), o qual é caracterizado pela depreciação explícita de um sujeito mediante xingamentos e "palavrões". O insulto, por sua vez, consiste em ofensa sem o necessário uso de expressões obscenas (WERNER, 2022).

injustificados e os incluiu ao previsto no §185 do StGB (DEUTSCHLAND, 2020, p. 5-6).

Em instância recursal, o Tribunal de Apelação de Berlim (*Kammergericht Berlin* – KG) determinou o fornecimento dos dados dos autores de outros seis comentários do *post*, os quais, por se tratarem de expressões de opinião e não alegações de fato, foram enquadrados como insultos formais, nos termos do §185 do StGB. Conforme a interpretação do tribunal, os referidos comentários estão alheios a qualquer debate factual, e transpassam a liberdade de expressão já que atacam a recorrente de forma obscena e misógina (DEUTSCHLAND, 2020, p. 6-7).

O caso seguiu para o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha após Künast ingressar com reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), em que alegava que as decisões proferidas pelo LG e pelo KG haviam violado o seu direito geral da personalidade (*allgemeine Persönlichkeitsrecht*) diante da ausência de ponderação dos interesses legais envolvidos. A reclamante sustentou que no caso em tela o seu direito geral de personalidade se sobrepunha à liberdade de expressão daqueles que fizeram os comentários, de modo que o KG deveria ter autorizado o fornecimento dos dados dos autores de todos os vinte e dois comentários (DEUTSCHLAND, 2021, p. 6). O BVerfG acolheu a queixa de Künast, determinando que o processo retornasse ao KG para nova apreciação<sup>10</sup> (DEUTSCHLAND, 2021, p. 14).

## 2 LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ANÁLISE DA DECISÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA

A decisão do BVerfG baseia-se, fundamentalmente, na alegação de violação do direito geral da personalidade da reclamante por parte das deliberações feitas pelo LG e pelo KG, uma vez que não foi realizada a ponderação dos interesses legais envolvidos, no caso, a liberdade de expressão dos usuários da rede social e o direito à honra da reclamante (DEUTSCHLAND, 2021, p. 14). No caso em tela, para que o pedido da autora de fornecimento dos dados identificadores dos usuários fosse

---

<sup>10</sup> Isso porque a interpretação e a aplicação das disposições da Lei das Telecomunicações e do Código Penal Alemão são de competência dos tribunais ordinários, e não do BVerfG, a quem compete apenas o exame de decisões judiciais que teriam violado direitos previstos na Lei Fundamental (DEUTSCHLAND, 2021, p. 7).

atendido, seria necessária a demonstração de violação de direito por conteúdo considerado como ilegal. Para ser caracterizado como tal, o conteúdo deve ser injustificado e enquadrado em um dos delitos listados no § 1 Abs. 3 da Lei de Aplicação em Rede (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG*). O LG e o KG utilizaram em suas decisões apenas o critério atrelado à existência ou não de justificativa. Se o comentário fazia menção à situação envolvendo a parlamentar ou a uma ideia que poderia ter origem naquela, os tribunais o consideraram como justificado, sendo afastado o enquadramento de conteúdo ilegal. Ocorre que, mesmo sendo, em tese, justificada, a declaração pode ainda assim lesionar direito de terceiro (DEUTSCHLAND, 2021, p. 9).

A liberdade de expressão não é um direito absoluto. É nesse sentido a disposição do Art. 5 Abs. 2 da Lei Fundamental, segundo a qual o direito de expressar livremente opiniões tem como limites, entre outros, o direito à honra pessoal. A conduta no ambiente *online* deve tomar como base tais limitações. As redes sociais, enquanto espaços amplamente abertos à troca e à difusão de ideias, oportunizam atividades lesivas a direitos de terceiros, mormente por conta da percepção ilusória de liberdade irrestrita, que é fomentada pela ideia de distanciamento entre locutor e interlocutor das manifestações (BITTAR, 2022, p. 22). Assim sendo, para verificar se os limites da liberdade de expressão não foram extrapolados a ponto de violar a honra de terceiro se faz necessária a ponderação adequada dos interesses jurídicos envolvidos no caso concreto<sup>11</sup>, sendo insuficiente analisar somente a existência de justificativa para exteriorização da opinião. Nos termos utilizados pelo BVerfG: "(...) O fator decisivo é que a situação concreta que envolve a declaração seja compreendida e suficientemente avaliada, levando em conta os direitos fundamentais afetados de ambos os lados"<sup>12</sup> (DEUTSCHLAND, 2021, p. 12).

Para ponderar os direitos da personalidade envolvidos e a liberdade de expressão, imperativa o exame das circunstâncias específicas do caso e do contexto no qual a manifestação de pensamento foi realizada. De acordo com o Tribunal

---

<sup>11</sup> O BVerfG dispensa a realização da ponderação dos interesses legais envolvidos em três casos excepcionais: (i) calúnia (*Schmähung*); (ii) insulto formal (*Formalbeleidigung*); (iii) ataque à dignidade humana (DEUTSCHLAND, 2021, p. 8).

<sup>12</sup> Tradução livre. No original: "*Maßgeblich ist, dass die konkrete Situation der Äußerung erfasst und unter Berücksichtigung der auf beiden Seiten betroffenen Grundrechte hinreichend gewürdigt wird*".

Constitucional Alemão, devem ser levados em consideração o que motivou a declaração, o seu conteúdo, os efeitos e a forma pela qual foi realizada (DEUTSCHLAND, 2021, p. 9). O BVerfG salienta que não é sempre necessária a avaliação de todos os referidos elementos, o que deve ser ponderado pelos tribunais ordinários com base nas particularidades de cada caso (DEUTSCHLAND, 2021, p. 11).

A motivação da declaração é correlacionada à existência de uma possível justificativa para o comentário realizado. A apuração do motivo tem como objetivo a identificação de uma manifestação de cunho exclusivamente ofensivo, do qual não se pode extrair qualquer referência a uma situação factual. Nestes casos, a situação ou fato precedente que supostamente teria motivado a manifestação é apenas uma oportunidade para ofender o sujeito, sendo baseada, na verdade, em sentimentos de raiva ou ódio (DEUTSCHLAND, 2021, p. 8-9).

No tocante ao conteúdo e aos efeitos da manifestação, há dois eixos principais de análise: a contribuição para a opinião pública e a difusão de sentimentos depreciativos sobre determinado indivíduo. A preponderância da liberdade de expressão é diretamente proporcional ao quanto a declaração agrega valor ao debate público. Em outras palavras, se o comentário contribuir à formação da opinião pública, será conferido maior peso à liberdade de expressão. Por sua vez, se o conteúdo da declaração pretende apenas despertar sentimentos depreciativos em face de determinado indivíduo, a liberdade de expressão terá valor reduzido, sobressaindo o direito à honra da pessoa lesada (DEUTSCHLAND, 2021, p. 8-9). Esta perspectiva de avaliação é sobretudo relevante para a garantia de uma ordem de comunicação pluralista, fundamento do direito à liberdade de expressão conforme previsão do Art. 11 (2) da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>13</sup>. A diversidade do fórum público de discussão depende do convívio simultâneo de ideias contrapostas e, para que essa realidade exista, a liberdade de expressão não pode ser drasticamente restringida a ponto de não serem permitidos comentários com denotação irônica ou críticas pessoais, por exemplo. No entanto, o seu exercício

---

<sup>13</sup> Art. 11º, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000/C 364/01) - Liberdade de expressão e de informação 1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras. 2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social.

também não pode configurar um passe livre à ilicitude penal ou civil, de forma que, se o efeito produzido pela manifestação for exclusivamente a lesão à imagem ou à honra de terceiro, imperativa a devida responsabilização daquele que a emitiu.

Por fim, o último plano a ser observado é o da forma pela qual a declaração foi realizada. Deve-se avaliar se a exteriorização foi verbal ou escrita, espontânea ou planejada. No entendimento do BVerfG, um maior grau de cautela pode ser esperado de manifestações escritas, o que inclui comentários em redes sociais (DEUTSCHLAND, 2021, p. 11). Diferentemente de declarações verbais, é possível pressupor que houve um momento de reflexão no processo de redação da mensagem. Este raciocínio é justificado pelo Tribunal Constitucional Alemão da seguinte forma:

“(...) seria particularmente prejudicial à liberdade de expressão se cada palavra tivesse de ser sopesada antes de uma declaração verbal. O direito fundamental à liberdade de expressão como expressão direta da personalidade implica - dentro dos limites de um autocontrole razoável - o reconhecimento legal da subjetividade humana e, portanto, também da emotividade e da excitabilidade.” (DEUTSCHLAND, 2021, p. 11) – tradução livre <sup>14</sup>

Esta posição adotada pelo BVerfG visa, justamente, inibir o que é usual nas mídias sociais: usuários fazem comentários obscenos que, em geral, não seriam feitos se a interação fosse face a face. A concepção de uma “audiência invisível”, acaba transmitindo ao indivíduo uma ideia de impunidade que o encoraja a fazer manifestações que não seriam feitas verbalmente (MORELOCK; NARITA, 2021, p. 66). Somado a isso, o usuário pode fazer o uso de um perfil falso, sem usar o seu nome verdadeiro, o que o mantém acobertado pelo anonimato ao fazer as suas manifestações, conjuntura que reforça a necessidade de fornecimento dos dados

---

<sup>14</sup> No original: “Denn für die Freiheit der Meinungsäußerung wäre es besonders abträglich, wenn vor einer mündlichen Äußerung jedes Wort auf die Waagschale gelegt werden müsste. Der grundrechtliche Schutz der Meinungsfreiheit als unmittelbarer Ausdruck der Persönlichkeit impliziert - in den Grenzen zumutbarer Selbstbeherrschung - die rechtliche Anerkennung menschlicher Subjektivität und damit auch von Emotionalität und Erregbarkeit”.

identificadores pelo provedor da rede social se for constatada violação de direito de terceiro.

Em sendo realizada a ponderação e constatado que a manifestação viola o direito à honra de terceiro, a liberdade de expressão não será, em regra, priorizada, e o autor poderá responder, inclusive, criminalmente pelo delito de insulto. Conforme construção jurisprudencial dos tribunais alemães, o crime de insulto, que tem sua pena prevista no § 185 do Código Penal alemão, corresponde a um ataque à honra de terceiro mediante desrespeito deliberado (HOVEN; WITTING, 2021, p. 2397). Este delito é um dos caracterizadores de conteúdo ilegal que autoriza o fornecimento dos dados identificadores de usuários que o veicularam em redes sociais, nos termos do já citado § 1 Abs. 3 da Lei de Aplicação em Rede. Em parâmetros normais, se mediante a análise dos elementos anteriormente expostos fosse revelada e a violação do direito à honra pela declaração realizada, o pedido da autora de acesso às informações seria facilmente atendido. Todavia, o caso Renate Künast envolve outro fator além da dualidade entre liberdade de expressão e direito à honra, qual seja, os comentários terem sido dirigidos a uma autoridade pública.

### **3 O LIMIAR ENTRE A CRÍTICA AO PODER E A CRÍTICA DEGRADANTE: UM PARALELO ENTRE BRASIL E ALEMANHA**

Como já abordado, a liberdade de expressar pensamentos e opiniões deve observar alguns limites, a fim de que os direitos de terceiros sejam respeitados. Em regra, a proteção conferida aos direitos de personalidade, como a honra e a imagem, é igual a todos os cidadãos. Há, contudo, uma exceção: pessoas públicas ou notórias, mormente, autoridades políticas. Em relação a este grupo, a esfera de proteção dos direitos da personalidade é reduzida, cenário comum ao Brasil e à Alemanha. A razão para tal diferenciação advém de um pressuposto básico do regime democrático, qual seja a fiscalização popular dos serviços públicos visando o melhor atendimento às necessidades da coletividade.

Na decisão proferida no caso Renate Künast, o BVerfG salienta que a proteção à liberdade de expressão tem como um de seus propósitos oportunizar a crítica às pessoas que ocupam cargos de poder na sociedade. Deste modo, cidadãos podem



atacar de forma acusatória funcionários públicos que consideram responsáveis por alguma situação negativa relacionada à maneira pela qual exercem o poder, sem ter que temer que tais declarações sejam objeto de sanções judiciais. Logo, quando da ponderação dos interesses legais envolvendo o caso concreto, deve-se atentar se a declaração constitui uma crítica ao poder (*Machtkritik*), ocasião em que se deve dar primazia à liberdade de expressão em face dos direitos da autoridade pública a quem aquela se dirige (DEUTSCHLAND, 2021, p. 10). Em convergência à deliberação do Tribunal Constitucional Alemão, o Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do REsp 1.986.323/SP<sup>15</sup>, dispõe que inexistente ato ilícito se as declarações dirigidas a autoridades públicas estiverem atreladas a fatos verídicos ou verossímeis que sejam conexos com as atividades por elas desempenhadas, ainda que configurem “opiniões severas, irônicas ou impiedosas” (BRASIL, 2022, p. 12). Constata-se, pois, que tanto o BVefG quanto o STJ reconhecem que o exercício da liberdade de expressão no tocante à crítica de autoridades públicas possui um grau de limitação reduzido, porém, a manifestação deverá ter relação com o serviço prestado por aquelas.

Ambas as Cortes atentam que não se pode justificar todas manifestações em face de autoridades públicas e/ou políticas. O BVerG ressalta que quanto mais se afasta do debate sobre questões que essencialmente afetam a coletividade, menos a declaração receberá a proteção da liberdade de expressão. As consequências impostas a exteriorizações de pensamentos que visam apenas a ofensa e a incitação de ódio - denominadas críticas degradantes (*Schmähkritik*) - também se aplicam se forem direcionadas a figuras públicas (DEUTSCHLAND, 2021, p. 15). O STJ, no mesmo sentido, refere que, ainda que os direitos da personalidade dos detentores de cargos públicos sejam tutelados de maneira mais branda, “o direito à liberdade de expressão é considerado abusivo se exercido com o intuito de ofender, difamar ou

---

<sup>15</sup> Trata-se de REsp interposto no âmbito de ação indenizatória c/c obrigação de fazer movida pelo atual Secretário-Executivo de Segurança Pública do Estado de São Paulo, Álvaro Batista Camilo, em face de Marcos Rogerio Manteiga, em razão de este ter chamado aquele de corrupto e imoral em redes sociais. O STJ negou provimento ao REsp, sob o fundamento de que o recorrido não abusou do direito à liberdade de expressão, uma vez que “a informação veiculada na publicação, no sentido de que o recorrente estava sendo investigado pela prática de supostos atos de corrupção não é inverídica” (BRASIL, 2022, p. 14).

injuriar (*animus injuriandi*), em flagrante violação a outros direitos e garantias constitucionais, tais como a honra, a privacidade e a imagem." (BRASIL, 2022, p. 12).

Tão importante quanto a garantia do poder individual de crítica do cidadão às autoridades no processo de discussão pública é a garantia de um efetivo grau de proteção aos direitos daquelas. O interesse de indivíduos em ocupar um cargo público é também preservado mediante a salvaguarda de suficiente proteção de seus direitos de personalidade. Se qualquer gênero de crítica, como discursos de ódio e ofensas, fosse admissível se dirigido a autoridades públicas, abrir-se-ia margem para o chamado "efeito de silenciamento" (*Silencing-Effekt*). Este fenômeno se caracteriza pela retirada de indivíduos da esfera pública por conta das reiteradas ofensas e comentários de ódio recebidos (HOVEN; WITTING, 2021, p. 2400). Em estudo desenvolvido na Alemanha, 10% da amostra de 288 políticos entrevistados consideraram renunciar ao mandato por conta das experiências de violência vivenciadas<sup>16</sup> (ALIN et. al., 2021, p. 51). É por conta desta conjuntura que se faz imprescindível a diferenciação das críticas públicas feitas em face de políticos e demais autoridades em crítica ao poder, à qual se aplica a prevalência da liberdade de expressão, e crítica degradante, que será sempre ilícita. Nesta última categoria, os autores devem ser devidamente responsabilizados e os direitos dos funcionários estatais propriamente protegidos. Portanto, o objeto de proteção não deve ser apenas a liberdade de expressão, mas também a proteção das instituições democráticas para o pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito (HOVEN; WITTING, 2021, p. 2400).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito além do exercício do direito ao voto, a democracia participativa pressupõe o ativo envolvimento popular nas mais variadas esferas da coisa pública, seja no desenvolvimento de políticas públicas, na efetivação de direitos sociais e, sobretudo, no efetivo exercício do direito à liberdade de expressão (BEÇAK; LONGHI,

---

<sup>16</sup> O citado estudo considerou como "experiências de violência" insultos, ameaças, ataques e violência praticada contra mulheres envolvidas na política (como violência verbal sexualizada e ofensas machistas).

2015, p. 147). Neste panorama, as redes sociais têm ocupado importante espaço de engajamento dos cidadãos no debate público. Para a manutenção de um canal de comunicação e difusão de ideias saudável e pluralista, as regras de convivência do mundo off-line devem ser implementadas também nas relações virtuais.

O caso Renate Künast possibilita a reflexão a respeito da necessidade de observação dos limites à liberdade de expressão, ainda que a manifestação seja dirigida a uma autoridade pública. A veiculação de declarações depreciativas é especialmente prejudicial à pessoa se realizada no ambiente virtual, uma vez que o alcance do comentário é, na maioria das vezes, inestimável. Essa situação pode influenciar na moldagem da imagem pública do indivíduo em questão e, conseqüentemente, produzir conseqüências danosas à sua honra e ao livre desenvolvimento da personalidade (HOVEN; WITTING, 2021, p. 2399). Portanto, imperioso que no caso concreto seja realizada a ponderação dos interesses jurídicos envolvidos, levando-se em consideração as circunstâncias particulares daquele.

Para alcançar o equilíbrio entre o direito à liberdade de expressão dos cidadãos e os direitos da personalidade de pessoas em cargo de poder público, o BVerfG estabelece a diferenciação entre crítica ao poder e crítica degradante. A possibilidade de criticar o poder público é um direito imprescindível para a participação popular na ordem democrática, razão pela qual a liberdade de expressão é priorizada nesta situação. Contudo, o Tribunal Constitucional Alemão reitera que para que esta especificidade seja aplicada a crítica deve, necessariamente, ter relação com a atuação pública do sujeito. Este entendimento é também adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que reconhece que a proteção concedida aos direitos de personalidade de figuras públicas que exercem atividade típica de Estado é reduzida em relação àquela conferida a pessoas comuns. Todavia, ambas as Cortes ressaltam em suas decisões que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, de modo que não pode ser utilizado como justificativa para incitação de ódio e ofensas, por exemplo. Assim no caso de críticas degradantes, ou seja, que não possuem qualquer ligação com um contexto fático, tendo finalidade tão somente depreciativa, a liberdade de expressão não sobressairá frente a direitos como a honra, a imagem e a dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Robin; MALZAHN, Claus Christian. **Grünen-Politikerin Künast gerät in Erklärungsnot**. Die Welt. 24 de maio de 2015. Disponível em: <<https://www.welt.de/politik/deutschland/article141406874/Gruenen-Politikerin-Kuenast-geraet-in-Erklaerungsnot.html>>. Acesso em 15 de nov. 2022.

ALIN, Selina; BUKOW, Sebastian. FAUS, Jana; JOHN, Stefanie; JURRAT, Andrina. **Beleidigt und bedroht Arbeitsbedingungen und Gewalterfahrungen von Ratsmitgliedern in Deutschland**. Berlin: Boell, 2021. Disponível em: <[https://www.boell.de/sites/default/files/2021-01/Beleidigt\\_und\\_bedroht.pdf](https://www.boell.de/sites/default/files/2021-01/Beleidigt_und_bedroht.pdf)>. Acesso em 25 nov. 2022.

BEÇAK, Rubens; LONGHI, João Victor Rozatti. Instrumentos de implementação da democracia participativa e o uso das tecnologias da informação e da comunicação para sua realização. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. **Direito, inovação e tecnologia**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 146-153. *E-book*.

BIOLCATI, Fernando Henrique de Oliveira. **Internet, fake news e responsabilidade civil das redes sociais**. São Paulo: Almedina, 2022.

BITTAR, Eduardo C. B. O Direito na Era Digital: responsabilidade civil e penal pelo uso indevido das redes sociais. In: BITTAR, Eduardo C. B.; SARLET, Gabrielle B. Sales; SARLET, Ingo Wolfgang. **Inteligência Artificial, Proteção de Dados Pessoais e Responsabilidade na Era Digital** (Coleção Direito, Tecnologia, Inovação e Proteção de Dados num Mundo em Transformação). São Paulo: Expressa Jur, 2022. p. 15-24. *E-book*.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.986.323 – SP**. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF: STJ, 2022. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202103035073&dt\\_publicacao=13/09/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103035073&dt_publicacao=13/09/2022)>. Acesso em 21 nov. 2022.

DEUTSCHLAND. Landgericht Berlin. **27 AR 17/19**. Beschluss der 27. Zivilkammer vom 09. September 2019. Rn. 1-46. Berlin, 2019. Disponível em: <<https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/KORE230122019>>. Acesso em 15 nov. 2022.

DEUTSCHLAND. Kammergericht Berlin. **10 W 13/20**. Beschluss des 10. Zivilsenats des Kammergerichts Berlin vom 11. März 2020. Rn. 1-46. Berlin, 2020. Disponível em: <<https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/KORE221452020>>. Acesso em 15 nov. 2022.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. **1 BvR 1073/20**. Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Dezember 2021. Rn. 1-53. Karlsruhe, 2021.

Disponível em:

<[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/12/rk20211219\\_1bvr107320.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/12/rk20211219_1bvr107320.html)>. Acesso em 15 nov. 2022.

FORMALBELEIDIGUNG. In: Weber kompakt, Rechtswörterbuch. 7 ed. München: Verlag C. H. Beck, 2022. Disponível em: <[https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Flex%2Fcrekom\\_7%2Fcont%2Fcrekom.formalbeleidigung.htm&pos=1&hlwords=on](https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Flex%2Fcrekom_7%2Fcont%2Fcrekom.formalbeleidigung.htm&pos=1&hlwords=on)>. Acesso em 20 nov. 2022.

FRITZ, Karina Nunes. **Facebook deve fornecer dados de autores de postagens degradantes a políticos, diz Tribunal Constitucional alemão**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/360186/facebook-deve-fornecer-dados-de-autores-de-postagens-degradantes>>. Acesso em 20 de nov. 2022.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. .

HOVEN, Elisa; WITTING, Alexandra. Das Beleidigungsrecht im digitalen Zeitalter. Neue Juristische Wochenschrift, München: C. H. Beck: ag. 2021, p. 2397-2401.

Disponível em:

<<https://beckonline.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnjw%2F2021%2Fcont%2Fnjw.2021.2397.1.htm&pos=1&hlwords=on&lsthit=True>>. Acesso em 22 nov. 2022.

MORELOCK, Jeremiah; NARITA, Felipe Ziotti. **The Society of the Selfie: Social Media and the Crisis of Liberal Democracy**. Londres: University of Westminster Press, 2021.



## 5. A CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS

*THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND THE FREEDOM OF EXPRESSION OF PUBLIC OFFICIALS*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-05>

*Carlos Leandro Maidana da Silva<sup>1</sup>*

### RESUMO

O estudo examina sentença prolatada pela Corte Europeia de Direitos Humanos no processo n.º 9704/82. O caso envolve o Estado Alemão e o cidadão alemão Rofl Kosiek. Discute-se o descumprimento do art. 10 da Convenção Europeia para a Defesa dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais frente ao disposto pela Resolução do Governo Federal de 19 de dezembro de 1950 sobre as atividades antidemocráticas dos funcionários públicos e do Decreto do Governo de Lana de Baden-Württemberg, de 12 de setembro de 1955, que exigia que funcionários e que os aspirantes a funcionários não pertencessem a nenhuma organização que pretendesse derrubar o regime liberal e democrático instaurado na Alemanha e nem apoiassem tais tendências. Examina a decisão do Tribunal ao julgar que não houve violação ao referido dispositivo do Tratado, analisando no estudo do caso o princípio da lealdade constitucional e a liberdade de expressão e a possibilidade restrição desse direito.

Palavras-Chave: Corte Europeia de Direitos Humanos; Convenção Europeia de Direitos Humanos; Princípio da Lealdade Constitucional; Liberdade de Expressão; Possibilidade de restrição.

### ABSTRACT

The study examines a sentence issued by the European Court of Human Rights in Case 9704/82. The case involves the German state and the German citizen Rofl

---

<sup>1</sup> Mestrando do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito pela PUCRS. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pós-graduado pela Faculdade IRECE/BA. Advogado.

Kosiek. The non-compliance with art. 10 of the European Convention for the Defense of Human Rights and Fundamental Freedoms In view of the federal government resolution of December 19, 1950 on the undemocratic activities of civil servants and the Lana Government Decree of Baden-Württemberg of 12 September From 1955, which required employees and that the aspiring employees did not belong to any organization that intended to overthrow the liberal and democratic regime in Germany or support such trends. It examines the decision of the court in judging that there was no violation of the said provision of the treaty, analyzing in the study of the case the principle of constitutional loyalty and freedom of expression and the possibility of restriction of this right.

Keywords: European Court of Human Rights; European Convention on Human Rights; Democratic and Liberal Regime; Principle of Constitutional Loyalty; Freedom of expression.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo de caso examina a sentença prolatada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, na data de 28 de agosto de 1986, nos autos do processo n.º 9704/82. O caso envolve o Estado Alemão e o cidadão alemão Rofl Kosiek. O referido Sr. interpôs na data de 16 de julho de 1984, uma ação contra o Estado Alemão submetida à Comissão de Direitos Humanos, sustentando o descumprimento do art. 10 do Convenção para a Defesa dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. A Comissão de Direitos Humanos julgou se o Estado Alemão violou as obrigações do art. 10 do pacto para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. A interpretação do disposto pelo art. 10 do convênio foi submetida à competência do Pleno do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A audiência de instrução realizou-se na data de 22 de setembro de 1985.

Quanto aos fatos a decisão informou que o autor, nascido em 1934, era residente em Nürtingen. Estudou física, obteve o título de Doutor pela Universidade de Heidelberg, onde trabalhou e exerceu interinamente a função de auxiliar de investigação. As atividades na referida universidade foram rescindidas por consentimento, pois lhe era impossível a concessão de uma nova prorrogação para



o exercício da função. Em 26 de outubro de 1962, Kosiek firmou uma declaração, afirmando ter tomado ciência do disposto pela Resolução do Governo Federal de 19 de dezembro de 1950 sobre as atividades antidemocráticas dos funcionários públicos e do Decreto do Governo de Lana de Baden-Württemberg, de 12 de setembro de 1955, que exigia e dava por certo que os aspirantes a funcionários não pertenciam a nenhuma organização que pretendesse derrubar o regime liberal e democrático (freiheitliche, demokratische Grundordnung) instaurado na Alemanha e nem apoiassem tais tendências. No ano de 1965, o autor havia se filiado ao Partido Nacional-Democrático da Alemanha (PNDA)<sup>2</sup>, ocupando diversos cargos, conforme o relatório da sentença, tendo abandonado o partido em 1980. Foi deputado no "Landtag"<sup>3</sup> de Baden-Württemberg, com mandato de 4 anos (1968 a 1972), concorreu às eleições para o Bundestag em 1972, mas o partido não elegeu nenhum representante, e publicou suas opiniões políticas em dois livros. O primeiro, publicado em setembro de 1972 e reeditado várias vezes, intitulado: "Marxismo? Uma superstição! As ciências naturais negam as fundações doutrinárias de Marx e Lenin" (Marxismo? Ein Aberglaube! Naturwissenschaft widerlegt die geistigen Grundlagen von Marx und Lenin); o segundo, publicado em 1975, intitulado: "O povo em sua realidade. Ciências naturais e vida confirmam o conceito de pessoas" (Das Volk in seiner Wirklichkeit. Naturwissenschaften um lebend bestätigen den Volksbegriff).

Em 1970, tendo sido aprovado nas provas para o cargo de professor da Escola Pública de Engenheiros de Coblenza, Kosiek pediu a nomeação da vaga ao Ministério da Educação da Renânia-Palatinado. Na data de 15 de dezembro de 1970, o autor tomou ciência de que outro candidato havia sido nomeado para a referida vaga. Tendo tomado conhecimento através da imprensa de que seu pedido havia fracassado por conta de suas atividades políticas no partido NPD, Kosiek se socorreu da via judicial, mas os Tribunais indeferiram a pretensão de admissão, sem

---

<sup>2</sup> O Partido Nacional Democrático Alemão (NPD; em alemão Nationaldemokratische Partei Deutschlands) é um partido nacionalista alemão de matiz neonazista, que foi fundado em 28 de novembro de 1964 em Hanover.

<sup>3</sup> Landtag (Dieta) é uma assembleia representativa, como a câmara dos deputados, com alguma autoridade legislativa, de uma entidade política chamada Land (isto é, Estado, país, território) na Alemanha e na Áustria.

possibilitar que coubesse o recuso de cassação. O autor, portanto, não cumpriu com a obrigação exigida pelo item 9.1, n.º 2, da Lei dos Funcionários Fundiários, conforme o texto de 14 de julho de 1970), para sempre defender o regime liberal e democrático, tal como concebido pelo Constituição, baseando as conclusões nas ideias do recorrente expostas no livro "Das Volk in seiner Wirklichkeit".

No ano de 1972 foi aprovado para a vaga de professor auxiliar no Instituto Técnico de Nürtingen. Em 14 de julho de 1972, o Conselho de Professores ("Dozentenrat") propôs ao Ministério da Educação e Cultura a nomeação do demandante. No mesmo dia, ele foi interrogado no ministério sobre suas atividades passadas como vice e seus propósitos políticos para o futuro; Depois disso, ele escreveu ao reitor do Instituto de Nürtingen, assegurando que se fosse nomeado, separaria claramente as funções profissionais de seus compromissos políticos e não abusaria de sua posição de docência para fins políticos. Ele acrescentou que não apareceria em público em Nürtingen ou seus arredores com finalidades partidárias, especialmente por ocasião da campanha eleitoral para o "Bundestag". O demandante foi nomeado pelo Ministério da Educação, na condição de funcionário interino, em estágio probatório, com efeitos desde a data de 1º de setembro do mesmo ano. Na data de 9 de novembro prestou compromisso perante o Reitor, comprometendo-se a respeitar e defender a Lei Federal Alemã e a Constituição de Land, porém na data de 17 de outubro, quando o Reitor do instituto solicitou a nomeação definitiva do autor para o cargo, o Ministério da Educação contestou o ato, pois havia dúvida sobre a lealdade constitucional do autor, por conta de suas atitudes e atividades políticas, considerando ainda a possível anulação do ato. Depois de ouvido, o Ministério da Educação notificou o demandante da anulação da nomeação, na data de 28 de fevereiro de 1974, com efeitos a contar desde 30 de junho de 1973, julgando que Kosiek não reunia as condições necessárias para nomeação, tendo em conta suas atividades políticas no partido NPD, expostas detalhadamente.

Na data de 8 de março de 1974, Kosiek recorreu da anulação do ato de nomeação perante o Ministério da Educação e Cultura, mas o recurso foi rejeitado. Interpôs, assim, recurso para o Tribunal Administrativo de Stuttgart na data de 10 de Junho. Na data de 8 de abril de 1975, o Ministério revogou a anulação de 1974, porque o Conselho (Comissão de Pessoal) do Instituto não fora ouvido. No entanto, como

esse defeito foi remediado no período, deu-se baixa ao recurso do autor na data de 30 de junho de 1975. O Tribunal Administrativo de Stuttgart extinguiu o procedimento pendente, considerando decidido quanto ao mérito.

Na data de 2 de maio de 1975, Kosiek recorreu contra a nova anulação do serviço. O recurso foi rechaçado na data de 7 do mesmo mês. O demandante, então, recorreu da decisão perante o Tribunal Administrativo de Stuttgart, alegando que não foi demonstrado que se houvesse oposto à Constituição. Na data de 26 de janeiro de 1977, o Tribunal anulou as decisões de 8 de abril e 7 de maio de 1975, compreendendo que a lei e os princípios gerais não fundamentam a exclusão de um funcionário do serviço, quando os dados constantes da sua nomeação eram conhecidos e deveriam ter sido levados em conta na data da nomeação. O Ministério da Educação recorreu desta decisão anulatória, alegando, entre outros motivos, que poderia rever esse possível erro no momento da nomeação. Na data de 28 de fevereiro de 1973, o Tribunal Administrativo de Land Baden-Wurtemberg avaliou o recurso do autor e o rechaçou por conta da jurisprudência do Tribunal Constitucional e sobretudo pelas razões de sua própria sentença prolatada. Kosiek, insatisfeito, interpôs recurso de cassação, mas o Tribunal Administrativo Federal denegou o recurso interposto em 28 de outubro de 1980, considerando que as dúvidas do Ministério sobre a lealdade constitucional do autor estavam justificadas, especialmente porque o autor rechaçava o regime liberal e democrático, enaltecendo o regime nacional socialista, ressaltando fundamentos racistas, dentre outros, negando, assim, a Lei Federal Alemã.

Na data de 16 de março de 1981, o Sr. Kosiek apelou ao Tribunal Constitucional Federal, pedindo a revogação das sentenças do Tribunal de Apelação e do Tribunal Administrativo por violar vários artigos da Lei Fundamental. Afirmou que as sentenças haviam violado o direito de não discriminação por suas opiniões, conforme o dispositivo do art. 3º da Lei Fundamental. Na data de 31 de julho de 1981, o recurso não foi admitido, julgando temeroso, diante da jurisprudência do Tribunal, recordando que a lealdade constitucional é um dos princípios tradicionais da função pública. O efeito suspensivo dos recursos interpostos, fizeram com que o demandante permanecesse no posto de trabalho até a data de 28 de novembro de 1980, quando a decisão do Tribunal Constitucional tornou definitiva a exclusão.

Na data de 20 de fevereiro de 1982, o autor contestou a anulação perante a Comissão Europeia de Direitos Humanos, alegando violação do art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>4</sup> perante a junta. A demanda foi admitida na data de 16 de dezembro de 1982. Em 11 de maio de 1984 julgou que não havia violação ao referido dispositivo do Tratado.

## 2 QUESTÕES SUBSTANCIAIS

Examinando os fatos e as suas consequências, o Tribunal julgou que a questão central estava concentrada no ingresso na Administração Pública e no cumprimento das obrigações de lealdade constitucional, isto é, no cumprimento da declaração de observação do regime democrático e liberal como condição para o ingresso e permanência na função e se tal exigência violava a liberdade de expressão. A decisão teria de examinar, por conseguinte, se a exclusão do autor foi uma intervenção, ou uma intromissão no exercício do direito à liberdade de expressão previsto no art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Processualmente a questão tratada não poderia ser examinada em preliminar, porque é uma questão substancial, uma questão mais profunda, porque é uma questão de mérito. A interpretação dos dispositivos suscitados é competência do Pleno da Corte. O Tribunal referiu-se à violação do art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A Convenção de Direitos Humanos não estabelece nem reconhece expressamente o direito da pessoa de ingressar em igualdade de condições na Administração Pública de seu país, porque se trata de uma questão administrativa e legal, assim como guarda silêncio sobre os seus protocolos adicionais, advertiu a sentença, portanto, como ficou demonstrado que a omissão foi intencional, quanto a soberania de cada país quanto a sua administração.

---

<sup>4</sup> O Artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos que trata da Liberdade de Expressão, dispõe o seguinte no apartado 1: Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

No sentir do Tribunal isso não significa que os funcionários, noutros aspectos, permaneçam a margem do meio em que se destina a Convenção, conforme foi demonstrado nas sentenças citadas (caso dos maquinistas do sindicato sueco, de 76, n.º 20, série A, Schmidt e Dahlström, mesmo ano, série A, n.º 21). Segundo o Tribunal o autor não esteve privado em nenhum momento da proteção do art. 10 da Convenção<sup>5</sup>, de modo que interessa verificar se houve ou não intervenção no exercício da liberdade de expressão ou se deve incluir nesse meio o direito ao ingresso em uma função pública, o que foi examinado segundo a lei. O Tribunal afirma que a anulação da nomeação do autor teve por base as atividades políticas do autor e a publicação de dois livros, que no momento em que seria nomeado definitivamente, o Ministério da Educação entendeu que o demandante não preenchia os requisitos legais, que exigiam o apoio ao regime democrático e liberal.

Note-se que não na época não havia a proteção de dados do cidadão, como hoje há regulamentação específica pela União Europeia. Talvez, embora não tenha sido objeto do estudo, a divulgação desse dado não poderia ocorrer, exceto se houvesse tal previsão na declaração firmada, ponto que não foi objeto da abordagem, mas abre-se, sobre essa questão uma possibilidade de discussão quanto à proteção da Constituição, nos moldes em que há risco ao regime democrático e liberal, ao Estado, diante da existência de dados que informam a existência de riscos.

A exigência de apoio ao regime democrático e liberal, segundo o Tribunal, se refere ao ingresso no serviço público e não se opõe à Convenção. As questões substanciais, ou de mérito, analisadas na decisão do Tribunal se referiram à Lealdade Constitucional, ou Lealdade Federal, e à violação ou não do direito à liberdade de expressão, nos termos do dispositivo do art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

## **2.1 A Lealdade Constitucional**

A Lealdade Constitucional está intimamente relacionada ao ingresso de uma pessoa no cargo de funcionário público. A legislação exigia do autor, naquele

---

<sup>5</sup> Cf. nota 4.

momento histórico, em que a Alemanha estava se reestruturando, reconstruindo, apesar de passados mais de vinte anos do término da Segunda Grande Guerra Mundial, de uma declaração, afirmando comprometimento para com o regime democrático e liberal que se havia instalado, tinha por finalidade consolidar o regime, evitando os erros do passado. Após a Segunda Grande Guerra, a Alemanha Nazista, vencida, foi ocupada pelas Forças Aliadas, e “vivia uma “hora zero” (Stunde Null), representando aqui o sentimento de muitos, isto pelo fato de que no respeitante ao direito constitucional e à própria estatalidade, é inquestionável que pelo menos a forma externa do Estado antes existente havia sido destruída, ainda que altamente controversa a tese – embora minoritária e defendida principalmente por Hans Kelsen e Hans Nawiaski - de que o próprio Estado tenha desaparecido por completo. (SARLET, GODOY, 2021, p. 261)

A gênese (origem) dos dispositivos de lealdade constitucional ao período imediatamente sucessivo a Segunda Guerra Mundial. Depois dos episódios dos radicalismos políticos que tinha conduzido o partido nacional socialista a suprimir o regime democrático instaurado em 1919 se rebaixando pelo mesmo procedimento codificado da carta de Weimar, as Constituições depois da segunda guerra tinham predisposto uma série de instrumentos dirigido a proteger a ordem democrático-pluralista. É um modelo de defesa da constituição em sentido amplo, de defesa do Estado (Staatsschutz), para ser mais preciso, o qual é dirigido a prevenir e sancionar a violação das normas constitucionais e uma noção de defesa da Constituição em sentido estrito (Verfassungsschutz), a qual mira a proteger não todas as normas constitucionais, mas somente os princípios fundamentais e estruturantes da forma de Estado (princípio democrático, Estado de Direito, princípio regionalista, Estado Social. (ÁLVAREZ, 2009)

Compreende-se, naquele momento histórico, que o Estado Alemão procurava manter a unidade do regime democrático, utilizando-se do princípio da lealdade constitucional para assegurar essa unidade, tal como ocorreu com a exigência da declaração do candidato a uma vaga no emprego público, afirmando que não pertencia a nenhuma organização que pretendesse derrubar o regime liberal e democrático e nem apoiava tais tendências, pois havia riscos de colocar a democracia, plasmada num estado descentralizado, e para o funcionamento eficaz

da unidade do Estado. De tal modo, “el principio de defensa de la Constitución niega amparo normativo a actividades que, aun en observancia de las normas positivas, tengan como finalidad suprimir las materias subyacentes al texto constitucional.” (ALVAREZ, 2002) Neste sentido, não se pode deixar de considerar a compreensão do significado de lealdade constitucional a partir do pensamento do professor da Universidade de Oviedo, Leonardo Álvarez Álvarez (2008):

El concepto de lealtad constitucional ha sido empleado por la ciência del Derecho Constitucional para referirse, con carácter general, a una norma plasmada en ciertos textos constitucionales aprobados con posteridade a la Segunda Guerra Mundial, que se caracteriza por plantear una particular forma de infracion de las normas constitucionales.

Por Lealdade Federal compreende-se o seguinte:

Terceiro elemento do Estado Federal alemão, a lealdade à Federação (Bundestreue), que não encontra previsão expressa no texto da LF, tem por objetivo fortalecer o vínculo da União e dos estados sob a ordem constitucional comum, significando, em termos gerais, um dever dos estados e da União de manter a lealdade entre si e buscar sempre o entendimento, que, embora não de modo incontroverso, é reconduzível ao princípio da boa-fé (Treu und Glauben).” (SARLET, GODOY, 2021, p. 301)

A concepção do princípio da lealdade constitucional, ou o princípio da lealdade federal, no contexto do caso sob análise configura a condição de manutenção do regime liberal e democrático estabelecido, o que as atividades políticas e publicações feitas pelo autor, que era membro do Partido Nacional Democrático Alemão, o qual é considerado sucessor do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (NSDAP)<sup>6</sup> de Adolf Hitler, fizeram com que as declarações prestadas impedissem que

---

<sup>6</sup> O Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (NSDAP) em Alemão *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*, mais conhecido como Partido Nazista (português brasileiro) ou nazi (português europeu), foi um partido político de extrema-direita, cujo programa e ideologia (Nacional Socialismo) ficaram marcado pelo antissemitismo radical, nacionalismo e rejeição a democracia e ao marxismo. O líder do partido de 1921 a 1945 foi Adolf Hitler, que foi

a vaga pretendida lhe fosse negada. Conseqüentemente, a anulação da nomeação não gera violação legal, sequer à liberdade de expressão, segundo ponto substancial que conduziu a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos.

## 2.2 Liberdade de Expressão nos termos do art. 10 da CEDH

O segundo ponto que importou para a solução do caso se refere à aplicação pleiteada pelo autor, Sr. Kosiek Rofl, pois a Convenção Europeia de Direitos Humanos protege a liberdade de expressão e nos argumentos da demanda proposta, afirmou a violação do direito à liberdade de expressão prevista no art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. No entendimento do autor houve violação do referido dispositivo, porque a alegação de infração do princípio da lealdade constitucional, que conduziu a anulação da nomeação do autor para a vaga de funcionário público, diz com o não preenchimento dos requisitos exigidos pela legislação quanto ao apoio ao regime democrático e liberal. A existência da posição política do autor e a publicação de livros escritos com a demonstração de sua posição política não sofreu nenhuma espécie de intromissão ou ingerência por parte da exigência da lealdade constitucional, porque a existência do princípio da lealdade constitucional não impediu em nenhum momento da vida do autor, como se constata dos fatos narrados na demanda proposta a partir do relatório da decisão do Tribunal, que a opção pela participação política no PNDA (NPD; em alemão Nationaldemokratische Partei Deutschlands), inclusive tendo sido eleito para integrar o parlamento da cidade onde residia, que ele exercesse plenamente a defesa de suas ideias e de seus ideais. A consagração do exercício do direito à liberdade de expressão do autor, consolidou-se com a publicação de dois livros sobre suas reflexões ideológicas, como se verifica da decisão prolatada.

A liberdade de expressão é um elemento estruturante de um estado de direito e da democracia. Democracias pressupõe liberdade de expressão. [...] "é um dos privilégios dos cidadãos em uma república fundada em bases democráticas". (STF, ADPF187, 2014, *apud* ADAMY, 2022, p. 88). O exercício do direito à liberdade de

---

nomeado Chanceler da Alemanha pelo presidente Paul von Hindenburg em 1933. Hitler rapidamente estabeleceu um regime totalitário e unipartidário conhecido como o Terceiro Reich.



expressão está diretamente relacionado a expressão principal da dignidade da pessoa humana, tais como a liberdade de consciência, de pensamento, de culto, na proteção da intimidade, da honra, de modo que proteja o que estiver associado ao livre desenvolvimento da personalidade, inclusive contra ingerências de sua esfera pessoal, como se compreende das lições do Prof. Ingo Sarlet (2009):

Há quem considere a limitação de poder uma exigência da dignidade da pessoa humana, porque o exercício de poder é uma ameaça a ingerência na esfera pessoal de um indivíduo e, conseqüentemente para a dignidade da pessoa humana, de tal sorte que apenas a lei, observado o princípio da proporcionalidade, poderá ultrapassar o limite da ingerência pessoal, autorizando o exercício de poder.

Conseqüentemente, "a liberdade de expressão por ser constitucionalmente garantida não poderia ser anulada por outra norma" (FORTES, 2022, p.47), nesse caso por se tratar de uma disposição fundamental estabelecida na Convenção Europeia de Direitos do Homem, os Estados contratantes estão, no mesmo sentido, obrigados à garantia desse fundamental, envidando esforços para que esses direitos para assegurar a garantia coletiva desses direitos. Embora seja uma garantia, a liberdade de expressão, Bobbio (2004, p. 24), refere que "alguns artigos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem são, como se sabe, divididos em dois parágrafos, o primeiro dos quais enuncia o direito, enquanto o outro enumera as restrições, frequentemente numerosas." O art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem possui esta restrição no número 2<sup>7</sup> do referido, pois cita restrições ao direito de liberdade expressão estabelecendo, assim, condições para o exercício desse direito, inclusive de segurança nacional, como foi o caso da exigência da declaração para a preservação do regime liberal e democrático adotado pela

---

<sup>7</sup> O art. 10 que trata da liberdade de expressão apresenta as seguintes restrições: 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

Alemanha. No mesmo sentido, afirmam os Professores Ingo Sarlet e Arnaldo Godoy (2021, p. 324) que a própria Lei Federal traz diferenças relativas à liberdade de expressão que se submetem a restrições:

A liberdade de expressão individual, na forma de liberdade de opinião, da liberdade de comunicação, incluída aqui a liberdade de imprensa, além de reconhecer a liberdade de informação, embora todas elas submetidas, pelo menos em princípio e forte no sentido literal do texto da LF, a um conjunto comum de limites e possibilidade de intervenções restritivas.

Logo, a decisão prolatada pelo Tribunal não destoia dos entendimentos expressos com relação às restrições que o direito invocado pelo autor poderia sofrer em virtude da proteção do regime democrático e liberal instaurado, compreendendo-se, assim, que era inexistente a violação por ele alegada.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Neste estudo de caso, no qual a alegação por parte de um cidadão alemão, autor da demanda movida contra o Estado, se pode verificar a ingerência nas decisões prolatadas pelos Tribunais Administrativos ocorrida sobre a liberdade de expressão insculpida no art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A defesa por parte do Estado Alemão lastreada na lealdade constitucional, a fim de proteger o regime liberal e democrático instaurado na Alemanha, naquele momento histórico, tinha por finalidade evitar a desconstrução das conquistas que promoveram o desenvolvimento do Estado Alemão naquele momento da história e o retrocesso ideológico que ainda mantinha manifestações e tendências. Consequentemente no pleito deduzido pelo autor de ingerência do art. 10 da Convenção Europeia de Direitos do Homem, não se verificou em razão da aplicação do princípio da lealdade constitucional. A declaração prestada relativamente a não oposição ao regime democrático e liberal instalado em confronto com as ideias e posições políticas do autor que configuraram oposição, impedindo a satisfação das condições para que ele pudesse exercer o cargo público pretendido. Preservado o

direito à liberdade de expressão, não se constatou a violação pela exigência da lealdade constitucional, inexistindo ilegalidade na decisão prolatada.

## REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro. Liberdade de Expressão como elemento estruturante do Estado de Direito e da Democracia. In: SARLET, Ingo W. *et al.* **Direitos Fundamentais: Comentários ao art. 5º da Constituição Federal de 1988**. Londrina: Thot, 2022.

ÁLVAREZ, Leonardo Álvarez. **Lealtà costituzionale e difesa della costituzione: Partiti politici e Stato decentrato**. Siena: [s. n]. 2009.

ÁLVAREZ, Leonardo Álvarez. La función de la Lealtad Constitucional en el Estado autonómico. **Teoría y Realidad Constitucional**. UNED, Ciudad de México. n. 22, p. 493-524.

ÁLVAREZ, Leonardo Álvarez. Lealtad Constitucional y Partidos Políticos. **Teoría y Realidad Constitucional**. UNED, Ciudad de México. n. 10-11, 2º semestre 2002, 1º semestre 2003, p. 445-468.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 7ª ed., 2004.

FORTES, Mariana T. Liberdade de expressão versus biografias não autorizadas: análise da ADI 4.815/DF. In: SARLET, Ingo W.; MARTINS, Amanda D. (org.). **Constituição e Direitos Fundamentais: jurisprudência nacional, estrangeira e internacional comentada**. Porto Alegre: Fênix, 2022. E-book.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 10ª ed., 2009

SARLET, Ingo W. GODOY, Arnaldo S. de M. **História do Direito Constitucional Alemão: da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental**. Porto Alegre: Fenix, 2021. E-book.

PARTIDO NACIONAL DEMOCRÁTICO DA ALEMANHA. In: WIKIPEDIA. A enciclopédia livre. [San Francisco: Wikimedia Foundation, 2018]. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Partido\\_Nacional\\_Democr%C3%A1tico\\_da\\_Alemanha](https://pt.wikipedia.org/wiki/Partido_Nacional_Democr%C3%A1tico_da_Alemanha). Acesso em 28/10/2022.

PARTIDO NACIONAL SOCIALISTA DOS TRABALHADORES ALEMÃES. In: WIKIPEDIA. A enciclopédia livre. [San Francisco: Wikimedia Foundation, 2018]. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Partido\\_Nacional\\_Democr%C3%A1tico\\_da\\_Alemanha](https://pt.wikipedia.org/wiki/Partido_Nacional_Democr%C3%A1tico_da_Alemanha). Acesso em 25/11/2022.



## 6. O DIREITO À INFORMAÇÃO E A PONDERAÇÃO DE INTERESSES NA ÓTICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

*THE RIGHT TO INFORMATION AND THE BALANCING OF INTERESTS AS VIEWED BY THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-06>

*Eduarda Onzi<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

O estudo analisa o julgamento da decisão BVerfGE 90, 27, do Tribunal Constitucional Federal alemão, relativo ao direito de informação de um imigrante turco que teve negado o seu pedido para a instalação de uma antena parabólica no edifício em que residia na Alemanha para que pudesse assistir aos canais de televisão de seu país de origem. Partindo da explicação do caso, realiza-se uma breve análise dos fundamentos utilizados pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, cotejando-os com o tratamento jurídico dado ao direito à informação e à ponderação de interesses na ordem constitucional brasileira. Para isso, utiliza-se o método dialético, com base em pesquisa bibliográfica básica sobre os temas abordados. Ao fim, conclui-se pela concordância com os fundamentos utilizados pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, no sentido de reconhecer os limites ao direito de informação e a necessidade de ponderação com os demais interesses especiais no caso, mas privilegiando a observância do amplo aspecto do direito fundamental em questão e da sua eficácia no nível da aplicação normativa.

Palavras-chave: direito à informação; ponderação; Tribunal Constitucional Federal alemão.

### **ABSTRACT**

The study analyzes the decision BVerfGE 90, 27, of the German Federal Constitutional Court, regarding the right to information of a Turkish immigrant who had his request

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), bolsista CAPES/PROEX. Advogada. E-mail: eduarda.onzi@edu.pucrs.br.

for the installation of a satellite dish in the building where he lived in Germany denied, so that he could watch television channels from his country of origin. After explaining the case, a brief analysis of the grounds used by the German Federal Constitutional Court is performed, comparing them with the legal treatment given to the right to information and the weighting of interests in the Brazilian constitutional order. For this, the dialectic method is used, based on a basic bibliographic research on the issues addressed. At the end, it is concluded that there is agreement with the grounds used by the German Federal Constitutional Court, in the sense of recognizing the limits to the right to information and the need to weigh them with other special interests in the concrete case, but privileging the observance of the broad aspect of the fundamental right in question and its effectiveness in the normative application level.

Keywords: right to information; weighting; German Federal Constitutional Court.

## INTRODUÇÃO

O direito à informação consubstancia, na sua essência, um “direito humano ao saber” (SARLET, MOLINARO, 2014, p.4). Toda pessoa tem direito à informação, sendo essa premissa o resultado das liberdades conquistadas no processo civilizatório, político e cultural.

Para a consecução desse direito, é igualmente necessário que se garanta o acesso à informação. Como uma das formas de exercício a essa liberdade comunicativa, os meios de comunicação social possuem relevante papel nesse sentido, porque “municiam os indivíduos com informações e pontos de vista diversificados para que possam tomar de forma mais consciente as suas decisões sobre temas públicos ou privados” (SARMENTO, 2018, p. 2136).

De forma clara, o direito à informação demonstra o seu espectro amplo, sendo desdobramento próprio das liberdades de expressão e de manifestação do pensamento, não sendo excessivo afirmar que também é corolário da dignidade da pessoa humana, posto que, parafraseando o filósofo alemão Martin Heidegger, a linguagem e a comunicação também e, especialmente, fazem parte do *ser*.

O presente estudo pretende analisar criticamente a decisão BVerfGE 90, 27 (*Parabolantenne*), proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, relacionando-a com o tratamento constitucional brasileiro dado ao direito à informação e à ponderação de interesses. Para isso, realizará (i) a breve explicação do caso da decisão BVerfGE 90, 27 (*Parabolantenne*), do Tribunal Constitucional Federal alemão e (ii) a partir dos fundamentos utilizados no julgado, considerá-los criticamente junto com o tratamento do tema na ordem constitucional brasileira.

Para isso, utiliza-se do método dialético de contraposição de argumentos e da pesquisa bibliográfica básica referente ao ordenamento jurídico brasileiro e estrangeiro.

## 1 APRESENTAÇÃO DO CASO

Na análise da Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial BVerfGE 90, 27 (*Parabolantenne*), o Tribunal Constitucional Federal alemão se deparou com a necessidade de ponderação da proporcionalidade em sentido estrito juntamente com a observância da eficácia horizontal do direito fundamental à informação. A decisão trata do caso de um imigrante turco residente da Alemanha que postulou a instalação de uma antena parabólica no edifício do condomínio para que pudesse assistir aos canais de seu país de origem. A pretensão inicial foi negada pela locadora de seu apartamento, dentre outros motivos, sob a justificativa de que a instalação afetaria a fachada do prédio.

Após a negativa, o cidadão postulou em juízo a instalação da antena parabólica, sendo a ação julgada improcedente. O juízo de primeira instância entendeu que o interesse da locadora na manutenção da fachada prevaleceria sobre o direito à informação do cidadão turco. Além desse argumento central, na análise do caso foram considerados alguns fatores relevantes. O primeiro, de que a instalação de uma antena parabólica não faria parte do uso ordinário do apartamento locado, com base no contrato de locação acordado entre proprietário e locatário. O segundo, de que o Reclamante poderia manter contato com sua cultura por meio de videotecas turcas e acessar informações de lá através de vídeos e programas de rádio.

Ainda no terceiro argumento, de que seus filhos poderiam lhe traduzir as informações dos canais de televisão alemães. O quarto, de que, em um período de um ano, seria instalada no edifício uma conexão a cabo em que se transmitiriam diversos canais estrangeiros aos quais o Reclamante poderia ter acesso. E, por fim, de que a autorização para a instalação da antena parabólica poderia ferir o direito à igualdade dos demais locatários, que poderiam requerer, de igual forma, a instalação de outros equipamentos de recepção de sinais de satélite, comprometendo, assim, a fachada do edifício.

O Tribunal Estadual negou provimento à apelação do cidadão turco, sob os mesmos fundamentos da decisão de primeira instância. Entendeu que, mesmo em face do interesse especial do Reclamante por informações de seu país de origem, a instalação da antena parabólica não estaria prevista contratualmente nas hipóteses de uso ordinário do imóvel locado. Realizando o cotejo com outros casos similares, considerou que os pressupostos de concessão da anuência, por parte da proprietária, não estavam presentes porque, além de não assumir os custos da instalação, o Reclamante receberia conexão a cabo no período de um ano, por meio da instalação de um equipamento no edifício. Isso lhe permitiria, então, ter acesso a um canal de televisão e a programas de rádio, podendo informar-se no idioma turco.

O caso foi submetido à análise do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que decidiu pela violação do direito de informação do Reclamante. Foram reexaminadas todas as premissas do Tribunal Estadual e da decisão de primeira instância, sendo o argumento central do TCF a observância ao amplo espectro do direito fundamental à informação, o que não comportaria as restrições impostas ao direito do Reclamante, conforme o artigo 5 I 1, 2. subperíodo GG, que assim dispõe:

(1) Todos têm o direito de livremente expressar e divulgar seu pensamento por palavra, escrito e imagem e, sem impedimentos, *informar-se a partir de fontes a todos acessíveis*. A liberdade de imprensa e a liberdade de noticiar por radiodifusão e cinematografia são garantidas.

Não haverá censura.



Especificamente, a decisão assegurou que os meios de comunicação de massa, como rádio e televisão, pertencem às fontes de informação que gozam da proteção do direito fundamental, não sendo prevista na Constituição alemã uma distinção entre meios nacionais e estrangeiros. Assim, se é possível que o canal de televisão seja recepcionado na Alemanha, ele deve ser acessível a todos, sem restrição. E, se a recepção do canal estrangeiro depender de aparato técnico para viabilizar a conexão destinada à coletividade, a proteção do direito fundamental à informação se estende à consecução e ao uso desse aparato técnico. Isso quer dizer que a instalação de antena parabólica em edifício, como postulado pelo Reclamante, é igualmente protegida pelo direito fundamental previsto no Art. 5 I 1, 2. subperíodo GG.

A partir dessa perspectiva, o Tribunal Federal Constitucional alemão entendeu que o Tribunal Estadual, ao analisar o caso, não atentou devidamente aos interesses especiais do cidadão turco por motivos que não se podem valer em face ao direito à liberdade de informação. É que, embora esse direito fundamental tenha limites positivados nas leis gerais, torna-se necessário, em regra, a ponderação no caso entre os interesses tutelados pelo direito fundamental e os interesses implícitos na lei que o limita. Tudo isso porque, segundo a decisão, a Constituição alemã exige que, junto da interpretação das leis gerais, os direitos fundamentais sejam observados no seu conteúdo axiológico válido em face de todo o ordenamento jurídico, concretizando a sua eficácia no nível da aplicação normativa.

Por fim, o Tribunal Federal Constitucional Alemão, na Decisão Judicial BVerfGE 90, 27 (*Parabolantenne*), ao ponderar o direito fundamental à informação e os interesses especiais do Reclamante com as características do contrato de locação e os interesses do proprietário, admitiu a Reclamação Constitucional e autorizou que fosse instalada a antena parabólica no edifício em que o cidadão turco residia. A decisão, assim, privilegiou a observância do direito à informação de forma ampla.

## 2 ANÁLISE DO JULGADO

A decisão posta em análise destacou a relevância da liberdade de informação como sendo essencial ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo e para a manutenção da ordem democrática ou, como acentua Gustavo Binet Bojórquez, "as liberdades comunicacionais e informativas assumem papel funcional estruturante e verdadeiramente constitutivo das sociedades liberais e democráticas" (BINENBOJIM, 2020, p. 21). Isso porque, é a partir da livre circulação de ideias que o direito à informação se exprime e se transforma em garantia da efetividade dos demais direitos, bem como uma defesa a eventual arbítrio estatal.

Dessa forma, o direito de receber e de emitir informações é um direito de defesa "de modo que o seu titular não seja impedido de emitir ou difundir ideias, ideais, opiniões, sentimentos ou conhecimentos quando opera como direito subjetivo individual ou coletivo" (SARLET, MOLINARO, 2014, p. 17). Ainda em seu conteúdo, o direito à informação também se verifica como um direito autônomo em relação ao direito de expressão ou de imprensa (LOPES, 1997, p. 186) complementando-os pela perspectiva do recipiente da informação, como destacou a decisão em tela (BVerfGE 90, 27).

Todavia, mesmo que a amplitude do direito à informação seja categórica, não significa que deva ser absoluta, no sentido de impedir restrições e limites, por vezes necessários para a garantia de demais direitos colidentes no caso concreto, como direitos de personalidade de terceiros ou até mesmo interesses econômicos. Percebe-se, nesse sentido, que situações de conflitos entre direitos fundamentais são cada vez mais frequentes em se tratando de liberdades de expressão, de informação e de comunicação. E o caso do Tribunal Constitucional Federal Alemão, posto em análise, não foge a essa percepção.

O Tribunal Constitucional Federal alemão deparou-se com essa controvérsia quando da análise do julgado em questão. No caso, era evidente a colisão entre o direito fundamental à informação do Reclamante, os interesses do proprietário da residência e as normas infralegais relativas ao contrato de locação. Disso se depreende que o problema do âmbito de proteção dos direitos fundamentais pressupõe o entendimento de que inexiste ordem jurídica que os proteja

ilimitadamente e de que também não existam direitos fundamentais absolutos (SARLET, 2018). E a partir desse impasse é que se deve admitir que não há catálogos de direitos fundamentais que não colidam com outros direitos (ALEXY, 1999) e que em uma situação jurídica determinada pode haver proposições completamente antagônicas. E isso exige do intérprete a busca de uma conciliação possível para harmonizar os preceitos contraditórios.

No caso em análise, o Tribunal Constitucional Federal alemão utilizou-se da técnica da ponderação para resolver o impasse da colisão entre os direitos das partes envolvidas:

A ponderação de valores é técnica pela qual o intérprete procura lidar com valores constitucionais que se encontrem em linha de colisão. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. (BARROSO, 2001, p. 15).

A discussão analisada no julgado pode ser resumida em dois aspectos.

Primeiro, o do reconhecimento do amplo espectro do direito fundamental à informação. E, nesse sentido, a validação feita pelo Tribunal Constitucional Federal alemão possui três premissas básicas: (i) o direito à informação complementa a liberdade de expressão e de opinião e a liberdade dos meios de comunicação; (ii) os meios de comunicação lícitos e acessíveis são abarcados pela proteção do direito fundamental à informação; e (iii) sendo o acesso protegido constitucionalmente, os meios de acesso à informação também devem ser abarcados pela proteção do direito fundamental em tela. Assim, se a informação buscada depender de equipamento técnico para ser alcançada, deve-se garantir a instalação do aparato técnico, para que se possa efetivar o acesso à informação do postulante. Caso contrário, o direito fundamental à informação restaria esvaziado, dificultando o seu exercício pelo seu titular.

A Constituição Federal brasileira assegura o direito e o acesso à informação, conforme dispõem os artigos 5º, inc. XIV, e 220. Nesse sentido, o direito à informação

envolve o exercício da participação na comunidade, no sentido de "informar, de informar-se e o de ser informado" (FARIAS, 2004, p. 161). Ainda, observa-se a dimensão individual do cidadão e acessar a informação perante qualquer meio de comunicação, garantindo-se o livre fluxo de notícias, ideias e informações. Assim, toda pessoa tem direito à informação e direito ao acesso da informação, que podem ser limitados somente em razão de lei e justificados por razões de segurança nacional, combate ao crime e proteção de direitos e interesses legítimos de terceiros.

O segundo aspecto se refere à posição antagônica de um lado, do direito à informação buscado pelo Reclamante e, de outro, dos interesses da proprietária do imóvel e das normas infralegais relativas ao contrato de locação. O Tribunal Constitucional Federal alemão observou que, junto à interpretação das normas infralegais que definem os direitos e obrigações das partes em um contrato de locação, existe a exigência constitucional de que os direitos fundamentais colidentes sejam observados em seu conteúdo axiológico válido para todo o ordenamento jurídico, com o intuito de validar a sua eficácia também ao nível da aplicação normativa.

Ilustrando-se esse entendimento sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, também se alcança o mesmo entendimento aplicado ao caso em tela, na medida em que:

A força jurídica autônoma dos direitos fundamentais também alcança a eficácia irradiante, sendo assimilados como diretrizes para aplicação do direito infraconstitucional, dando ensejo à chamada técnica de interpretação conforme a Constituição. De igual forma, a dimensão objetiva também alcança a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a fim de possibilitar que eles também sejam empregados nas relações privadas entre os indivíduos. (SARLET, 2018).

No caso, a técnica de ponderação utilizada pelos magistrados do Tribunal Constitucional Federal alemão considerou os interesses pessoais de cada parte da relação contratual, buscando atribuir pesos aos prejuízos de cada direito fundamental tutelado, mediante a aplicação de postulados da razoabilidade, proporcionalidade e proibição do excesso (ÁVILA, 2006). A ponderação realizada no

julgado ainda envolveu aspectos relativos ao próprio direito de personalidade do Reclamante e à igualdade entre os demais locadores do edifício. Ao afastar o argumento do Tribunal Estadual de que a instalação da antena parabólica feriria a igualdade com os demais residentes, haja vista o privilégio concedido ao cidadão de origem estrangeira, o Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu que, se os demais residentes alemães tinham acesso à informação desejada, o Reclamante também deveria merecer a proteção a esse direito.

Sobretudo, chama a atenção o intento dos magistrados do Tribunal Constitucional Federal alemão em buscar a definição da expressão “bom uso contratual do imóvel”, a fim de atribuir sentido à norma infralegal que trata da instalação de aparatos receptores de sinais em imóveis locados. Dessa forma, a decisão considerou que, com base no princípio da boa-fé contratual, é vedado ao locador negar a instalação de equipamentos que torne a vida na residência substancialmente mais agradável. Isso porque os prejuízos advindos da violação ao direito à informação são maiores do que os prejuízos puramente estéticos de modificação da fachada do edifício pela instalação da antena parabólica. O que demonstra que a ponderação utilizada no julgado privilegiou a obtenção de equilíbrio na ordenação dos bens em conflito (SARLET, 2012, p. 211).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No presente estudo, procurou-se analisar criticamente a decisão BVerfGE 90, 27 (*Parabolantenne*), do Tribunal Constitucional Federal alemão, cotejando os fundamentos utilizados no julgado com o tratamento jurídico dado ao direito à informação e à ponderação de interesses na ordem constitucional brasileira.

Partiu-se da breve explanação do caso em que um imigrante turco teve negado o seu pedido para a instalação de uma antena parabólica no edifício em que residia na Alemanha para que pudesse assistir aos canais de televisão de seu país de origem. Ao ter analisada a sua Reclamação Constitucional pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, a decisão dos magistrados privilegiou a observância do direito à informação, previsto no art. 5 I 1, 2. subperíodo GG da Constituição alemã, de forma ampla, realizando o método hermenêutico de ponderação de interesses

entre o Reclamante, os direitos da proprietária do imóvel e o princípio da boa fé do contrato de locação.

Foram destacados os fundamentos da decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão e, a partir disso, foram cotejados com o tratamento jurídico do direito à informação na ordem constitucional brasileira. Nessa oportunidade, conceituou-se o direito à informação e ao acesso à informação previstos na Constituição brasileira de 1988. Apontou-se, ainda, os critérios de ponderação aplicados no caso, reforçando o a prevalência da liberdade comunicativa sob direitos e interesses que não seriam volutuosamente prejudicados pela solução dada ao conflito.

Assim, conclui-se que a solução dada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão foi correta na ponderação dos direitos e interesses colidentes no caso, como exemplo na obtenção de equilíbrio dos bens em conflito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS**, v. 17, 1999, p. 267-269.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 5. ed., 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 224, p. 31–50, 2001. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47757>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal da República**. Art. 220, *caput*: A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 28 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal da República**. Art. 5º, inc. XIV: é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 28 nov. 2022.

BINENBOJM, Gustavo. **Liberdade igual**: o que é e por que importa. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e de televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. Direito à informação e direito de acesso à informação como direitos fundamentais na Constituição Brasileira. **Revista da AGU**, Brasília-DF, ano XIII, n. 42, p. 09-38, out./dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

\_\_\_\_\_. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. Artigo 220. In: CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 2132-2140.





## 7. O DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

*THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE FREE DEVELOPMENT OF PERSONALITY AND  
INFORMATIONAL SELF-DETERMINATION*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-07>

*Evaldo Osorio Hackmann<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha tem sido um ator fundamental na concretização dos direitos fundamentais da personalidade. Nesse sentido, sua destacada atuação na edificação do princípio da autodeterminação informativa, em 1983, quando do julgamento da lei do censo, potencializou a tutela protetiva dos dados pessoais não apenas em seu território, mas servindo de paradigma para legislações mundo a fora. Em 2008, ao julgar a lei do estado da Nordrhein-Westfalen, que permitia a intervenção e o controle do estado em sistemas vinculados às TIC's, a corte reforçou seu protagonismo, criando um novo direito à confidencialidade e à integridade dos sistemas técnicos-informacionais, de modo a responder com firmeza à intenção do estado em monitorar os referidos sistemas e, com isso, deu um importante passo no atendimento das legítimas expectativas dos indivíduos e da sociedade alemã, privilegiando o livre desenvolvimento da personalidade tão desejado por toda a humanidade

**PALAVRAS-CHAVE:** Tribunal Constitucional Federal da Alemanha – direitos fundamentais – autodeterminação informativa – direito à confidencialidade e à integridade dos sistemas técnicos-informacionais.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). MBA em Gestão Empresarial pelo CEAD/Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Compliance (PUCRS). Graduado em Direito (UFRGS). Advogado. E-mail: evaldo.osorio@edu.pucrs.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1021977144196107>.

## ABSTRACT

The Federal Constitutional Court of Germany has been a key player in realizing fundamental personality rights. In this sense, its outstanding performance in building the principle of informative self-determination, in 1983, when the census law was judged, enhanced the protective protection of personal data not only in its territory, but serving as a paradigm for legislation around the world. In 2008, when judging the Nordrhein-Westfalen state law, which allowed state intervention and control in systems linked to ICT's, the court reinforced its role, creating a new right to confidentiality and integrity of technical-informational systems, in order to respond firmly to the state's intention to monitor the referred systems and, with that, took an important step in meeting the legitimate expectations of individuals and German society, favoring the free development of personality so desired by all humanity.

KEYWORDS: Federal Constitutional Court of Germany – fundamental personality rights – informative self-determination – right to confidentiality and integrity of technical-informational systems.

## INTRODUÇÃO

A disciplina relativa à proteção de dados pessoais encontra território fértil na Alemanha. Tal afirmação consubstancia-se não apenas pela produção dogmática jurídica exponencial acerca da temática em destaque, mas em relação à proeminência legislativa e às decisões emanadas do seu Tribunal Constitucional Federal<sup>2</sup> durante as últimas 5 décadas aproximadamente.

Exatamente como quer destacar-se, nos últimos 50 anos, o direito à proteção de dados pessoais vem sendo objeto de discussões e avanços em direção à sua promoção e concretização na sociedade alemã. Como exemplo da referida marca, podemos citar a Lei de *Hessen*, datada de 1970, que se trata do primeiro exemplo legislativo que busca tutelar o tratamento de dados pessoais dos indivíduos de forma adequada e em observância ao necessário e desejável livre desenvolvimento de sua personalidade.

---

<sup>2</sup> Ao longo do presente comentário, adotar-se-á a abreviação TCFA para referir-se ao Tribunal Constitucional Alemão em diversas oportunidades.

Ainda, de modo a promoção desse inequívoco direito fundamental, aponta-se a edição, em 1977, da Lei Federal de Proteção de Dados (*Bundesdatenschutzgesetz*), um diploma que visava uniformizar as disposições relativas à conformidade de utilização desse tipo de dados em todo o território germânico, buscando assegurar uma simetria na utilização de tais elementos de cunho pessoal.

Adiante no objeto da exposição, indisputável a importância revelada sobre o tema – o livre desenvolvimento da personalidade fundamentada na tutela dos dados pessoais – quando da decisão do TCFA, em 1983, no julgamento da constitucionalidade lei relativa ao recenseamento demográfico (1982), indicando os corretos preceitos do tratamento desses dados com base no que convencionou-se denominar: princípio da autodeterminação informativa (*Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung*). Este, a invulgar pedra de toque do edifício que resguarda os direitos dos indivíduos em relação ao uso de seus dados pessoais, determina, numa síntese apertada, que ao cidadão cabe decidir como e em que medida deverão ser tratados os seus dados pessoais, isto é, garante ao titular dos mesmos o poder decisório sobre a utilização de seus dados.

Imperioso destacar que o princípio da autodeterminação informativa integra o espectro constitutivo do chamado direito geral da personalidade: preceito constitucional desenvolvido, em sede da Corte Constitucional alemã, desde os idos de 1950, sendo apontado pela doutrina como uma combinação sinérgica do artigo 1º, §1º (dignidade da pessoa humana) e do artigo 2º, §1º (liberdade), ambos dispostos na Lei Fundamental (MENKE, 2019, p.786), culminando na garantia do livre desenvolvimento da personalidade de cada componente da sociedade alemã. Nesta linha, prossegue o ensinamento do mestre de Kassel, o TCFA entende ser o mencionado direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade dividido em 3 categorias: direito à autodeterminação (*Recht der Selbstbestimmung*), direito à autopreservação (*Recht der Selbstbewahrung*) e direito à auto-apresentação (*Recht der Selbstdarstellung*) (MENKE, 2019, p.787).

Pois bem, é diante desse cenário de promoção à dignidade da pessoa humana, da liberdade do indivíduo e, conseqüentemente, do necessário resguardo ao livre desenvolvimento de sua personalidade que o TCFA enfrentou a questão quando do julgamento *BVerfGE 120, 274 (Online-Durchsuchungen)*, cuja sentença foi prolatada

em 27 de fevereiro de 2008, onde se posicionou a respeito da (in)constitucionalidade da Lei do estado *Nordrhein-Westfalen*<sup>3</sup>.

Destaca-se que, à época, o TCFA recebeu inúmeras reclamações de cidadãos alemães inconformados com as disposições legais do ato normativo da referida unidade da federação que possibilitava às autoridades constituídas (responsáveis por serviços de inteligência e contraterrorismo) a consecução de buscas e apreensões de informações de titularidade desses cidadãos, de forma remota e online, através da rede mundial de computadores (MARTINS, 2016, p.114).

Com efeito, ainda sob a vigência da chamada Guerra Contra o Terror<sup>4</sup>, e diante da comprovada existência de células terroristas na Alemanha que gestaram os ataques realizados ao *World Trade Center*, em 11 de setembro de 2001, as autoridades germânicas buscavam investigar suspeitos de ilícitos criminais, em todo o país, objetivando prevenir a indesejável repetição daqueles fatos. Nessa linha, a lei do estado de *Nordrhein-Westfalen* potencializou o “poder de polícia”, como se verá, extrapolando os limites dispostos pelo Estado Democrático de Direito.

A saber, segundo a doutrina (MARTINS, 2016, p.115), consistia o principal motivo de reclamação dos cidadãos junto ao TCFA, o seguinte trecho da lei em destaque:

§ 5 Competências:

(1) [...].

(2) A Secretaria de Proteção da Constituição pode aplicar, segundo os termos do § 7, os seguintes meios de inteligência para consecução de informações:

[...]. 11. Observação secreta e outras investigações da internet, como especialmente a participação escondida em suas instituições de comunicação e

---

<sup>3</sup> Esta lei permitia que ao aparato policial daquele estado a realização de medidas de busca ou investigação sigilosa e à distância (remota) em computadores de pessoas suspeitas de cometerem ilícitos criminais, autorizando ainda o monitoramento de todas as atividades do suspeito na rede mundial de computadores (internet).

<sup>4</sup> A Guerra Contra o Terror foi um movimento liderado pelos Estados Unidos da América que se refletiu em muitas potências mundiais, por exemplo, na Alemanha. Estima-se que o governo de George W. Bush, presidente americano, tenha empenhado mais de USD 8 trilhões (dólares americanos) na busca por terroristas em todo o planeta. Os impactos dessa política repressiva foram sentidos em todo o planeta como aponta reportagem da DW. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/11-de-setembro-a-guerra-ao-terror-e-as-consequ%C3%Aancias-para-o-mundo/a-59137716> . Acesso em 20/11/2022.

busca delas; assim como o acesso secreto de sistemas técnico-informáticos também com a utilização de meios técnicos. Quando tais medidas representarem uma intervenção no sigilo da correspondência, postal e telefônico e, em face do tipo e importância, forem equivalentes àquela ela [a intervenção] somente será permitida sob os pressupostos da Lei do Artigo 10 Grundgesetz;

Finalmente, coube ao TCFA prolatar decisão que – no entendimento da Corte Constitucional – originou o aparecimento de um direito autônomo, qual seja, o direito fundamental à confiabilidade e à integridade de sistemas técnicos-informáticos.

Todavia, em que pese a relevância da decisão em que se prendem os comentários a seguir, a mesma não foi livre de críticas partidas da doutrina especializada no tema dos direitos fundamentais; do ponto de vista material, entende-se que o *decisium* necessita de reparos e melhor delimitação conceitual devido à sua intersecção com outros direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos como se verá nas próximas linhas deste estudo, evidentemente, respeitando-se e – desde já – abrindo-se campo de discussão às opiniões em contrário senso.

## **1 DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE: FUNDAMENTAL SUPORTE DECISÓRIO**

Retomando, como fundamento ao comentário da decisão destacada anteriormente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade tem sua gênese na conjugação do artigo 1º, §1º e artigo 2º, §1º, ambos da Lei Fundamental da Alemanha. Nesta toada, dignidade da pessoa humana e liberdade revelam-se expressões de direitos fundamentais de 1ª dimensão, ou seja, aqueles que indicam uma limitação do poder de atuação do estado em face dos indivíduos, direitos de cunho negativo, *status libertatis* ou direitos de defesa, como salienta a mais consultada doutrina sobre o assunto (SARLET, 2021, p.46).

Adicionalmente, percebam-se as três dimensões reconhecidas e indicadas pelo TCFA para os desdobramentos do livre desenvolvimento da personalidade, a

saber: a autodeterminação, a autopreservação e a auto-apresentação que, brevemente, explicam-se.

A autodeterminação, i.e., como sendo a categoria que garante ao indivíduo a prerrogativa de estabelecer sua própria identidade, podendo ser exemplificada pelo direito de possuir um nome, de orientar-se sexualmente como deseje e o direito a associar-se.

A autopreservação, por seu turno, como aquela garantia de isolar-se, recolher-se, guardar-se e afastar qualquer intervenção indesejada sobre a sua pessoa.

A auto-apresentação, finalmente, como a categoria que assegura ao titular de direitos agir contra a manipulação, a investigação secreta, a representação infiel de sua pessoa, bem como aquela por ele não autorizada. Assim, verifica-se que a autodeterminação informativa guarda estrita relação com esta última categoria, indicando uma proteção à escuta e a investigação ilegais perpetradas pelo estado em colisão frontal ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Repisando a lição do professor gaúcho (MENKE, 2019, p.788), destaca-se:

*A autodeterminação informativa dá ao indivíduo o poder, de ele próprio decidir acerca da divulgação e utilização de seus dados pessoais. Em passagem clássica da *Volkszählungsurteil* assentou-se que "aquele que, com segurança suficiente, não pode vislumbrar quais informações pessoais a si relacionadas existem em áreas determinadas de seu meio social, e aquele que não pode estimar em certa medida qual o conhecimento que um possível interlocutor tenha da sua pessoa, pode ter sua liberdade consideravelmente tolhida".*

Destarte, é frontalmente colidente com o desejável livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos qualquer ação do estado pautada por uma indiscriminada assimetria informacional como a que pode ser verificada como o intento da Lei do estado *Nordrhein-Westfalen*. Esse tipo de intervenção deve ser repreendido com firmeza pelo Poder Judiciário, sob pena de irreparável prejuízo ao titular de dados pessoais, visto que detém o poder de condicionar ou direcionar o desenvolvimento da sua personalidade, denotando odioso abuso de poder do ente federado.

Arrematando em síntese conclusiva, o foco da autodeterminação informativa é a tomada de decisão pelo titular de dados pessoais de modo livre, inequívoco e manifesto, aqui, reside a real essência do direito que se busca tutelar, possibilitando-se ascender a dignidade da pessoa humana: o que é verdadeiramente contrastante com a tentativa de objetificação dos dados dos indivíduos, como no caso analisado pelo TCFA, fundamento das medidas de repressão estatal. Neste sentido, aplaude-se a decisão da Corte Constitucional que definiu a lei como inconstitucional no que guarda relação com a injustificável permissão concedida à polícia pelo ente federado alemão.

## **2 A EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS TÉCNICOS INFORMACIONAIS ASSOCIADOS ÀS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (TIC's): O NOVO DIREITO FUNDAMENTAL COMO RESPOSTA ÀS AMEAÇAS DOS TEMPOS ATUAIS**

Dando-se prosseguimento à análise da decisão objeto destes comentários, cumpre ressaltar as diferenças que circundaram tanto a decisão que determinou o conceito de autodeterminação informativa (1983), quanto aquela que se refere à existência de um novo direito fundamental, qual seja, o de confiança e integridade nos sistemas técnico-informáticos (2008).

Nesse quarto de século transcorrido entre as duas sentenças, a evolução da tecnologia associada aos sistemas informáticos e de comunicação foi assombrosa. Certamente, esse desenvolvimento nos permitiu alcançar feitos que nunca foram imaginados, tampouco poderiam ser verificados em qualquer passagem das relações em sociedade. Em razão disso, pode-se identificar dois interessantes fenômenos: o *ubiquitous computing* (SARLET, 2020, p.21), e a hiper conectividade (quase incontrolável e permanente conexão), ambos relacionados às inovações associadas às TIC's.

Diante dessas ocorrências, percebe-se que as tecnologias referidas fazem parte do desenrolar da vida dos indivíduos inegavelmente e, de modo significativo, enformam o desenvolvimento de suas personalidades. Por isto, indubitavelmente, demandam a vigilância do estado no sentido de preservar o núcleo fundamental do direito da personalidade.

Nessa linha, constata-se que o direito à autodeterminação informativa (1983) aplicado à situação especial de intervenção do estado nos sistemas técnico-informáticos dos cidadãos, passados 25 anos daquela decisão, demandaria uma necessária atualização para colmatação de lacunas criadas pela passagem do tempo associada ao desenvolvimento das TIC's e sua popularização na Alemanha: a manifestação do TCFA no caso concreto chama à atenção para esse fato.

Veja-se, na decisão do censo (1983), o que se buscou tutelar foi a esfera de direitos do indivíduo em razão de abusiva intervenção estatal relativa a um dado ou a um conjunto de dados pessoais; diferentemente, em 2008, a decisão em comento tem por objetivo proteger o indivíduo contra o monitoramento e a investigação realiza secretamente pelo estado ou coleta de dados não consentida por terceiros, ou seja, demanda-se a proteção do sistema que armazena e onde encontram-se disponíveis esses dados.

É neste sentido que reputa-se mais adequado o entendimento de que o novo direito surgido da decisão do TCFA (direito fundamental à confiabilidade e à integridade de sistemas técnicos-informáticos) não se trata de um direito autônomo propriamente dito, mas de nova proteção às ameaças oriundas da evolução tecnológica dos sistemas informacionais e de comunicação, afastando-se a possibilidade de captura de informações e o sequestro de perfis dos titulares de dados pessoais dos sistemas das TIC's, destacando-o como um direito implícito especial da personalidade a partir do direito geral de personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana (MENKE, 2015, p.215).

Acrescente-se que, acertadamente, o TCFA não limitou o conceito de sistema a um determinado equipamento exclusivamente considerado, mas ampliou a esfera protetiva do novo direito, fazendo com que este seja aplicado na tutela das informações de seus titulares em qualquer tipo de *device* a ser utilizado como meio de comunicação: *smartphones, notebooks, etc.*

Finalmente, salienta-se que o novo direito tem por escopo o alargamento do princípio da autodeterminação informativa (SARLET, 2020, p.34), criando um amplificado espectro protetivo aos titulares de dados pessoais.



### **3 O NOVO DIREITO FUNDAMENTAL À CONFIABILIDADE E À INTEGRIDADE DOS SISTEMAS TÉCNICOS-INFORMACIONAIS NÃO É UM DIREITO ABSOLUTO: OS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA RESTRITIVA**

Na decisão em destaque, como não poderia ser diferente, o TCFA deixou claro que o novo direito não se reveste de caráter absoluto.

Se o contrário fosse verdade, a atuação da Corte Constitucional poderia transmitir aos grupos envolvidos com práticas ilícitas, por exemplo, o terrorismo, uma perigosa mensagem na qual identificaria o território alemão como um daqueles onde essas ações repugnantes estariam salvaguardadas pelo estado.

#### **1. RESERVA LEGAL, CLAREZA E PRECISÃO NORMATIVA E AVALIAÇÃO DE PROPORCIONALIDADE**

Segundo a decisão do TCFA, a exceção ao direito em destaque pode ser verificada desde que preenchidos alguns requisitos que autorizam a intervenção das autoridades estatais nos sistemas informáticos dos indivíduos, quais sejam, a imprescindível reserva legal, a clareza e a precisão normativa e análise da proporcionalidade da medida gravosa diante do caso concreto. Neste último ponto, necessária a avaliação da adequação (*Geeignetheit*), da necessidade (*Erforderlichkeit*), bem como da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn*) para a efetivação da medida restritiva de direitos.

#### **2. NECESSÁRIA CONSTATAÇÃO DE PERIGO CONCRETO**

Em relação ao conteúdo do pedido da intervenção estatal nos sistemas técnicos-informacionais, determina o TCFA para a concessão da medida que exista um perigo concreto tipificado e que possa ser comprovado, por todos os meios não defesos em lei, pela autoridade pública que postula a investigação ou o monitoramento do sistema.

A configuração dessa intensidade de perigo concreto dá-se quando verificado o risco qualitativo particular (HOFFMANN-RIEM, 2020, p.355) a um bem jurídico fundamental à existência do titular de dados individualmente considerado ou à própria coletividade, sendo considerados como tais: a vida, a liberdade, o corpo, os bens da coletividade indispensáveis ao seu funcionamento ou constituição. Novamente, importa trazer à colação o ensinamento do insigne docente alemão acima referido:

Os requisitos constitucionais incluem também requisitos relativos ao tipo e à intensidade do perigo e, conseqüentemente, ao grau de probabilidade e à base factual do prognóstico do perigo. Em particular, a exigência de uma probabilidade suficiente de ocorrência não pode ser dispensada e as hipóteses e conclusões devem ter um ponto de partida concretamente definido no mundo real e suporte fático. Os fatos devem, por um lado, permitir concluir que pelo menos a natureza do acontecimento é concreta e previsível e, por outro, que se trata de pessoas envolvidas determinadas cuja identidade é conhecida, pelo menos de tal forma que a medida de vigilância pode ser dirigida contra elas e amplamente restringida a elas. (HOFFMANN-RIEM, 2020, p.358)

Numa palavra, para postular a medida, a autoridade pública deverá indicar três fatores que fundamentem a existência do tipificado perigo concreto, segundo o TCFA: as particularidades do caso concreto, a proximidade temporal da mutação do perigo em dano efetivo e o liame entre as pessoas objeto da medida restritiva solicitada como sendo aquelas que concretizarão o dano que se busca evitar (MENKE, 2019, p.803).

### **3. DETERMINAÇÃO POR ORDEM JUDICIAL**

Em razão de tratar-se de medida excepcional e gravosa, que pode violar direito fundamental de modo fulminante, após o atendimento dos requisitos referidos anteriormente, os elementos serão que amparam a solicitação restritiva de direitos serão levados a conhecimento do Poder Judiciário e, na sequência, a concessão da

medida investigativa ou de monitoramento dos sistemas de TIC's será efetivada por intermédio de ordem judicial conforme determina o TCFA na decisão do caso em tela.

Neste ponto, ficou assentado que apenas a ordem judicial poderá também sopesar os interesses do suspeito, em face de medidas que objetivem um monitoramento remoto, uma vez que o próprio destinatário não tem conhecimento de que está sendo investigado, e, assim sendo, não tem como previamente se defender. Esta possibilidade é chamada pelo Tribunal de "representação compensatória dos interesses do suspeito" (MENKE, 2019, p.804)

Exceção à concessão da medida, exclusivamente, por ordem judicial é permitida pelo TCFA quando outro órgão puder garantir a mesma independência e neutralidade que um juiz teria na apreciação do caso concreto. O que, segundo (HOFFMANN-RIEM, 2020, p. 359), trata-se de uma segurança significativa que é muito difícil de reproduzir-se.

Por fim, destaque-se que as razões para concessão da medida de controle, investigação ou monitoramento deverão ser reduzidas a termo e entregue ao Poder Judiciário para apreciação pela autoridade solicitante.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A decisão exarada pelo TCFA revela-se de extrema importância na medida em que se constitui em elemento de reforço à rede de proteção dos direitos fundamentais da personalidade, isto é, em ação colaborativa, sinérgica, com outros direitos que se suportam mutuamente, garantindo o livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos.

Novamente, o Poder Judiciário alemão contribui para o surgimento de direitos destinados à ampliação do espectro protetivo dos dados pessoais. Outrora, em 1983, edificando o princípio da autodeterminação informativa, no qual tutela os dados ou o conjunto de dados pessoais dos indivíduos; há pouco, em 2008, robustecendo e ampliando essa proteção, na medida em que determina a tutela dos dados e informações de mesmo tipo (pessoais) armazenadas em sistemas técnicos-

informáticos, inovando na criação de um direito à confiabilidade e à integridade desses sistemas, indo ao encontro das legítimas expectativas do usuário desses sistemas.

A criação desse novo direito pode ser encarada como um necessário e marcante traço evolutivo que deve acompanhar o direito à autodeterminação informativa, visando à tutela dos direitos dos titulares de dados pessoais em razão do acelerado desenvolvimento das TIC's hodiernamente.

O direito à proteção ora em comento, i.e., a partir da análise da sentença prolatada pelo TCFA, denota a sua dimensão jurídico-objetiva. Isto, pois, independentemente da figura responsável pelo tratamento dos dados pessoais, estado ou agente privado, dever-se-á garantir a concretização do novo direito conforme manda a Corte Constitucional.

Finalmente, destaca-se que a atualização permanente da rede proteção dos direitos fundamentais da personalidade está em constante aprimoramento. Para tanto, é fundamental que a sociedade exija dos atores responsáveis pela literatura jurídica, pela construção jurisprudencial e pela concretização das propostas legislativas uma concertação harmônica e direcionada aos melhores resultados possíveis em termos de efetivação desses direitos.

## REFERÊNCIAS

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. ***A proteção de direitos fundamentais da confidencialidade e da integridade de sistemas próprios de tecnologia da informação***. Ribeiro, Pedro Henrique (trad.). Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 23. ano 7. p. 329-365. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun./2020.

\_\_\_\_\_. ***Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito***. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MARTINS, Leonardo. ***Tribunal Constitucional Federal Alemão. Decisões Anotadas sobre Direitos Fundamentais***, vol. I. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 2016.

MENKE, Fabiano. ***A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão***. Revista Jurídica Luso-brasileira. Ano 5, nº 1, 781-809. Lisboa: 2019.

\_\_\_\_\_. ***A proteção de dados e o novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão.*** In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Coord.). *Direito, inovação e tecnologia*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. ***A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.*** 13 ed. Revisada, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

\_\_\_\_\_. ***Fundamentos Constitucionais: o Direito Fundamental à Proteção de Dados.*** In: DONEDA, Danilo et al. ***Tratado de Proteção de Dados Pessoais.*** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.



## 8. O DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE RELIGIOSA DO EMPREGADO E O DEVER DE NEUTRALIDADE DO EMPREGADOR

### *THE FUNDAMENTAL RIGHT OF RELIGIOUS FREEDOM OF THE EMPLOYEE AND THE EMPLOYER'S DUTY OF NEUTRALITY*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-08>

*Carolina Oselame*<sup>1</sup>

#### **RESUMO**

A presente análise tem como foco a análise do direito fundamental de liberdade religiosa do trabalhador e o poder diretivo do empregador, manifestado no também fundamental direito de liberdade da empresa (no ordenamento brasileiro referido como livre iniciativa), a partir de análise de acórdão do Tribunal de Justiça Europeu que considerou como não discriminatória e albergada pela liberdade de empresa a determinação do empregador para que a empregada se abstinhasse de utilizar véu islâmico no desempenho de suas atividades. O estudo discorre, ainda, sobre o paralelo entre o poder empregatício do empregador, sob o enfoque do ordenamento justralhista brasileiro, e a liberdade de empresa sob o viés da política de neutralidade do empregador utilizada no ordenamento trabalhista alemão, em especial atenção ao caso analisado. O método de abordagem utilizado é o dedutivo a partir dos conceitos doutrinários e jurisprudenciais, com a técnica da revisão bibliográfica.

#### **ABSTRACT**

The present analysis focuses on the analysis of the workers' fundamental right of religious freedom and the employer's directive power, manifested also in the company's fundamental right of freedom (in the Brazilian legal system referred to as

---

<sup>1</sup> Advogada. Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, com bolsa CAPES/PROEX. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. carolina.oselame@gmail.com

free initiative), based on the analysis of the judgment from the Court of European Justice that considered as non-discriminatory and sheltered by the company's freedom for the employee to refrain from using the Islamic headscarf in the performance of her activities. The study still differs on the parallel between the employer's employment power, under the approach of the Brazilian labor law, and the freedom of a company under the bias of the employer's neutrality policy used in the German labor law, with special attention to the analyzed case. The approach method used is deductive, based on doctrinal and jurisprudential concepts with the technique of bibliographic review.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto de análise o acórdão de julgamento do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), prolatado na data de 15 de julho do ano de 2021, no âmbito do pedido de decisão prejudicial número C-804/18<sup>2</sup>, originário do Tribunal do Trabalho de Hamburgo, Alemanha. O acórdão resulta de pedido de decisão prejudicial referente a educadora (doravante denominada de "IX") que, no exercício de suas atividades fora advertida e posteriormente suspensa por sua empregadora (doravante denominada de "WABE") em razão descumprimento de norma interna que proíbe os trabalhadores da utilização, no local de trabalho, de "sinal visível das suas convicções políticas, filosóficas ou religiosas", tendo a empregada se recusado a retirar o lenço islâmico no desempenho de suas atividades. O acórdão em questão circunda o questionamento do Tribunal do Trabalho de Hamburgo no tocante à análise de conformidade do regulamento interno da empresa com a diretiva sobre igualdade de tratamento em matéria de emprego e trabalho (Diretiva n. 2000/78/CE), confrontando, em síntese, a legitimidade da

---

<sup>2</sup> A decisão consta assim ementada: Reenvio prejudicial – Política social – Diretiva 2000/78/CE – Igualdade de tratamento em matéria de emprego e de trabalho – Proibição das discriminações em razão de religião ou das convicções – Regra interna de uma empresa privada que proíbe no local de trabalho o uso visível de qualquer sinal político, filosófico ou religioso ou o uso de sinais políticos, filosóficos ou religioso ostentatórios e de grande dimensão – Discriminação direta ou indireta – Proporcionalidade – Ponderação da liberdade de religião e de outros direitos fundamentais – Legitimidade da política de neutralidade adotada pela entidade patronal – Necessidade de demonstrar a existência de um prejuízo econômico da entidade patronal. (UNIÃO, 2021).



política de neutralidade defendida pelo empregador no seu regulamento interno em face do direito fundamental de liberdade religiosa da trabalhadora.

Assim, o presente estudo visa discorrer sobre a política da neutralidade, defendida pelo empregador como fundamento das suas diretrizes proibitivas, em confronto à liberdade de crença da trabalhadora e, ainda, traçando-se paralelo sobre a abrangência do poder discricionário do empregador alemão e o poder diretivo do empregador brasileiro.

## 1. CASO E PROBLEMA

A "WABE" é uma associação alemã de utilidade pública, que gere creches que acolhem e educam crianças, empregando mais de 600 (seiscentos) trabalhadores e cerca de 3.500<sup>3</sup> (três mil e quinhentas crianças). Apresenta-se como neutra no que diz respeito a partidos políticos e a confissões religiosas tendo, no ano de 2018, elaborado cartilha de "Instruções de serviço para o respeito do princípio da neutralidade". Referida cartilha, equiparada à regulamento de empresa, possui como fundo a intenção patronal de adoção de posicionamento neutro relativamente às confissões religiosas e partidos políticos visando garantir, refere, "o desenvolvimento livre e pessoal das crianças em matéria de religião, crenças e política" - com previsão expressa de que os trabalhadores devem respeitar rigorosamente o princípio da neutralidade, aplicável em relação aos pais, às crianças e a terceiros. Neste contexto, o regulamento interno da empresa possui regras específicas, denominadas de "princípios para o respeito efetivo pelo princípio da neutralidade no local de trabalho", com previsão, direcionada aos trabalhadores, de não utilização no local de trabalho de sinais visíveis de suas convicções políticas, filosóficas ou religiosas, perante os pais, as crianças ou terceiros<sup>4</sup>. A demandante IX,

---

<sup>3</sup> Dados retirados do acórdão, disponível em:

[https://curia.europa.eu/juris/document\\_print.jsf?mode...docid=244180&part=1&doclang=PT&text=&dir=&occ=first&cid=158038](https://curia.europa.eu/juris/document_print.jsf?mode...docid=244180&part=1&doclang=PT&text=&dir=&occ=first&cid=158038) Acesso em: 22 de nov. 2022.

<sup>4</sup> Princípios para o respeito efetivo pelo princípio da neutralidade no local de trabalho: (i) os trabalhadores não se envolverão, no seu local de trabalho em manifestações políticas, filosóficas ou religiosas perante os pais, as crianças ou terceiros; (ii) os trabalhadores não usarão no seu local de trabalho nenhum sinal visível das suas convicções políticas, filosóficas ou religiosas, perante os pais, as crianças ou terceiros; (iii) os trabalhadores não realizarão no seu local de trabalho ritos decorrentes dessas convicções, perante os pais, as crianças ou terceiros. (UNIÃO, 2021).

conhecedora das instruções da empresa, após ser advertida e suspensa pela utilização reiterada de lenço islâmico, requereu judicialmente que lhe fossem retiradas as advertências e aduz que a proibição de utilização do lenço islâmico constitui-se em discriminação religiosa e de sexo (tendo em vista que o lenço é indumentário característico feminino de fé muçulmana). Sob este contexto, ora referido em apartada síntese, o Tribunal de Justiça da União Europeia, em resposta aos questionamentos prejudiciais do Tribunal do Trabalho de Hamburgo, decidiu que a regra interna de uma empresa privada que proíbe trabalhadores de usarem qualquer sinal visível de convicções políticas, filosóficas ou religiosas no local de trabalho, não constitui discriminação direta em razão da religião ou das convicções, quando essa regra é aplicável de forma geral e indiferenciada.

Por oportuno, visando melhor contextualizar os fundamentos adotados no acórdão, transcreve-se trechos da decisão em comentário:

52. No que respeita, mais especificamente, à questão de saber se uma regra interna de uma empresa privada que proíbe o uso de qualquer sinal visível de convicções políticas, filosóficas ou religiosas no local de trabalho é constitutiva de uma discriminação direta em razão da religião ou das convicções, na acepção do artigo 2º, nº 2, alínea a), da Diretiva 2000/78, o Tribunal de Justiça já declarou que essa regra não constitui uma discriminação desse tipo, uma vez que a mesma se refere indistintamente a qualquer manifestação dessas convicções e trata de forma idêntica todos os trabalhadores da empresa, impondo-lhes, de forma geral e indiferenciada, designadamente, uma neutralidade indumentária que se opõe ao uso desses sinais (Acórdão de 14 de março de 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, ns. 30 e 32). Com efeito, uma vez que cada pessoa pode ter quer uma religião quer convicções, essa regra, desde que seja aplicada de forma geral e indiferenciada, não cria uma diferença de tratamento baseada num critério indissociavelmente ligado à religião ou às convicções.

(...)

53. Esta conclusão não é posta em causa, como salientou o advogado-geral no nº 54 das suas conclusões, pela consideração de que certos trabalhadores observam preceitos religiosos que impõem o uso de um certo vestuário. Embora a aplicação de uma regra interna como a referida no nº 52 do presente acórdão

possa, é certo, ocasionar um constrangimento particular a esses trabalhadores, esta circunstância não tem incidência na conclusão, constante do referido número, segundo a qual essa mesma regra, que traduz uma política de neutralidade política, filosófica e religiosa da entidade patronal, não instaura, em princípio, uma diferença de tratamento entre trabalhadores baseada num critério indissociavelmente ligado à religião ou às convicções, na acepção do artigo 1º da Diretiva 2000/78.

A decisão, como se vê, afasta a aventada incompatibilidade das proibitivas normas internas da empresa com a Diretiva sobre igualdade de tratamento em matéria de emprego, chancelando, portanto, o poder regulamentar do empregador (sob a ótica de criação de normas internas). Ademais, pode-se constatar que, o TJUE ao balizar a inexistência de discriminação e a prevalência do princípio da neutralidade, o faz sob dois pilares, respectivamente: (i) que a regra interna seja aplicada de forma geral e indiferenciada, ensejando tratamento de forma idêntica a todos os trabalhadores da empresa; (ii) que a política interna responda a uma necessidade verdadeira da entidade patronal, nomeadamente em consideração as expectativas legítimas dos referidos clientes ou usuários, bem como nas consequências desfavoráveis que essa entidade patronal sofreria na falta de tal política.

O pano de fundo das questões abordadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia possui algumas identicidades com o ordenamento brasileiro, tais como a fundamentalidade do direito de liberdade religiosa e a previsão de liberdade de empresa (em expressão muito aproximada da “livre iniciativa”, referida no art. 170 da Constituição Federal<sup>5</sup>), bem como algumas similaridades, tais como a proximidade de conceituações e entendimento sobre “discriminação direta” e “discriminação indireta”<sup>6</sup> e, ainda, algumas lacunas, como a inexistência de previsão do princípio da neutralidade no ordenamento justralhista brasileiro.

---

<sup>5</sup> Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios. (...)

<sup>6</sup> Para fins de definição no direito alemão, quanto a discriminação direta e discriminação indireta, a Diretiva nº 2000/78 aduz que:

Em face da relevância da matéria acima tratada, que diz respeito à direito fundamental de liberdade religiosa, sob a ótica dos direitos de personalidade do empregado, em contraponto à pretensão patronal de apresentar-se como neutra política, ideológica e religiosamente, defendida por via não abordada de forma específica no ordenamento justralhista brasileiro (“direito de neutralidade do empregador”), no tópico seguinte tratar-se-á da análise crítica do tema.

## 2. ANÁLISE CRÍTICA

A liberdade religiosa, bem como a liberdade de convicções filosóficas e/ou políticas, constitui-se em direito fundamental expressamente previsto na nossa Constituição Federal<sup>7</sup>. De igual forma, a liberdade religiosa também se enquadra como direito fundamental europeu, expressamente consagrado na Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>8</sup>. Nas palavras de Gilmar Mendes, a liberdade religiosa

---

a) Considera-se que existe discriminação direta sempre que, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1º, uma pessoa seja objeto de tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável;

b) Considera-se que existe discriminação indireta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja suscetível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada religião ou convicções, com uma determinada deficiência, pessoas de uma determinada classe etária ou pessoas com uma determinada orientação sexual, comparativamente com outras pessoas, a não ser que: (...)

Para fins de definição no direito brasileiro, quanto a discriminação direta e discriminação indireta, A discriminação direta consiste na adoção de prática intencional e consciente de adotar critério injustificável que discrimine determinado grupo, resultando em prejuízo ou desvantagem. Já a discriminação indireta, também chamada de discriminação invisível, é aquela que resulta de critério aparentemente neutro, mas que, se analisada *in concreto*, acaba por ocasionar um impacto desproporcional sobre determinado grupo vulnerável. (GOMES, 2001)

<sup>7</sup> Art. 5º CF/88: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias;

(...)

VIII – ninguém será privado por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

<sup>8</sup> Art. 9º (liberdade de pensamento, de consciência e de religião)

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa

possui abrangência que abarca a liberdade de culto, e a proteção constitucional, por sua vez, residiria na intenção de “facilitar que as pessoas possam viver a sua fé”:

Na liberdade religiosa incluem-se a liberdade de crença, de aderir a alguma religião, e a liberdade do exercício do culto respectivo.

(...)

O conceito de religião, ademais, liga-se à pré-compreensão que o termo propicia, a referi-lo a um sistema de crenças em um ser divino, em que se professa uma vida além da morte, que possui um texto sagrado, que envolve uma organização e que apresenta rituais de oração e de adoração.

(...)

A Constituição protege a liberdade de religião para facilitar que as pessoas possam viver a sua fé. (MENDES, 2011, p. 356-359)

Neste passo, no acórdão ora analisado, a questão posta em tela alude diretamente à análise da liberdade de religião (no fato de a autora, empregada da empresa demandada, negar-se a retirar o véu islâmico no desempenho de suas atividades de educadora de uma das creches gerenciadas pela então empregadora) em contraponto à pretensão da empresa de apresentar-se como neutra no aspecto religioso, valendo-se de previsão proibitiva expressa em seu regulamento de empresa. A Corte Europeia, ao analisar a imagem de neutralidade perseguida pelo empregador legitimou tal política vinculando-a à liberdade de empresa:

A vontade do empregador de dar uma imagem de neutralidade aos clientes diz respeito à liberdade de empresa, reconhecida no artigo 16º da Carta, e reveste, em princípio, carácter legítimo, designadamente quando a entidade patronal envolve na prossecução desse objetivo apenas os trabalhadores que é suposto entrarem em contato com os clientes da entidade patronal. (UNIÃO, 2021, p. 17)

Consoante já referido, equiparamos à liberdade de empresa prevista no ordenamento europeu à livre iniciativa prevista no art. 170 da nossa Constituição

---

sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem.

Federal e, prosseguindo, analisaremos as formas de manifestação dos interesses patronais, com especial enfoque ao poder diretivo e regulamentar do empregador.

O poder empregatício ou poder intraempresarial, nas palavras de Maurício Godinho Delgado, como sendo expoente voz da doutrina trabalhista que se vale de tais expressões (poder empregatício ou poder intraempresarial), divide o poder empregatício em desdobramentos denominados de: *poder diretivo*, *poder regulamentar*, *poder fiscalizatório* e *poder disciplinar* (DELGADO, 2013, p. 664-665). Para o presente estudo, em observância aos aspectos abordados no acórdão julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, serão pontualmente e objetivamente abordados apenas o poder diretivo e o poder regulamentar.

Quanto ao poder regulamentar ou poder normativo, sem grandes entraves, quer seja sob o panorama europeu, quer seja sob o panorama brasileiro, seria "o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à fixação de regras gerais a serem observados no âmbito do estabelecimento e da empresa" (DELGADO, 2013, p. 666).

No tocante ao poder diretivo, igualmente valendo-se da conceituação de Mauricio Godinho Delgado, tem-se que:

Poder diretivo (ou poder organizativo ou, ainda, poder de comando) seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive no processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços. (DELGADO, 2013, p. 666)

A concentração do poder de organização faz-se na figura do empregador, em especial justificativa ao fato de ser ele, o empregador, quem assume os riscos do empreendimento<sup>9</sup> – tal aspecto, o risco do empreendimento, de certa forma também restou contemplado no acórdão do TJUE que, dentre outras razões, outorga

---

<sup>9</sup> Art. 2 da CLT: Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, **assumindo os riscos da atividade econômica**, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. (grifo nosso)

legitimidade à política de neutralidade em face de possível desvantagem econômica decorrente da inexistência de tal política.

Em evidente contraponto e importante limitador ao poder empregatício (em qualquer um dos desdobramentos referidos: poder regulamentar, poder diretivo, poder fiscalizatório e poder disciplinar) encontram-se os direitos de personalidade do empregado. Ambas as prerrogativas (poder empregatício e direitos de personalidade) são inerentes aos atores laborais: o poder empregatício é inerente ao empregador e os direitos de personalidade são inerentes ao trabalhador. O Direito do Trabalho é marcado pela prerrogativa de freio ao, historicamente, ilimitado poder empregatício. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, acrescentou significativa frenagem ao exercício de tal poder patronal, apresentando o “universo dos direitos da personalidade do ser humano que vive do trabalho” (DELGADO, 2013, p. 710). A harmonização de tais dimensões jurídicas quase antinômicas – direitos de personalidade do trabalhador e poder empregatício do empregador – é exatamente o ponto central de análise do TJUE na questão prejudicial de nº C-804/18 ao ponderar sobre a recusa da trabalhadora de não utilização do véu islâmico no desempenho de suas atividades de educadora infantil, em contraponto à política de neutralidade da empregadora, que pretende se apresentar como neutra nos aspectos religiosos, filosóficos e políticos, para os clientes e usuários, visando, dentre outras questões, que as crianças, usuárias dos serviços de creche da demandada, não sejam influenciadas pelos pedagogos. Para além do case em comento, com pano de fundo de celeuma que versa sobre a liberdade religiosa, inúmeras e diversificadas são as outras possibilidades de tensionamento entre direitos de personalidade do empregado (em especial os direitos de liberdade) e poder empregatício do empregador, que diariamente chegam ao judiciário trabalhista.

No Brasil, em especial no recente período de eleições presidenciais, muito se discutiu quanto aos limites de manifestação política do empregado em suas redes sociais e eventuais limitações decorrentes do poder diretivo do empregador, bem como buscou-se proteger os direitos de personalidade do empregado em face de abusos patronais que visassem a coação de trabalhadores para o voto em candidatos e/ou partidos políticos de preferência do empregador. Tamanha repercussão da pauta fez com que o Ministério Público do Trabalho editasse

resolução<sup>10</sup> pela qual recomenda, a empresas e empregadores em geral, a adoção de providências no sentido de abster-se de conceder qualquer benefício em troca de voto, bem como de ameaçar, constranger ou orientar pessoas a votar em determinados candidatos ou candidatas.

De outro lado, pouco tem se abordado sobre a responsabilização do empregado ao manifestar sua opinião política, por exemplo, em redes sociais. Sob o prisma de que, em alguns casos, a opinião do empregado possui potencial de vincular também a imagem da empresa – que, em alusão ao julgamento alemão referido neste texto e objeto central do presente estudo, pode possuir o legítimo interesse de apresentar-se como neutra.

Em construção interpretativa identifica-se que o ordenamento justrabalhista protege o empregador em face de atos lesivos a honra e boa fama do negócio, outorgando ao empregador, no uso de seus poderes diretivos e de punição, a possibilidade de encerramento do contrato de trabalho por falta grave do empregado, nos moldes do art. 482 da CLT<sup>11</sup>. Nota-se que, em que pese a inexistência específica de previsão de uma política de neutralidade do empregador, como a desenhada pela empresa WABE e ratificada pelo TJUE, no ordenamento justrabalhista brasileiro também se resguarda a imagem da empresa em face de eventuais manifestações ideológicas contrárias à política do negócio. Contudo, há que se diferenciar a vedação à contrariedade da política patronal, aplicada no ordenamento justrabalhista brasileiro, do reconhecimento ao direito que a empresa se apresente como neutra (quer seja sob o viés político, religioso ou filosófico, dentre outras convicções) apresentado no ordenamento justrabalhista alemão. A política de neutralidade, abordada na questão prejudicial nº C-804/18, possui abrangência e profundidade ainda inalcançada no cenário trabalhista brasileiro, destacando que,

---

<sup>10</sup> Resolução 1º/22. Disponível em: [https://mpt.mp.br/pgt/noticias/outrasprovidencias\\_11539-2022\\_gerado-em-26-08-2022-12h34min35s.pdf](https://mpt.mp.br/pgt/noticias/outrasprovidencias_11539-2022_gerado-em-26-08-2022-12h34min35s.pdf). Acesso em: 27 nov. 2022.

<sup>11</sup> Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

(...)

j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem.



para além do poder diretivo do empregador de propagar a sua política interna e vedar manifestações contrárias ao regramento (como no ordenamento brasileiro), a empresa possui também o direito de não ter a sua imagem prejudicada por posicionamentos pessoais (políticos ou ideológicos, por exemplo) de seus empregados – este como sendo o direito, prestigiado no ordenamento europeu, de a empresa apresentar-se como neutra.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em que pese as diferenças, objetivamente destacadas no texto, entre o ordenamento jurídico trabalhista europeu e o brasileiro, sob a ótica da celeuma em questão, há mais similaridades que diferenças entre os ordenamentos. Ambos os ordenamentos possuem guarida constitucional para a liberdade de crença e de expressão, bem como para a livre iniciativa.

Sob diversos panos de fundo (seja político, filosófico, ideológico ou até mesmo religioso, como no *case* ora abordado), fato é que, diariamente tais questões – a aparente antinomia entre o poder empregatício do empregador e a liberdade de expressão do empregado – chegam ao Poder Judiciário Trabalhista que, aparenta ainda não dispor de ferramentas que verticalizem as nuances do conhecido poder diretivo do empregador tais como as utilizadas pelo TJUE ao referendar valores constitucionais máximos (como a liberdade religiosa e de expressão, por exemplo) mas ponderar também pelo direito de liberdade organizacional da empresa.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm). Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 1.099.099 SÃO PAULO. Ementa: CONSTITUCIONAL. DIREITO LIBERDADE RELIGIOSA. OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA. DEVER DO ADMINISTRADOR DE OFERECER OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA PARA CUMPRIMENTO DE DEVERES FUNCIONAIS. RECURSO PROVIDO. Min. Relator Edson Fachin. DEJT: 26/11/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755554694>. Acesso em 27 nov. 2022.

CONVENÇÃO EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>. Acesso em: 27 nov. 2022.

CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2013.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade. Rio de Janeiro: 2001.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Resolução 1/22. Disponível em: [https://mpt.mp.br/pgt/noticias/outrasprovidencias\\_11539-2022\\_gerado-em-26-08-2022-12h34min35s.pdf](https://mpt.mp.br/pgt/noticias/outrasprovidencias_11539-2022_gerado-em-26-08-2022-12h34min35s.pdf). Acesso em: 27 nov. 2022.

NEUNER, Jorg; ALEIXO, Pedro Scherer de Mello (2008). O princípio da igualdade de tratamento no direito privado alemão. *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 2(2), 78–92. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v2i2.549>. Acessado em: 25 de nov. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

UNIÃO UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE. Acórdão, Processo C-804-18, 15 de julho de 2021. Disponível em: [https://curia.europa.eu/juris/document\\_print.jsf?mode...docid=244180&part=1&doclang=PT&text=&dir=&occ=first&cid=158038](https://curia.europa.eu/juris/document_print.jsf?mode...docid=244180&part=1&doclang=PT&text=&dir=&occ=first&cid=158038). Acesso em: 22 nov. 2022.

**9. IGUALDADE TRIBUTÁRIA: LIÇÕES DA DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE  
CONSTITUCIONAL ALEMÃ EM RELAÇÃO AO BENEFÍCIO TRIBUTÁRIO QUE REDUZIA  
O IMPOSTO SOBRE HERANÇAS E DOAÇÃO EM OPERAÇÕES ENVOLVENDO ATIVOS  
EMPRESARIAIS**

*TAX EQUALITY: LESSONS FROM THE DECISION OF THE GERMAN  
CONSTITUTIONAL COURT REGARDING TO THE TAX BENEFIT THAT REDUCED  
THE TAX ON INHERITANCE AND DONATIONS IN OPERATIONS INVOLVING  
BUSINESS ASSETS*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-09>

*Luísa Knorre Rabadan<sup>1</sup>*

**RESUMO**

Este artigo analisa a decisão proferida pela Corte Constitucional Alemã no processo BvL 21/12 que declarou a inconstitucionalidade de benefício tributário instituído para reduzir consideravelmente ou isentar do Imposto sobre Heranças e Doação as operações envolvendo ativos empresariais, por entender que tal benefício, da forma como foi instituído, não era compatível com a igualdade perante a Lei prevista no art. 3 da Lei Fundamental Alemã. Foram abordados aspectos do caso concreto, mas, especialmente, foram objeto de análise os argumentos da Corte Constitucional e as lições extraíveis destes argumentos para a construção de uma doutrina da igualdade tributária.

**ABSTRACT**

This article investigates the decision rendered by the German Constitutional Court that declared the unconstitutionality of a tax benefit instituted to considerably reduce or exempt transactions involving business assets from Inheritance and

---

<sup>1</sup> Mestranda da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul na área de Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto de Estudos Tributários – IET. Advogada. Professora. Associada ao Instituto Brasileiro de Direito Tributário - IBDT e ao Woman in Law Mentoring – WLM.

Donation Tax, on the understanding that such benefit, as it was established, was not compatible with tax equality before the Basic Law for in art. 3. Aspects of the concrete case were approached, but, especially, the arguments of the Constitutional Court and the lessons to be drawn from these arguments for the construction of a doctrine of tax equality were analyzed.

## INTRODUÇÃO

A Corte Constitucional Alemã (Bundesverfassungsgericht) foi instada a decidir se o parágrafo 13<sup>a</sup>, 13b e 19(1) da Lei que dispunha a respeito dos impostos incidentes sobre as heranças e as doações (Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz – ErbStG) são compatíveis ou não com a igualdade estabelecida no artigo 3<sup>o</sup> da Lei Fundamental Alemã.

A ofensa se daria em razão do seguinte contexto: no ano de 2009, foi publicada uma Lei que visava incentivar o crescimento econômico (Wachstumsbeschleunigungsgesetz). Esta Lei, para atingir o propósito para o qual foi criada, gerou impactos em outras normas jurídicas e foi a responsável por instituir um benefício tributário envolvendo a transferência de ativos empresariais, negócios agrícolas, florestais e ações.

O benefício tributário seria possível para aqueles que observassem as determinações legais, como – por exemplo – a preservação dos empregos vinculados com aqueles ativos – e partia de uma isenção tributária parcial, mas já em um patamar elevado de 85%, podendo chegar a uma isenção integral no patamar, portanto, de 100% do encargo tributário incidente nas transferências realizadas com os ativos referidos.

Ocorre que, este benefício seria atingível somente para situações com ativos empresariais, agrícolas, florestais, excluindo outras situações, o que fez com o questionamento sobre a criação de uma desigualdade de tratamento surgisse. Ao mesmo tempo, por mais que a distinção de fato existisse e que houvesse um tratamento diverso, o benefício não afetaria diretamente a garantia do direito de herança, o que foi um argumento contrário à declaração da inconstitucionalidade.

Todas estas questões envolvendo a existência ou não de afronta da igualdade prevista na Lei Fundamental Alemã surgiram a partir da propositura de uma ação por uma pessoa física que sofreu a incidência tributária de 30% sobre o montante em dinheiro herdado. De maneira um pouco mais detalhada, a ação foi proposta por um co-herdeiro que, via testamento, recebeu recursos do irmão do pai dele. Ao receber a quantia deixada pelo tio, o autor da ação sofreu a incidência do imposto sobre a herança à monta de 30% e questionou tal exação tributária, requerendo, inclusive, a restituição dos valores pagos.

No ano de 2012 foi proferida ordem de suspensão pela Corte Federal (Bundesfinanzhof) e, no ano de 2014, a Corte Constitucional (Bundesverfassungsgericht) julgou o caso BvL 21/12 e declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos que instituíram o benefício, entendendo que eles não eram compatíveis com a igualdade prevista no art. 3º da Lei Fundamental Alemã, afinal, eles estabeleciam uma distinção entre os beneficiários de ativos tratados com o benefício (beneficiaries of business assets) de outros ativos (beneficiaries of non-business assets).

Por fim, importa destacar aspecto interessante do caso concreto: embora tenha sido constatada a incompatibilidade dos dispositivos com a norma constitucional, as disposições continuaram sendo aplicadas por um período determinado e a Corte Constitucional estabeleceu que os legisladores deveriam criar novas especificações legais em um período razoável de tempo, o que ocorreu em outubro do ano de 2016.

## **1 LIÇÕES DA DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE CONSTITUCIONAL ALEMÃ**

### ***a. A igualdade tributária à luz da interpretação teleológica, sistemática e do consequencialismo jurídico***

A Corte Constitucional Alemã fez questão de destacar que uma tributação mais benéfica em relação à transmissão de ativos empresariais, agrícolas, florestais e participações societárias por herança seria, em princípio, constitucionalmente

incontestável. No entanto, a forma como o legislador, ao reformar a legislação, criou tais previsões, as deixando demasiadamente abrangentes, acabou por violar parcialmente o direito à igualdade.

Ou seja, a abrangência do benefício criado geraria uma distorção insuperável na medida que julgar improcedente a proposta e reforçar a constitucionalidade faria com que o benefício continuasse alcançando a transferência de ativos de grandes companhias; e não apenas os ativos de pequenas e médias empresas que, geralmente, são aquelas geridas pessoalmente pelos seus proprietários e que, por diversos fatores, seriam mais impactadas pela carga tributária e poderiam enfrentar maiores problemas de liquidez em caso de sucessão.

Reforça-se importante distinção realizada pela Corte Constitucional Alemã: a previsão constitucional de igualdade não impede que o legislador faça distinções, mas impede que ele os faça de maneira injustificada ou de maneira que, embora justificada, gere consequências injustificáveis. Ou seja, sempre que houver diferenciação, deve haver justificativa contundente a respeito do tratamento desigual e deve ser observado se, na prática, a distinção gera efeitos aceitáveis.

Os fundamentos da criação de uma norma desigual, portanto, merecem detida análise. A respeito destes fundamentos, a Corte Constitucional destacou, em diversas oportunidades que, o objetivo de apoiar e preservar as estruturas empresariais que o legislador considera particularmente valiosas para o sucesso econômico da Alemanha, ou seja, as pequenas e médias empresas geridas pessoalmente pelos seus proprietários e, em particular, as empresas familiares, constituem objetivos legítimos de peso significativo.

Ou seja, a teleologia da norma que, nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, tem o condão de indicar a direção finalística do comando legislativo (CARVALHO, 2016, p. 113), jamais foi negada ou julgada inadequada. A Corte Constitucional reconheceu, em mais de uma oportunidade, a relevância do objetivo finalístico da norma. Agora, interessante foi o cotejo feito entre este objetivo e a realidade gerada pela norma, pois, foi este cotejo que criou um dos argumentos para a declaração da inconstitucionalidade.

Em relação à realidade, ficou claro que a norma benéfica abrangia não apenas os casos justificáveis, quais sejam, os casos envolvendo as pequenas e as médias

empresas, mas também permitia que grandes empresas utilizassem o benefício tributário. Por isto que, foi feita referência ao fato de que a forma como instituído o benefício e a abrangência que ele apresentava eram problemáticas e não a justificção teleológica.

Vejamos que para a construção deste argumento, houve uma união interessante entre a visão teleológica e a visão sistemática. Pois, não bastou endereçar os objetivos da norma, foi necessário analisar os efeitos que esta norma gerava em todo o sistema e averiguar se estes efeitos eram coerentes com os objetivos. Partindo desta análise da parte e do todo, são oportunas as palavras de Juarez Freitas (FREITAS, 2010. p. 73):

*Interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exigência comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito. Assente tais pressupostos, convém analisar que todas as frações do sistema guardam conexão entre si. Daí resulta que qualquer exegese comete, diretamente ou indiretamente, uma aplicação de princípios, de regras e de valores componentes a totalidade do Direito. Retido esse aspecto, registre-se que cada preceito deve ser visto como parte viva do todo, eis que apenas no exame do conjunto tende a ser melhor equacionado qualquer caso problemático, quando se almeja bem fundada errar que ação tópica dos princípios proeminentes.*

Outro importantíssimo traço da decisão envolve a valoração, pela Corte Constitucional, das consequências que a norma jurídica em análise gerava tanto no caso concreto, quanto em todo o ordenamento jurídico. Em diversos momentos da decisão, é perceptível que as consequências são levadas em consideração e, considerando o quanto argumentar pelas consequências no Direito Tributário Brasileiro é um tema que, dia após dia, demonstra a sua relevância, como bem indica as obras de Daniela Dias (DIAS, 2021) e Tathiane Piscitelli (PISCITELLI, 2012), parece oportuno analisar ao menos dois aspectos sobre como a Corte Constitucional Alemã maneja tal questão.

O primeiro aspecto envolve o reconhecimento de que a norma jurídica em questão, da forma como posta, gerava consequências *injustificáveis*, o que permitiu que esta característica da consequência passasse a ser considerada para a aferir a existência de afronta ou não à igualdade tributária. Notamos, assim, que houve uma distinção entre a consequência justificável e a injustificável.

No caso concreto, tratando especificamente do aspecto empresarial, haveria uma consequência justificável, qual seja, admitir a existência de um benefício para pequenas e médias empresas, afinal, este perfil de empresa apresentaria maior vulnerabilidade econômica (consequência justificável), mas a norma jurídica em questão permitia não somente isto, ela permitia que a isenção se estendesse para outros contextos, de modo a abarcar operações de grandes companhias que não possuíam dita vulnerabilidade (consequência injustificável).

No momento que este segundo cenário se concretiza, ou seja, que grandes conglomerados possuem acesso ao benefício e que a justificação da exceção é enfraquecida (para não dizer extinta), a análise da igualdade tributária aflora. Afinal, não seria uma afronta a igualdade o fato de que dois contribuintes, iguais no sentido de não possuírem a justificação da vulnerabilidade econômica das pequenas e médias empresas, fossem tratados de maneira desigual? É possível admitir a manutenção de uma norma jurídica que acaba por gerar consequências injustificadas?

Por fim, o segundo aspecto envolve a decisão a respeito da aplicabilidade do entendimento da Corte Constitucional Alemã. Neste ponto, a decisão foi pela declaração de inconstitucionalidade da norma, reconhecendo a afronta à igualdade tributária, no entanto, a determinação foi de manutenção dos efeitos da norma e de criação, pelo legislativo, de novas especificações legais em um período razoável.

O interessante posicionamento pode explicitar que a "consequência" do judiciário, por meio do julgado, interferir na atividade legiferante é menos desejada do que a consequência de, por meio do julgado, o judiciário fortificar o respeito às competências primárias de cada poder.



**b. A igualdade tributária à luz dos objetivos por ela perseguidos**

A Corte Constitucional abordou o conceito da igualdade perante a Lei e destacou o fato de que sua premissa é a de que devem ser tratadas questões que são essencialmente iguais igualmente e tratar essencialmente diferentes questões diferentes. Sendo que, conceder a um grupo de pessoas um privilégio que é negado a outro grupo constitui uma exclusão de tratamento preferencial e gera, justamente, uma afronta ao direito à igualdade.

Percebe-se, portanto, que se parte de um conceito geral de igualdade. A respeito deste conceito geral e ainda sem ingressar na igualdade tributária especificamente, parece oportuno destacar as várias facetas que ela assume, o que pode ser feito pela leitura de trecho da obra Humberto Ávila (AVILA, 2018, p. 192):

Igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critérios de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).

A referência às várias facetas da igualdade, permite compreender o argumento da Corte Constitucional no sentido de que, a afronta à igualdade prevista na Lei Fundamental Alemã não reside na ilegitimidade do critério de diferenciação, pois, como vimos, o critério – em primeira vista – era legítimo, mas a reside na falta de congruência do critério diferenciador em razão do fim que ele almeja. Isto somente é possível quando estivermos atentos às várias formas de funcionamento da igualdade, pontuadas por Humberto Ávila.

Proveniente de uma vertente semelhante, surge no julgamento uma discussão muito pertinente a respeito da proporcionalidade do benefício tributário instituído. A Corte Constitucional Alemã pontua que tal benefício seria necessário se não houvesse nenhum outro meio disponível segundo o qual o legislador pudesse atingir ou promover, com menos desigualdade, o objetivo buscado pela

disposição (mitigar o risco de desaparecimento de pequenas e médias empresas no momento da sucessão).

A respeito da ausência de proporcionalidade, é referido o fato de que o legislador partiu de uma suposição no sentido de que haveria o risco do encerramento das atividades em razão da incidência tributária, mas não parece ter feito uma avaliação das circunstâncias que levam, de fato, ao encerramento das atividades empresárias.

Este argumento tornaria temerária a criação do benefício e até mesmo o aspecto envolvendo a consequência justificável outrora abordado com um argumento favorável ao reconhecimento da afronta à igualdade poderia ser enfraquecido. Afinal, como enquadrar como “justificável” uma consequência que sequer está relacionada diretamente com a norma jurídica? Certamente o benefício tributário auxilia, mas será ele suficiente e necessário para impedir o desaparecimento de pequenos e médias empresas em momento sucessório? Embora não tenha havido expressa referência a questão que acaba de ser pontuada pela Corte Constitucional, parece-me que, se não há certeza quanto ao problema, não haverá sequer subsídio para avaliar se a medida é proporcional.

No entanto, considerando que a proporcionalidade teve a sua construção e a sua justificação no Direito Alemão que, como ensina Juan Cianciardo (CIANCIARDO, 2016, p. 56), foi criada a partir de um vínculo entre a proporcionalidade e o princípio Estado de Direito, é sempre salutar observar a aplicação dela em casos concretos, especialmente analisados pela Corte Constitucional Alemã.

Ao realizar as três conhecidas etapas para a aferição da proporcionalidade, a Corte Constitucional ingressa no âmbito dos requisitos impostos para a fruição do benefício e destaca que não há proporcionalidade em sentido estrito quando a norma jurídica estabelece hipótese de dispensa de uma exigência para um determinado perfil de empresa e em relação a outros aspectos. Vejamos:

A título de dispensa do cumprimento da exigência de um salário mínimo total, são concedidos beneficiários de empresas com até 20 funcionários um tratamento desproporcionalmente preferencial em relação aos compradores de ativos não sujeitos a isso. Além disso, os beneficiários de ativos com

tratamento preferencial com mais de 20 funcionários que trabalham para as empresas transferidas são colocados em uma posição desproporcional de desvantagem para essas empresas que devem cumprir a exigência de salário mínimo total para obter o desconto da base tributável.

O tratamento desigual causado pela disposição sobre ativos não operativos é, no entanto, desproporcional na medida em que concede preferência a todos os ativos tratados dentro do significado do § 13(1) ErbStG uma redução, uma dedução (§ 13a(2) ErbStG) e escala de imposto limitações (§ 19a ErbStG), mesmo que incluam uma participação de até 50% não operativa ativos.<sup>2</sup>

### **c. A igualdade tributária e a otimização tributária**

Após considerações gerais envolvendo igualdade, é possível ingressar de maneira mais pontual na seara da igualdade tributária. Pois, nela, há uma subespécie da igualdade que estabelece o dever de uma oneração igual entre os contribuintes (Lastengleichheit).

Este dever, novamente, não impede que o legislador faça distinções, mas impõe a obrigação de observar limites constitucionais e a coerência das normas criadas com outras determinações legais, buscando evitar o estabelecimento de contradições e ocorrência de consequências indesejadas (ou injustificadas).

A respeito das consequências indesejadas, a Corte Constitucional faz uma interessante reflexão quanto ao fato de que as normas jurídicas tributárias que permitem uma otimização da carga tributária podem ser inconstitucionais desde o início, se permitirem que o contribuinte desenvolva esquemas que reduzem o impacto tributário de maneiras não pensadas pela Lei ou de maneiras abusivas.

Tal reflexão permite resgatar as tão importantes noções de fiscalidade e extrafiscalidade no Direito Tributário, o que se faz por meio da leitura da obra de Paulo Caliendo (CALIENDO, 2019, p. 322):

---

<sup>2</sup> Bundesverfassungsgericht, Urteil des Ersten Senats vom 17. Dezember 2014 - 1 BvL 21/12 Zitiervorschlag BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 17. Dezember 2014 - 1 BvL 21/12 - Rn. (1 - 7), [http://www.bverfg.de/e/ls20141217\\_1bvl002112en.html](http://www.bverfg.de/e/ls20141217_1bvl002112en.html)

Extrafiscalidade remete às normas jurídicas de competência tributária que visam à ordenação pública, à intervenção econômica ou redistribuição de renda, como o propósito específico de promover os direitos fundamentais previstos no texto constitucional..

(...) O conceito restritivo da extrafiscalidade a compreende como fenômeno que se refere às normas jurídicas que autorizam competência tributária ordenadora, interventiva ou redistributiva, enquanto a seu conceito ampliado o compreende como dimensão finalista do tributo incorporando os efeitos extrafiscais das normas tributárias na própria natureza dos tributos. Esta última concepção tomada em toda a sua radicalidade permitiria a ampliação da ação indutora do Estado, para além dos limites expressamente previstos no texto constitucional.

Ou seja, em razão do direito à igualdade, não é possível admitir que a extensão do efeito gerado pela Lei seja superior ao que a própria legislação previa, o que ocorreu no caso concreto, se considerarmos que as grandes companhias usufruíram no benefício que foi instituído, a primeira vista, pensando na perpetuação das pequenas e médias empresas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Corte Constitucional Alemã declarou a inconstitucionalidade do benefício tributário instituído para reduzir consideravelmente ou isentar do Imposto sobre Heranças e Doação as operações envolvendo ativos empresariais, por entender que tal benefício, da forma como foi instituído, não era compatível com a igualdade perante a Lei prevista no art. 3 da Lei Fundamental Alemã.

O manejo dos argumentos que levaram a este entendimento permite construir diversas reflexões a respeito do direito à igualdade, especialmente quando estivermos diante de discussões tributárias. Destacamos, neste artigo, três grupos de reflexões: *(i)* a igualdade tributária à luz da interpretação teleológica, sistemática e do consequencialismo jurídico; *(ii)* a igualdade tributária à luz dos objetivos por ela perseguidos; *(iii)* a igualdade tributária no contexto de otimização da carga tributária.

Quanto à interpretação teleológica e sistemática, a Corte Constitucional destaca que uma tributação mais benéfica em relação a determinadas transações seria, em princípio, constitucionalmente incontestável. No entanto, quando este benefício é capaz de gerar uma interferência importante em outros direitos ou garantias previstas na Lei Fundamental, a análise precisa ser mais profunda e isto é possível com a adoção de uma interpretação sistemática e teleológica.

Já em relação ao consequencialismo jurídico, a Corte Constitucional apontou que a abrangência do benefício criado geraria uma consequência injustificável, ou seja, ao invés de atingir apenas aqueles negócios que – em teste – teria uma vulnerabilidade, permitia que grandes conglomerados possuíssem acesso ao benefício e, na medida que justificação da exceção é enfraquecida (para não dizer extinta), a análise da igualdade tributária aflora.

Sendo assim, a igualdade tributária pode permitir a análise das consequências de legislações que, em uma primeira análise, poderiam ter sido criadas com propósitos legítimos, mas geraram aplicações distorcidas.

Em relação aos objetivos por perseguidos pela igualdade, a Corte Constitucional destaca que a afronta à igualdade prevista na Lei Fundamental Alemã não reside na ilegitimidade do critério de diferenciação, pois, o critério – em primeira vista – era legítimo, mas a reside na falta congruência do critério diferenciador em razão do fim que ele almeja. Ou seja, o juízo de proporcionalidade permitiu concluir que benefício seria necessário se não houvesse nenhum outro meio disponível segundo o qual o legislador pudesse atingir ou promover, com menos desigualdade, o objetivo buscado pela disposição.

Por último, a Corte Constitucional afirma que as normas jurídicas tributárias que permitem uma otimização da carga tributária podem ser inconstitucionais desde o início, se permitirem que o contribuinte desenvolva esquemas que reduzem o impacto tributário de maneiras não pensadas pela Lei ou de maneiras abusivas. Sendo assim, a igualdade tributária é ferramenta para que a otimização tributária, protegendo situações de planejamentos tributários que sejam ou se tornem abusivos.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18º ed. rev. E atual. São Paulo, Malheiros, 2018.

Bundesverfassungsgericht, Urteil des Ersten Senats vom 17. Dezember 2014 - 1 BvL 21/12 Zitiervorschlag BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 17. Dezember 2014 - 1 BvL 21/12 - Rn. (1 - 7),  
[http://www.bverfg.de/e/ls20141217\\_1bvl002112en.html](http://www.bverfg.de/e/ls20141217_1bvl002112en.html)

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 27ª ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

CALIENDO, Paulo. **Curso de Direito Tributário**. 2. ed. – São Paulo, Saraiva, 2019

CIANCIARDO, Juan. **O princípio de proporcionalidade: Entre o Direito constitucional e a Filosofia do Direito**. Londrina, PR: Thoth

DIAS, Daniela Gueiros. **Consequencialismo judicial no Direito Tributário**. São Paulo, SP: IBDT, 2021.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 4ª ed. São Paulo, Malheiros, 2010

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011

## 10. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS MIGRANTES

### THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS OF MIGRANTS



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-10>

Caroline Dimuro Bender D'Avila<sup>1</sup>

#### Resumo

O artigo se insere no contexto global atual de crescentes fluxos migratórios ocasionados por diferentes fatores, tais como: conflitos armados, violação sistemática de direitos humanos, eventos naturais, perseguição religiosa, entre outros. Devido a sua situação de vulnerabilidade, os migrantes, muitas vezes, não recebem tratamento político-jurídico condizente, no país de destino, com os tratados internacionais de direitos humanos e com os padrões protetivos estabelecidos pelos tribunais com jurisdição transnacional, como as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos. A partir da análise do *Case of M.D. and others v. Russia* sobre a ordem de expulsão administrativa de onze indivíduos para Síria, país que está imerso em violência, destruição, doenças, falta de infraestrutura e elevado número de mortes de civis, julgado em 2021 no âmbito do sistema europeu, este artigo ilustra as diversas violações de direitos humanos às quais os estrangeiros são submetidos, desde detenção irregular até desconsideração dos seus argumentos nos processos judiciais domésticos. Utilizando-se o método indutivo e pesquisa doutrinária e jurisprudencial, este estudo demonstra que, na esfera internacional, tanto a Corte Europeia quanto a Interamericana têm oferecido um elevado nível de proteção aos direitos humanos dos migrantes. Porém, internamente, os Estados ainda se mostram resistentes em aplicar o mesmo padrão protetivo e, muitas vezes, criminalizam desnecessária e arbitrariamente, os migrantes mais vulneráveis.

Palavras-chave: Corte Europeia de Direitos Humanos. Direitos humanos dos migrantes. Situação dos direitos humanos na Síria.

---

<sup>1</sup> Doutoranda e mestre em Direito pela PUCRS. Bolsista CAPES/PROEX. Professora do Curso de Direito da Atitus/POA.

## Abstract

The article is inserted in the current global context of increasing migratory flows caused by different factors, such as: armed conflicts, systematic violation of human rights, natural events, religious persecution, among others. Due to their vulnerable situation migrants often don't receive appropriate political-legal treatment, in the country of Destination, with international human rights treaties and with protective standards established by courts with transnational jurisdiction, such as the European and Inter-American Courts of Human Rights. Based on the *Case of M.D. and others v. Russia* analysis about the administrative expulsion order of eleven individuals to Syria, a country that is immersed in violence, destruction, disease, lack of infrastructure and high number of civilian deaths, judged in 2021 within the framework of the European system, this article illustrates the various violations of human rights to which foreigners are exposed to, from irregular detention to disregard of their arguments in domestic court proceedings. Using the inductive method and jurisprudential research, this study demonstrates that, in the international sphere, both the European and Inter-American Courts have offered a high level of protection to the human rights of migrants. Although, internally, States are still resistant to applying the same protective standard and often, unnecessarily and arbitrarily, criminalize the most vulnerable migrants.

Keywords: European Court of Human Rights. Human rights of migrants. Situation of human rights in Syria.

## INTRODUÇÃO

O fenômeno das migrações internacionais sempre esteve presente na história da humanidade, pelas mais variadas razões: conflitos armados, eventos naturais, perseguição política e religiosa, violação sistemática dos direitos humanos, extrema pobreza, entre outras. A guerra civil na Síria, que se estende desde 2011, por exemplo, fez com que a população refugiada síria fosse a maior do mundo, com 6,8 milhões de refugiados acolhidos em 129 países, conforme o relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) *Global Trends Forced Displacement 2021* (p. 17). O ano de 2022, segundo o relatório (p. 7), ultrapassou a marca dramática



de 100 milhões de pessoas deslocadas forçosamente, tendo em vista o elevado número de ucranianos que deixou o país de origem em busca de segurança e os deslocamentos oriundos dos conflitos armados em Burkina Faso e Myanmar.

Em 2020, o número estimado de pessoas que viviam em um país diferente do de sua nacionalidade era de aproximadamente 281 milhões, conforme o *World Migration Report 2022* (p.23), da Organização Internacional das Migrações (OIM). Calcula-se, embora seja difícil de avaliar o impacto do vírus Covid-19 na população global de migrantes, que este número seria de 283 milhões se não houvesse a pandemia.

Diante desse cenário, o tema das migrações internacionais necessariamente deve estar na agenda internacional, bem como ser tratado internamente pelos países. No recorte proposto pela presente pesquisa, a partir do *caso M.D. and others v. Russia*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 2021, serão trazidas considerações sobre a proteção dos migrantes na esfera internacional.

Para tanto, em um primeiro momento, o artigo descreve brevemente o sistema regional europeu protetivo dos direitos humanos. Na sequência, apresenta o caso objeto de análise, expondo as alegações dos requerentes e do governo russo, bem como as razões da decisão da Corte. Por fim, avalia se a decisão está de acordo com os tratados internacionais destinados a proteção dos migrantes e refugiados e com os parâmetros que vem sendo estabelecidos no âmbito do continente americano, por meio da atuação da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos.

## **1. BREVES NOTAS SOBRE O SISTEMA REGIONAL EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Criada pelo Conselho da Europa<sup>2</sup> após os horrores da Segunda Guerra e com inspiração na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, a Convenção

---

<sup>2</sup> Sobre a gênese do Conselho da Europa, Pereira e Quadros (2015, p. 595-596) ensinam que Winston Churchill, em 1948, presidiu o Congresso de Haia, ocasião em que foram aprovadas três resoluções que indicavam a intenção de unir a Europa, tornando-a forte para estabelecer relações em pé de igualdade com os Estados Unidos e a União Soviética e para criar um ambiente seguro e pacífico. Em contrapartida à proposta da França e da Bélgica de instituir uma união federal, o Reino Unido propõe um modelo confederal, isto é, a criação de um Conselho de ministros, de natureza intergovernamental, para tratar de questões políticas. Em 1949, Dinamarca, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Noruega, Reino

Europeia de Direitos Humanos, de 1950 – em vigor desde 1953 –, institui o sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. Sua jurisdição, atualmente, abrange 46 Estados – aproximadamente 800 milhões de pessoas – e tem como finalidade a defesa e a promoção dos direitos humanos, o desenvolvimento democrático e a estabilidade político-social dos países europeus (ANDRADE e MONT'ALVERNE, 2022, p. 187).

Entre os três sistemas regionais de proteção dos direitos humanos existentes<sup>3</sup>, o europeu é o mais antigo e o que exerce maior influência internacional, com expressiva jurisprudência, cujo objetivo consiste em estabelecer um *standard* mínimo de proteção dos direitos humanos nos Estados-parte da Convenção (MAZZUOLI, 2021, p. 859). Com o decorrer do tempo, diversos protocolos<sup>4</sup> foram adicionados ao texto originário da Convenção, tanto para ampliar o rol de direitos como para aperfeiçoar o funcionamento dos mecanismos protetivos dos direitos garantidos. Por essa razão, trata-se de um *living document*, isto é, de um instrumento dinâmico e efetivo (HUNEEUS e MADSEN, 2018, p. 148).

Destaca-se, entre as alterações, o Protocolo n. 11, que entrou em vigor no ano de 1998 e reformou profundamente a estrutura dos órgãos de controle da Convenção Europeia. A Comissão Europeia, que tinha como principal função realizar o juízo de admissibilidade das petições, foi extinta. Criou-se uma Corte única e permanente, com jurisdição compulsória, que passou a receber diretamente petições de indivíduos, grupo de indivíduos ou de organizações não governamentais. No sistema interamericano de direitos humanos, lamentavelmente, não existe essa possibilidade: somente os Estados-membros e a Comissão Interamericana podem submeter casos à apreciação da Corte Interamericana (PIOVESAN, 2021, p. 152).

---

Unido e Suécia adotam o Estatuto do Conselho da Europa, uma organização internacional intergovernamental de âmbito regional comprometida com os valores democráticos e com o propósito de cooperação política entre os Estados-parte.

<sup>3</sup> A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que estabeleceu o sistema interamericano, data de 1969, tendo entrado em vigor somente em 1978. Já a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, ou Carta de Banjul, que criou o sistema africano, é de 1981 e entrou em vigor quatro anos depois da sua adoção, em 1986.

<sup>4</sup> O conteúdo dos dezesseis protocolos adicionais à Convenção está disponível em: <https://edoc.coe.int/en/european-convention-on-human-rights/9419-a-convencao-europeia-dos-direitos-do-homem-um-instrumento-vivo.html>. Acesso em 21 nov 2022.

Embora a mudança promovida pelo Protocolo n. 11 tenha sido positiva, no sentido de ampliar o acesso à justiça internacional e consagrar o pleno *locus standi* dos indivíduos perante a Corte, resultou no aumento expressivo de casos. Em torno de 140 mil casos estavam pendentes de julgamento em 2010 e, em 2012, uma estimativa revelou que, em média, 50 mil novos casos eram submetidos, anualmente, à jurisdição da Corte. Outro aspecto que contribuiu para esse cenário foi o ingresso de vários países do leste europeu, que na década de 1990 passaram por processos de democratização, no Conselho da Europa, que dobrou o número de Estados-parte da instituição. (WERMUTH e GOMES, 2016, p. 537-538).

Em 1959 a Corte Europeia de Direitos Humanos começou as suas operações na cidade francesa de Estrasburgo. Nos seus primeiros 39 anos de funcionamento, conforme destaca Piovesan (2019, p. 138), a Corte proferiu menos julgamentos (837 decisões) do que nos dois primeiros anos após a implementação da reforma (entre 1998 e 2000 foram decididos 838 casos). Diante dessa conjuntura, foram adotados os Protocolos n. 14<sup>5</sup>, 15<sup>6</sup> e 16<sup>7</sup>, que introduziram alterações relativas, respectivamente, a novos critérios de admissibilidade, à redução do prazo de submissão dos casos e à ampliação da opinião consultiva da Corte, para conter o número de casos e proporcionar maior celeridade às demandas.

No que diz respeito à composição da Corte, o artigo 20 da Convenção Europeia determina que o número de juízes será igual o número de Estados-parte da organização. Eleitos pela Assembleia parlamentar para um período de 9 anos (sem possibilidade de reeleição), os juízes devem gozar da mais alta reputação moral e exercer as suas funções a título individual, conforme estabelecem os artigos 21, 22 e 23 da Convenção. A Corte dispõe da seguinte estrutura, prevista do artigo 26 ao 32 da Convenção: *juiz singular*, que decide definitivamente sobre a inadmissibilidade de queixas manifestamente inadmissíveis; *comitê*, formado por três juízes, que tem competência para proferir sentenças acerca da admissibilidade e do mérito de processos que sejam de jurisprudência bem firmada no Tribunal; *câmara*, composta de sete juízes, que se manifesta quando não há consenso no comitê; *grande câmara*

---

<sup>5</sup> Entrou em vigor em 2010.

<sup>6</sup> Entrou em vigor em 2021.

<sup>7</sup> Entrou em vigor em 2018.

ou *tribunal pleno*, que conta com dezessete juízes e aprecia os casos mediante solicitação de devolução da decisão por parte do requerente ou do Governo demandado, ou, ainda, da própria *câmara*.

Existe, também, um órgão de supervisão da execução das decisões da Corte: o Comitê de Ministros. Trata-se de um órgão político do Conselho da Europa, formado por um representante de cada Estado membro da instituição. Por meio de resoluções provisórias, o Comitê de Ministros encoraja os Estados e exerce pressão política para que cumpram os acórdãos. (BARRETO, 2008, p.126).

As decisões da Corte são juridicamente vinculantes e tem natureza essencialmente declaratória, ou seja, exceto pela imposição de indenização, a Corte se abstém de determinar os meios específicos para o cumprimento da sentença, em deferência ao princípio da subsidiariedade. Há algum tempo, porém, a Corte vem explicitando nos seus julgamentos quais providências devem ser tomadas pela parte demandada tanto para reparar a violação dos direitos humanos perpetrada (*individual measures*) quanto para prevenir futuras violações (*general measures*). (KELLER e MARTI, 2015, p. 836-838).

Ramires (2016, p. 187) considera a Corte Europeia de Direitos Humanos um “irradiador de influências de primeira grandeza”. Sua vasta jurisprudência serve de inspiração para seus próprios juízes e para juízes de todos os países, inclusive aqueles que pertencem a ordens jurídicas não europeias. Por outro lado, a Corte também construiu a sua credibilidade e confiabilidade por meio de um diálogo relacional, aplicando a *doutrina da margem de apreciação nacional*, que concede um certo grau de discricionariedade aos Estados acerca da interpretação e da implementação dos direitos humanos, e incorporando *tendências internacionais* no tratamento de determinadas matérias (RAMIRES, 2016, p. 187-190).

Sobre o impacto do sistema europeu, merece ser referido que os Estados submetidos à jurisdição da Corte de Estrasburgo, de fato, têm reformado internamente legislações, instituições penais e processos judiciais, o que tem favorecido a harmonização do Direito nos países europeus. Entre as violações mais recorrentes constatadas pela Corte estão o direito a um julgamento justo e em prazo razoável e os direitos de propriedade, à liberdade e à segurança. Contudo, especialmente após o ingresso dos países do Leste europeu no sistema, também

passaram a fazer parte da agenda da Corte casos relativos à tortura, à execução sumária e ao desaparecimento forçado, fenômeno que vem sendo denominado de *interamericanização do sistema europeu*. (PIOVESAN, 2019, p. 144-148).

A seguir será apresentado um caso sobre a temática migratória julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos cujo Estado requerido é a Rússia. Ressalta-se que, conforme a Resolução CM/Res(2022)2<sup>8</sup> adotada pelo Comitê de Ministros em 16 de março de 2022, a Rússia não faz mais parte do Conselho da Europa em razão da agressão contra a Ucrânia. Para o Comitê, as ofensivas russas constituem uma séria violação do artigo 3<sup>9</sup> do Estatuto do Conselho da Europa e, portanto, pode ser aplicado o que determina o artigo 8 da mesma normativa.<sup>10</sup>

## **2. CASE OF M.D. AND OTHERS V. RUSSIA: FATOS GERAIS, ALEGAÇÕES DAS PARTES E DECISÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS**

O *Case of M.D. and others v. Russia* foi julgado por uma Câmara (*Chamber*), composta por sete juízes, no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos. Tanto a deliberação privada da *Chamber* quanto a sentença definitiva datam de 2021, nos meses de julho e setembro, respectivamente. Trata-se, especialmente, da ordem de expulsão administrativa dada pelas autoridades russas contra onze nacionais da Síria para seu país de origem. Considerando a situação de insegurança generalizada na Síria, somada ao alto nível de violações e de abusos dos direitos humanos e ao elevado número de mortes de civis em todo o território, a expulsão dos requerentes

---

<sup>8</sup> Disponível em: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=0900001680a5da51](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5da51). Acesso em 16 nov 2022.

<sup>9</sup> Artigo 3 - Todos os Membros do Conselho da Europa reconhecem o princípio do primado do Direito e o princípio em virtude do qual qualquer pessoa colocada sob a sua jurisdição deve gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, comprometendo-se a colaborar sincera e activamente na prossecução do objectivo definido no capítulo I. Disponível em: [https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/estatuto\\_do\\_conselho\\_da\\_europa.pdf](https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/estatuto_do_conselho_da_europa.pdf). Acesso em 16 nov 2022.

<sup>10</sup> Artigo 8 - Qualquer Membro do Conselho da Europa que atente gravemente contra o disposto no artigo 3<sup>o</sup> pode ser suspenso do seu direito de representação e convidado pelo Comitê de Ministros a retirar-se nas condições previstas no artigo 7<sup>o</sup>. Se não for tomado em consideração este convite, o Comitê pode decidir que o Membro em causa deixou de pertencer ao Conselho a contar de uma data que o próprio Comitê fixa. Disponível em: [https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/estatuto\\_do\\_conselho\\_da\\_europa.pdf](https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/estatuto_do_conselho_da_europa.pdf). Acesso em 16 nov 2022.

constitui uma violação dos artigos 2º (direito à vida) e 3º (proibição da tortura), da Convenção Europeia de Direitos Humanos? Além disso, a detenção de alguns dos requerentes enquanto aguardavam a expulsão violou o artigo 5º (direito à liberdade e à segurança), da Convenção? Essas foram as principais questões suscitadas no caso objeto de análise sobre as quais a Corte se manifestou.

Cabe destacar que os requerentes solicitaram o asilo temporário na Rússia e procuraram obter o *status* de refugiado. Nenhum deles teve o *status* de refugiado reconhecido e em relação aos pedidos de asilo temporário, a maioria teve o pedido recusado pelo Ministério do Interior e pelos tribunais nacionais que examinaram os recursos. Aqueles que tiveram a solicitação de asilo temporário atendida, não conseguiram a sua renovação. De acordo com informações do site do Serviço Federal de Estatística da Rússia, em abril de 2019, apenas dois sírios tinham o *status* de refugiado no país, o que representava 0,4% de todos os refugiados no território russo. No tocante ao asilo temporário, 1,1% de todas as pessoas com esse *status* na Rússia eram de nacionalidade síria, o que, à época, correspondia a 790 indivíduos. Esse número baixou para 591 em janeiro de 2020 e para 495 em abril do mesmo ano. Ressalta-se, ainda, que não havia estatística sobre pedidos pendentes ou rejeitados no site.

Cada um dos requerentes apresentou particularidades nas queixas direcionadas à Corte Europeia de Direitos Humanos. Por exemplo, M.O. alegou que sua vida estaria em risco na Síria por ser muçulmano sunita, fato que facilmente o levaria a ser associado a grupos armados da oposição. K.A. apresentou ameaças contra sua integridade física em redes sociais de terroristas, Z.A. referiu que seu pai havia sido morto por terroristas e que ele tinha medo de ter o mesmo destino e M.A. afirmou que sua região, Idlib, estava sob controle de grupo armado ilegal que o considerava um apoiador do governo, portanto, correria o risco de tortura e morte caso retornasse. Entre os argumentos comuns levantados por alguns dos requerentes, podem ser mencionados os seguintes: (a) a péssima situação do país devido ao conflito militar (crise humanitária, mortes, doenças generalizadas, falta de infraestrutura) e (b) o recrutamento forçado, em caso de retorno, para a prestação de serviço militar (sendo que a recusa implicaria em execução e/ou tortura, pois o direito à objeção de consciência não é legalmente reconhecido e a evasão constitui uma

ofensa criminal). Por ser a matéria similar, a Corte decidiu proferir um único julgamento.

Acerca da matéria discutida no caso, a Corte Europeia pontuou que o direito de asilo não é reconhecido expressamente pela Convenção Europeia nem pelos protocolos adicionais ao seu texto. Entretanto, a expulsão ou a extradição de um indivíduo podem resultar na violação dos artigos 2º e 3º da Convenção quando existem motivos substanciais de que a pessoa corre risco de sofrer tortura ou tratamento incompatível com os padrões estabelecidos pela Convenção e pela jurisprudência da Corte. No caso em análise, a Corte afirmou a sua característica da subsidiariedade ao esclarecer que não é sua competência substituir a avaliação dos fatos feita pelas autoridades nacionais. Contudo, em relação aos pedidos de asilo dos requerentes, ainda que baseados em um risco geral bem conhecido, as *District Courts* se limitaram apenas a examinar os argumentos relacionados à ilegalidade da presença deles na Rússia e à violação dos regulamentos de imigração, não considerando as alegações de risco de morte e de maus-tratos, ou somente mencionando, de forma muito superficial, que eles não apresentaram nada objetivo que mostrasse risco na Síria.

Em grau de recurso, nas *Appeal Courts*, nenhum dos requerentes conseguiu reverter a ordem de expulsão administrativa, alguns apenas conseguiram ser liberados da detenção. As *Appeal Courts* concordaram com as razões das *District Courts* nos seus julgamentos. Embora tenham referido, nas suas decisões, os princípios gerais do Direito Internacional relativos ao direito de não ser submetido a maus-tratos, o princípio do *non-refoulement* e as disposições internas sobre refúgio e asilo temporário, constataram que os requerentes não estavam em um risco maior que a população síria em geral de ser submetidos a ataques desumanos e a tratamento degradante e que seus argumentos foram genéricos, especulativos e infundados.

Diversos documentos internacionais publicados, à época dos fatos, sobre a gravidade da situação na Síria, foram mencionados na decisão da Corte. Entre eles, destaca-se: a) a V atualização do Alto Comissariado da ONU para Refugiados (ACNUR) no relatório *International Protection Considerations with Regard to People Fleeing the Syrian Arab Republic*, em novembro de 2017, no qual o ACNUR pediu aos

Estados para não devolver à força nacionais sírios; b) o manual de diretrizes do ACNUR, *Comprehensive Protection and Solutions Strategy: Protection Thresholds and Parameters for Refugee Return to Syria*, em fevereiro de 2018, que afirmou que as condições na Síria não eram propícias para repatriação voluntária em larga escala, pois riscos significativos permaneciam para civis em todo o país; c) o boletim do *Centre for the Reconciliation of Opposing*, do Ministério da Defesa russo, *Sides and Refugee Migration Monitoring in the Syrian Arab Republic*, em julho de 2019, que relatou a violação dos acordos de cessar fogo por grupos armados ilegais que operam na região de desescalada de Idlib; d) o relatório do ACNUR, *Country of Origin Note: Participation in Anti-Government Protests; Draft Evasion; Issuance and Application of Partial Amnesty Decrees; Residency in (Formerly) Opposition-Held Areas; Issuance of Passports Abroad; Return and 'Settling One's Status*, em 2020, que reportou punições violentas por parte do governo sírio (assédio, prisão arbitrária e incomunicável, morte, tortura, confisco de bens e de passaportes), nas áreas sob seu controle, contra quem manifestasse uma opinião antigovernamental; e) a *Brussels IV Conference: Supporting the Future of Syria and the Region*, em junho de 2020, em que o vice-ministro russo das relações estrangeiras, Mr. Vershinin, discursou sobre o aumento da ajuda humanitária ao povo sírio e a permanência da tensão interna; f) os relatórios sobre a implementação das resoluções humanitárias pelas partes do conflito na Síria, divulgados pelo Secretário Geral da ONU, em outubro de 2020 e em abril de 2021, que demonstram o alto número de mortes de civis e o desrespeito dos princípios fundamentais do direito internacional humanitário pelas partes no conflito, que não se abstém de ataques indiscriminados, especialmente com o uso de explosivos.

Apesar dessas evidências, apresentadas em vários relatórios internacionais confiáveis, acerca da situação na Síria, as autoridades russas entenderam que os requerentes não pertenciam a um grupo vulnerável nem estavam em risco. Conforme a Corte Europeia, as alegações dos requerentes não foram devidamente examinadas pelas autoridades nacionais, ou seja, a abordagem dos tribunais não foi compatível com o que se espera de um processo de expulsão. Ademais, foram apresentados fundamentos substanciais para acreditar que os requerentes enfrentariam um risco real se fossem expulsos para a Síria. Na avaliação da Corte, retornos forçados à Síria,



no momento e no futuro próximo, não são viáveis devido à situação frágil de segurança no país.

Ao examinar os riscos, a Corte centrou-se nas consequências previsíveis da expulsão à luz da situação geral do território e das circunstâncias pessoais dos requerentes. Todos os requerentes, como repatriados, sofrem risco de assédio, prisão arbitrária e incomunicável, detenção na chegada, tortura e confisco de bens. Todos, também, em razão da idade, estão sujeitos ao recrutamento forçado para o exército. Portanto, a Corte considera que a expulsão deles constitui uma violação dos artigos 2º e 3º da Convenção.

Os requerentes M.D., M.O., M.A., A.A., A.K.A. ainda alegaram que sua detenção foi arbitrária e prolongada, em ofensa ao artigo 5.1 (direito à liberdade e à segurança) da Convenção, e que não tiveram acesso a uma revisão judicial efetiva da sua detenção, o que constitui uma violação do artigo 5.4. De acordo com o entendimento da Corte, eles foram detidos por violar os regulamentos de migração, para posterior expulsão, e sua detenção se deu de boa-fé. Porém, a duração da detenção de M.D. e M.O. excedeu o tempo necessário para alcançar o propósito perseguido, então, em relação a eles, houve violação do artigo 5, 1. Ambos, também, na condição de estrangeiros detidos enquanto aguardavam a expulsão, não tiveram as razões e a legalidade de sua detenção revisada pelos tribunais nacionais, por conseguinte, o artigo 5.4 restou violado. Embora M.D. e M.O. tenham reivindicado, respectivamente 15.000 e 10.000 euros, a Corte, a título de danos não patrimoniais, fixou a indenização no valor de 5.000 euros para cada um deles.

Para os demais que requereram danos morais, a Corte não concedeu o pedido, tendo em vista que, no seu entendimento, a decisão, por si só, sobre a violação dos artigos 2º e 3º da Convenção, já equivale a uma satisfação justa e adequada nos termos do artigo 41 (reparação razoável) da Convenção. Os valores reclamados pelos requerentes a título de despesas e custas judiciais foram deferidos a todos pela Corte, que determinou o reembolso diretamente nas contas pelo governo russo. Por fim, a decisão indica que a conduta adequada é a de não expulsão dos requerentes até que a sentença se torne definitiva ou até nova ordem.

### 3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS MIGRANTES

Sob a égide da Organização das Nações Unidas (ONU) foram firmados importantes tratados internacionais que protegem os direitos dos indivíduos que se encontram fora dos seus países de origem: a Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951 e seu Protocolo de 1967, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963 e o Pacto Global para a Migração, de 2016, que integra a Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável. Além disso, foram criadas agências especializadas para tratar do assunto, como o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)<sup>11</sup> e a Organização Internacional para as Migrações (OIM).

Sem observar a normativa internacional, os Estados, como fez a Rússia no *Case of M.D. and others*, controlam os fluxos migratórios sob a justificativa de proteção do seu território, mas acabam por criminalizar, de forma desnecessária, arbitrária e inconsistente, os migrantes mais vulneráveis. Embora o princípio do *non-refoulement* constitua o núcleo de proteção dos refugiados – indivíduos que se encontram em um contexto particular de vulnerabilidade e que não podem ser devolvidos a um Estado onde sua vida ou sua liberdade esteja sob ameaça, – trata-se de uma norma *jus cogens*, – imperativa de Direito Internacional – que deve ser estendida para proteger os direitos humanos de migrantes em situação irregular que estão na iminência de sofrer deportação ou expulsão (CANÇADO TRINDADE, 2008, p. 150-151).

No caso objeto de análise, a Rússia agiu contrariamente à Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho – conhecida como Diretiva do Retorno – relativa a normas e procedimentos comuns para o retorno de nacionais de

---

<sup>11</sup> Acerca da internacionalização da proteção dos refugiados, Ramos (2021, p. 7-8) aponta a existência de três fases: a primeira, exclusivamente nacional, passou da regulação religiosa do asilo para a sua inserção nos textos constitucionais (a exemplo da França, em 1793); a segunda consiste no estabelecimento de um Alto Comissariado para Refugiados sob a égide da Sociedade das Nações, em 1921, cujo objetivo inicial era tratar unicamente dos refugiados russos, mas teve seu mandato estendido para abarcar todas as questões referentes aos refugiados. Já a terceira fase, impulsionada pela Declaração Universal de Direitos Humanos, se caracteriza pela qualificação individual dos refugiados e pela adoção de tratados internacionais protetivos voltados especificamente a este grupo.

terceiros países em situação irregular. Conforme Faggiani (2014, p. 385), a diretiva reconhece garantias processuais fundamentais, entre elas, o direito à revisão da legitimidade da detenção, à assistência jurídica e à assessoria linguística, ou seja, garantias para efetivar plenamente o direito ao processo justo e à tutela judicial efetiva. Entretanto também convém expor que, segundo Pereira (2014, p. 84-86), a diretiva teve como finalidade reforçar o controle migratório e, conseqüentemente, legitimou a xenofobia e permitiu a exclusão dos estrangeiros.

Ainda que a Convenção Europeia de Direitos Humanos não preveja especificamente a proteção dos migrantes e refugiados, pela interpretação dos direitos que estão contidos no seu texto – especialmente do artigo 3º –, a Corte Europeia consegue oferecer um elevado nível de proteção àqueles que, por serem estrangeiros, sofrem violações nos Estados em que se encontram (GOMES, REZENDE, STIVAL, MENEZES, 2018, p. 177). Em 2012, a Corte, no caso *Hirsi Jamaa e outros v. Itália*, considerou contrária à Convenção Europeia a conduta do Estado italiano de interceptar e retornar um grupo de nacionais somalis e eritreus à Líbia sem avaliar os riscos aos quais eles estariam expostos. No caso *Tarakhel v. Suíça*, julgado em 2014, mais uma vez a Corte decidiu que a deportação de uma família de origem afegã para a Itália sem ter a garantia de que os requerentes permaneceriam unidos e de que seriam adotadas as medidas necessárias para o recebimento das crianças, violaria o artigo 3º. No ano de 2019, a Corte entendeu, também, que houve violação do artigo 3º no caso *Ilias and Ahmed v. Hungary*, pela detenção irregular e expulsão para a Sérvia de dois refugiados provenientes de Bangladesh. Ou seja, pela jurisprudência da Corte Europeia, não há possibilidade de deportação ou de expulsão de um indivíduo quando se verificarem falhas no procedimento de asilo e quando existe um risco real de tratamento desumano ou degradante.

No continente americano, além de estarem protegidos em documentos de tutela geral dos direitos humanos, por sua condição específica de vulnerabilidade, os migrantes tem sua proteção reforçada por tratados voltados diretamente a este grupo. Nesse sentido, cabe mencionar a Declaração de Cartagena, de 1984, que estendeu o conceito de refugiado contido na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967 para abarcar também pessoas vítimas de violência generalizada e de violação maciça dos direitos humanos; a Declaração de São José sobre Refugiados e Pessoas

Deslocadas, 1994, que reafirma os princípios contidos na Declaração de Cartagena; e as Convenções sobre Asilo Territorial e Asilo Diplomático, de 1954, que discorrem sobre o tradicional instituto do asilo em razão de perseguição política na América Latina.

Existe uma relatoria específica, desde 1996, na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com o intuito de tratar da grave situação que enfrentam as pessoas em contexto de mobilidade humana. Para tanto, elabora relatórios, apresenta recomendações aos Estados, recebe petições nas quais são alegadas violações de direitos e faz visitas *in loco* nos países. Nos Relatórios de 2010 e de 2013, sobre os Estados Unidos e o México, respectivamente, a Comissão constatou a detenção de migrantes em larga escala e propôs alternativas para melhorar a situação. Em 2015, o Relatório "Refugiados e migrantes nos Estados Unidos: famílias e crianças não acompanhadas", expressou a preocupação da Comissão com as crianças migrantes e recomendou que elas não sejam privadas de liberdade em qualquer circunstância.

Com relação à atuação da Corte Interamericana no que tange à temática migratória, esta já se manifestou diversas vezes na esfera de sua competência consultiva e contenciosa.

Entre as opiniões consultivas, destacam-se: OC 16/99, acerca do direito à informação sobre assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal, OC 18/2002, sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados e OC 21/2014, que trata da infância migrante. Quanto aos casos contenciosos, merecem menção os seguintes: *Yean Bosico vs. República Dominicana* (2005); *Caso Vélez Loo vs. Panamá* (2010); *Nadège Dorzema vs. República Dominicana* (2012); *Família Pacheco vs. Bolívia* (2013); *Pessoas Dominicanas e Haitianas expulsas vs. República Dominicana* (2014). Com base nos exemplos citados, depreende-se que a Corte emitiu pareceres e condenou Estados com o fim de efetivar os direitos humanos dos migrantes, indicando como os países devem se comportar em face de situações semelhantes dentro de seu território.

Diante da conjuntura normativa e da atuação prática da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange aos migrantes<sup>12</sup>, constata-se o papel fundamental exercido por esses órgãos na garantia dos direitos desta população. Por outro lado, também se observa os limites dos sistemas regionais protetivos dos direitos humanos no sentido de transformar a cultura dos Estados no que tange ao tratamento dos migrantes.

Cançado Trindade (2008, p. 142-143) afirma: "only the firm determination of reconstruction of the international community on the basis of human solidarity can lead to mitigating or alleviating some of the sufferings of the uprooted (whether refugees, internally displaced persons, or migrants)." O autor (2008, p. 140-141) levanta a questão dos traumas e do sentimento de não-pertencimento advindos da migração, especialmente quando forçada: deixar a família, os bens, a cultura e as memórias provoca um sofrimento espiritual no ser humano que migra que se projeta no tempo.

Soma-se a isso a discriminação que os migrantes enfrentam todos os dias nos países de destino. Dembour e Kelly (2011, p. 2) questionam o acesso tão dificultoso dos migrantes aos direitos humanos, já que, mesmo sem pertencer àquela determinada comunidade política na qual se situam, fazem parte da humanidade, requisito único para ter assegurada a dignidade<sup>13</sup>. As hipóteses trazidas pelos autores para responder a questão são resumidas da seguinte forma:

Migrants can have problematic access to human rights because of the link between human rights and the national State, the inherent boundedness of liberal-democracies, their own marginalised position in society both in economic and political terms, or the fact that human rights were never meant to challenge

---

<sup>12</sup> Todos os documentos normativos, opiniões consultivas, casos julgados e relatórios citados estão disponíveis no site: [www.oas.org](http://www.oas.org). Acesso em 16 nov 2022.

<sup>13</sup> Sarlet (2007, p. 383) conceitua dignidade como "a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos".

seriously the status quo of current inequalities in the world. (DEMBOUR e KELLY, 2011, p. 11).

Ou seja, múltiplos e diferentes fatores contribuem para a exclusão dos migrantes: desde as estruturas do Estado-Nação e da democracia liberal, que estabelecem distinções entre cidadãos e não cidadãos, até as próprias limitações dos direitos humanos, que não são capazes de enfrentar as atuais desigualdades no mundo. Sobre um dos princípios basilares do Direito Internacional Público – soberania estatal – Bichara (2018, p. 129) afirma que, embora caiba aos Estados editar suas próprias leis em matéria de controle migratório e definir os direitos que serão garantidos aos estrangeiros no seu território, o tratamento interno destinado aos migrantes necessariamente deve observar as diretrizes internacionais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Estados controlam os fluxos migratórios sob a justificativa de proteção do seu território, mas acabam por criminalizar, de forma desnecessária, arbitrária e inconsistente, os migrantes mais vulneráveis. Contudo, os sistemas regionais europeu e interamericano de proteção de direitos humanos já estabeleceram, seja no âmbito da competência consultiva ou contenciosa dos seus órgãos jurisdicionais, que existem limites à discricionariedade dos Estados no que tange ao controle da entrada e da saída de indivíduos das suas fronteiras.

Ainda que se tenham muitos avanços em termos normativos e jurisprudenciais na esfera internacional, não há, de fato, a acolhida de estrangeiros nos países de destino, como foi possível observar na análise do caso *M.D. and others v. Rússia*, em que as autoridades nacionais deram pouca ou nenhuma importância aos argumentos de risco de morte e de tratamento degradante levantados pelos requerentes diante da ordem de expulsão para a Síria – país em que reconhecidamente a situação geral dos direitos humanos é precária. Outros casos apreciados na esfera internacional que foram mencionados demonstram o comprometimento dos sistemas europeu e interamericano com o tratamento digno

dos migrantes e a resistência dos Estados de concretizar os padrões protetivos estabelecidos.

Tribunais com jurisdição transnacional exercem um papel de extrema importância para destacar o caráter universal e expansionista dos direitos humanos, por isso é indispensável que as cortes dialoguem, cooperem entre si e tenham sua jurisprudência alinhada. No entanto, no que se refere ao acesso aos direitos humanos pelas pessoas em situação de mobilidade, ainda é preciso mais.

O aumento dos fluxos migratórios exige que o assunto permaneça como prioritário na agenda internacional, mas também seja tratado com mais atenção internamente pelos Estados. Diante do contexto de vulnerabilidade no qual se encontram os estrangeiros, que além de serem destituídos de cidadania, sofrem discriminação das autoridades nacionais e da sociedade em geral, os Estados devem enfrentar a questão migratória com ênfase na primazia do ser humano e, assim, garantir e proteger os seus direitos básicos no mesmo nível que asseguram para seus próprios nacionais.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Aline Memória de; MON'T ALVERNE, Tarin Cristino Frota. Crianças Refugiadas na Corte Europeia de Direitos Humanos". *Tensões Mundiais*, 18, n. 36, 2022, p. 183–206.

BARRETO, Irineu Cabral. Os Sistemas Interamericano e Europeu de Proteção dos Direitos Humanos. *III Anuário brasileiro de direito internacional*, n. 1, 2008, p. 110-132. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27123.pdf>. Acesso em 23 nov 2022.

BICHARA, Jahyr-Philippe. Proteção internacional dos migrantes: entre prerrogativas e obrigações dos Estados. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 55 n. 220 out./dez. 2018, p. 123-148.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Uprootedness and the protection of migrants in the International Law of Human Rights. *Revista Brasileira de Política Internacional*, 2008, v. 51, n. 1, p. 137-168. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-73292008000100008>. Acesso em 26 out 2022.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte; KELLY, Tobias. *Are human rights for migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*. New York: Routledge, 2011.

FAGGIANI, Valentina. Tutela jurídica y tutela jurisdiccional del inmigrante en el marco de un sistema europeo de cooperación judicial. *Revista do Curso de Direito*, [S. l.], v. 4, n. 8, p. 371-391, 2017. Disponível em: <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rcursodedireito/article/view/5404>. Acesso em: 16 nov. 2022.

GOMES, Paulo Victor da Costa; REZENDE, Rafaela; STIVAL, Mariane Morato; MENEZES JÚNIOR, Eumar Evangelista. O direito ao refúgio no sistema internacional europeu e o perfil da jurisprudência sobre refugiados da Corte Europeia de Direitos Humanos. *Revista Ambivalências*, v. 6, n. 11, p.173-191, jan.-jun. 2018. Doi: <https://doi.org/10.21665/2318-3888.v6n11p173-191>.

HUNEEUS, Alexandra; MADSEN, Mikael Rask Madsen. A comparative history of the American, European, and African human rights systems. *I•COM*, 2018, vol. 16, n. 1, p. 136-160. Doi:10.1093/icon/moy011.

KELLER, Helen; MARTI, Cedric. Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights' Judgments, *European Journal of International Law*, v. 26, Issue 4, 2015, p. 829-850, <https://doi.org/10.1093/ejil/chv056>.

MAZZUOLI, Valerio de O. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559641307. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641307/>. Acesso em: 21 nov. 2022.

MCAULIFFE, M.; TRIANDAFYLLIDOU, A. (eds.), 2021. *World Migration Report 2022*. International Organization for Migration (IOM), Geneva.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 3 ed. Lisboa: Almedina, 2015.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de L. *Direitos Humanos e Hospitalidade: A Proteção Internacional para Apátridas e Refugiados*. São Paulo: Grupo GEN, 2014. E-book. ISBN 9788522490738. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522490738/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555595789. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595789/>. Acesso em: 22 nov. 2022.



PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553610198. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610198/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RAMOS, André de C. *Direito Internacional dos Refugiados*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555597578. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597578/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

SARLET, Ingo. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 09, jan./jun. 2007, p. 361-388.

United Nations High Commissioner for Refugees. *Global Trends Forced Displacement 2021*. Disponível em: [www.unhcr.org/refugee-statistics](http://www.unhcr.org/refugee-statistics). Acesso em 27 out 2022.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; GOMES, Aline Antunes. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 68, pp. 531-554, jan./jun. 2016. Doi: 10.12818/P.0304-2340.2016p531.



## 11. OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA

*THE LIMITS OF FREEDOM OF EXPRESSION IN THE JURISPRUDENCE OF THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-11>

*Rafaela Weber Mallmann*<sup>1</sup>

### RESUMO

Esta pesquisa possui como objetivo apresentar a decisão 1 BvR 497/20 proferida em 07 de julho de 2020 pelo TCF, que possibilitou rever novos argumentos sobre a liberdade de expressão e o discurso de ódio contra a comunidade judaica. Como problema a ser abordado, questiona-se: quais os limites da liberdade de expressão na esfera da Lei Fundamental da Alemanha? Com metodologia exploratória, utiliza-se como método de abordagem hipotético-dedutivo, com busca em fontes bibliográficas em meios físicos e na rede de computadores. Verifica-se que os limites da liberdade de expressão na esfera da Lei Fundamental ocorrem a partir do momento em que o discurso proferido é entendido como discurso de ódio, e quando ele afeta diretamente a dignidade humana, o direito à honra ou à privacidade. Especial tratamento e maior delimitação ocorre ainda quando tais discursos são proferidos à comunidade judaica, principalmente quando se dá em sentido pejorativo.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; discurso de ódio; Tribunal Constitucional Federal da Alemanha; comunidade judaica; Lei Fundamental.

### ABSTRACT

This research aims to present the decision 1 BvR 497/20 handed down on July 7, 2020 by the TCF, which made it possible to review new arguments about freedom of expression and hate speech against the Jewish community. As a problem to be addressed, the question is: what are the limits of freedom of expression in the scope

---

<sup>1</sup> Doutoranda e mestre em Filosofia na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, com bolsa CAPES/PROEX. Graduada em Direito pela Unijuí. E-mail: rafaela.mallmann@edu.pucrs.br.

of the Fundamental Law of Germany? With an exploratory methodology, it is used as a hypothetical-deductive method of approach, with a search in bibliographic sources in physical media and in the computer network. It appears that the limits of freedom of expression in the sphere of the Basic Law occur from the moment when the speech is understood as hate speech, and when it directly affects human rights, the right to honor or privacy. Special treatment and greater delimitation still occurs when such speeches are delivered to the Jewish community, especially when given in a pejorative sense.

Keywords: Freedom of expression; hate speech; Federal Constitutional Court of Germany; Jewish community; Fundamental Law.

## INTRODUÇÃO

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), fundado em 1951, é um tribunal especial criado pela Lei Fundamental Alemã (*Grundgesetz*) e localizado na cidade de Karlsruhe. O TCF possui um papel central na democracia alemã, na medida em que serve como um regulador dos tribunais interiores ou dos Supremos Tribunais Federais, no que diz respeito à violação de leis federais. Com sua competência focada em demandas constitucionais, o TCF mantém a integridade e o cumprimento da Lei Fundamental, tendo como base o respeito pela dignidade humana e a efetivação e proteção dos direitos fundamentais.

A Lei Fundamental Alemã foi aprovada em Bonn em maio de 1949, sendo reconhecida como a Constituição da Alemanha Ocidental<sup>2</sup> e representou, sob uma perspectiva jurídico-política, a restauração do Estado e da legitimidade democrática do Estado de Direito. Considerando a importância dessa Lei para a presente pesquisa, necessário se faz uma breve explicação sobre seu histórico.

O Conselho Parlamentar foi sediado em Bonn e instalado em primeiro de setembro de 1948, sendo presidido por Konrad Adenauer, futuro Chanceler e Chefe de

---

<sup>2</sup> Importante mencionar que a República Democrática Alemã (DDR – Deutsche Demokratische Republik) passou por um processo similar ao se constituir em um novo Estado reconhecido como Alemanha Oriental, contando com uma constituição própria, promulgada em 7 de outubro de 1949 e submetida à aprovação pelas forças de ocupação soviéticas. Anos após, foi substituída por duas novas constituições, em 06 de abril de 1969 e em 07 de outubro de 1974 (SARLET; GODOY, 2021).

Governo. Nesse contexto, a Lei Fundamental resultou em um texto que deixou decisões políticas em matéria social e econômica a cargo do legislador ordinário. Sarlet e Godoy (2021, p. 268) apontam sobre o quão significativo foi o artigo 139 da Lei, que dispôs que as legislações “destinadas à libertação do povo alemão do nacional-socialismo e do militarismo não deverão ser afetadas, seguindo em vigor”. A própria Lei dispunha a respeito dos esforços necessários para garantir uma futura reunificação da Alemanha.

Nesse sentido que quarenta anos após a promulgação da referida Lei, “caiu” o muro de Berlim, garantido espaço ao processo de reunificação, cenário no qual a Lei Fundamental seguiu em vigor. Verifica-se que a época de transição vivida após o término da guerra, foi marcada pela ocupação dos exércitos aliados, com uma reestruturação das ideias constitucionais que resultou na Lei Fundamental. As potências aliadas adotaram uma política dos cinco d's: desmilitarização, desnazificação, democratização, desarmamento e descentralização.

Explicitado esse breve histórico a respeito da importância da Lei Fundamental e das funções do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a presente pesquisa tem como objetivo apresentar a decisão proferida em 07 de julho de 2020 pelo TCF, que possibilitou rever novos argumentos sobre a liberdade de expressão e o discurso de ódio contra a comunidade judaica. O caso diz respeito à apreciação da constitucionalidade da condenação criminal em casos de manifestações antissemita veiculados em páginas da internet por um partido político. Nesse cenário, Como problema a ser abordado, questiona-se: quais os limites da liberdade de expressão na esfera da Lei Fundamental da Alemanha?

Com metodologia exploratória, utiliza-se como método de abordagem hipotético-dedutivo, com busca em fontes bibliográficas em meios físicos e na rede de computadores, bem como acesso ao site do TCF, a fim de responder ao problema e aos objetivos propostos nesta pesquisa.

## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE O NAZISMO NA ALEMANHA E A NECESSIDADE DE NORMAS REGULATÓRIAS SOBRE DISCURSOS REFERENTES AO HOLOCAUSTO.

Hannah Arendt (2013) esclarece que o totalitarismo criou instituições políticas novas, destruindo todas as tradições sociais, legais e políticas do país. Com isso, independente da tradição nacional ou da fonte espiritual particular da sua ideologia, o governo totalitário em suas diversas formas de existir, transformou as classes em massas e substituiu o sistema partidário por um movimento de massa, em que transferiu o centro do poder do Exército para a política, e com isso, estabeleceu uma política exterior que abertamente objetivava o domínio mundial.

Essa forma de governo totalitário não poderia existir sem destruir a esfera privada da vida pública, ou seja, por meio do isolamento dos homens, destruiu as suas capacidades políticas. Ocorre que, o domínio totalitário como forma de governo é novo ao não se contentar com tal isolamento, destruindo também a vida privada. Assim, é baseado na solidão, na experiência de não pertencer ao mundo. Arendt (2013) ressalta que essa é uma das mais radicais e desesperadas experiências que o ser humano pode ter.

Nesse cenário, o que torna a solidão algo insuportável, é a perda do próprio eu, que pode ocorrer quando se está a sós, mas que a identidade apenas é confirmada pela companhia confiante e fidedigna dos iguais. Com isso, "o homem perde a confiança em si mesmo como parceiro dos próprios pensamentos, e perde aquela confiança elementar no mundo que é necessária para que se possam ter quaisquer experiências. O eu e o mundo, a capacidade de pensar e de sentir, perdem-se ao mesmo tempo" (ARENDR, 2013, p. 484).

Foi essa experiência de total apagamento do eu que o nazismo causou nos grupos perseguidos naquele período. A identificação de um "inimigo comum", marginalizando sua existência e extinguindo sua humanidade foi o processo mais cruel enfrentado na história. A manipulação das massas se deu através do discurso de ódio destinado à comunidade judaica e outros povos perseguidos, e é por isso que a situação peculiar da Alemanha ao enfrentar os limites da liberdade de expressão é diferente de qualquer outro país.

Um exemplo muito utilizado de comparação entre jurisprudências é a dos Estados Unidos da América com a Alemanha. No caso dos EUA, a liberdade de expressão inclui o direito de expressar mensagens de ódio, e é visto como um direito prioritário que normalmente prevalece sobre interesses envolvendo a dignidade, a honra, a civilidade e a igualdade. Assim, é visto como uma forma de discurso, e não de conduta, apesar de que a expressão desse discurso pode ser doloroso para outra pessoa. Nesse cenário, “o direito internacional e a maioria dos ordenamentos jurídicos não-americanos atribuem maior proteção à dignidade, honra e igualdade dos destinatários do discurso do ódio” (BRUGGER, 2007, p. 118).

No caso da Alemanha, principalmente quando o discurso de ódio diz respeito ao Holocausto, verifica-se que a razão para criminalizar tal ato, e até mesmo a negação do Holocausto, é que praticamente todos os políticos, tribunais e a própria Corte Constitucional Federal supõem que essa negação consubstancia difamação de grupos e o incitamento ao ódio. A Alta Corte Federal julga nesse sentido e a Corte Constitucional Federal mantém essa visão:

“Por si só, o fato histórico de que seres humanos eram diferenciados de acordo com os critérios dos ‘Atos de Nuremberg’ e destituídos de sua dignidade com o objetivo de serem exterminados, coloca os judeus que vivem na República Federal da Alemanha em uma relação pessoal diferenciada vis-à-vis seus concidadãos; o passado ainda está presente nessa relação hoje. É parte de sua própria percepção pessoal e de sua dignidade de que eles sejam vistos como pertencentes a um grupo de pessoas que se destaca em razão de seu curso de vida, em relação ao qual todos os outros possuem uma responsabilidade moral especial. De fato, o respeito por essa percepção de si próprios é, para cada um deles, uma das garantias contra a repetição de tal discriminação e constitui a condição básica para a vida deles na República Federal. Quem quer que busque negar esses eventos, nega a cada um deles o valor pessoal a que eles têm direito. Para a pessoa afetada, isso significa a continuação da discriminação contra o grupo a que ela pertence, bem como contra ela própria [...] [E também que nada mudou] quando se considera que a postura da Alemanha em relação ao seu passado nazista e às consequências políticas dele [...] é uma questão de essencial interesse para o público. É verdade que, naquele caso, existe uma

presunção em favor da liberdade de expressão. Porém, essa presunção não se aplica se a manifestação verbal constitui um crime de insulto formal ou difamação, ou se a manifestação verbal ofensiva está baseada em afirmativas de fato que foram provadas inverídicas." (90 BVerfGE 241, 251 f., 254 (1994) = Decisões 620, p. 628 f., 630 apud BRUGGER, 2007, 132-133).

Diante disso, criminalizar discursos envolvendo a situação judaica e/ou a simples negação do Holocausto não encontra fundamento de justificação nos termos da doutrina tradicionalmente aceita acerca da liberdade de expressão. Tal criminalização é justificada em face do que significou o Holocausto para os alemães, em que milhares de judeus e outras minorias foram dizimadas durante o período nazista. No contexto da identidade alemã, esse fato ainda é um evento traumático, que pode ser expresso pelas palavras "Nunca Outra Vez!". Assim, "com base nessa máxima, a invasão da liberdade de opinião quanto ao Holocausto é considerada justificada mesmo se os princípios doutrinários correntes sobre a liberdade de expressão são substancialmente restringidos (BRUGGER, 2007, p.133-134)".

É nesse cenário que quando chamamentos à ação que sejam baseados em teorias da superioridade racial e inferioridade são divulgados, o discurso de ódio possui uma aproximação com o crime de ódio, e as alegações consequentialistas apontam para resultados danosos, o argumento de autonomia não é determinativo, tendo em vista que pode ser levantado pelo orador e pelo destinatário. Punir esses incitamentos está previsto nos arts. 130, 185 e seguintes do Código Penal Alemão. Nesses casos, os ofensores são vistos como violadores da dignidade humana e da honra do grupo atacado, ameaçando os direitos dos membros do grupo à segurança e à integridade física, mesmo que a conduta do ofendido possa não estar enquadrada em instigação criminal e não haja clareza quanto ao perigo iminente à paz pública (BRUGGER, 2007).



## 2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DISCURSO DE ÓDIO E A DECISÃO 1 BVR 497/20 DO TCF

O avanço das tecnologias é um fenômeno observado por diversas áreas do conhecimento. Manuel Castells (2016) considera que há uma sensação de desorientação intensificada a partir da revolução tecnológica no âmbito da comunicação. Isso ocorre porque as comunicações de massa tradicionais estão presentes atualmente em um sistema de redes horizontais de comunicação que são organizadas em torno da internet e da comunicação sem fio, introduzindo uma multiplicidade de padrões de comunicação na base da transformação cultural que é fundamental, tendo em vista que a virtualidade está se tornando uma dimensão essencial da realidade humana.

A sociedade em rede, portanto, se constitui como um sistema global, que expressa a nova forma de globalização que é característica da atualidade. Ao mesmo tempo em que as redes globais incluem algumas pessoas e territórios, elas também excluem outros, o que gera uma desigualdade social, econômica e tecnológica. Essa sociedade em rede é definida por Castells (2016) como uma nova estrutura social em formação, que é constituída por redes em todas as dimensões fundamentais da organização e da prática social.

Com o avanço da internet e dos meios de comunicação de massa, o espaço para manifestações de discursos de ódio assume uma dimensão de alto impacto. O problema central envolvendo essa questão gira em torno dos prejuízos e consequências que gera na vida dos indivíduos alvos desses discursos. Minorias religiosas, discriminação de gênero, raça e orientação sexual, assim como discursos xenofóbicos são os casos mais recorrentes dessas formas de manifestações. O avanço da intolerância e nacionalismos de cunho agressivo resultam em um elevado índice de discursos de ódio proferidos principalmente na internet, em que há uma hostilidade com quem pertence a tais grupos sociais.

Diante desse contexto, o caso a ser discutido diz respeito a uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCFA) a respeito da apreciação da constitucionalidade da condenação criminal em casos de manifestações antissemita veiculados em páginas da internet por um partido

político. A decisão foi proferida em 07 de julho de 2020 pela Segunda Câmara do Primeiro Senado, em que, apesar de não se admitir para julgamento a reclamação constitucional, a decisão foi de suma importância para esclarecer novamente argumentos a respeito da liberdade de expressão, principalmente no que conduz ao discurso de ódio contra a comunidade judaica.

A decisão afirma que a Lei Fundamental não possui um princípio geral antinazista que permita proibir a disseminação das ideias extremistas de direita e nazistas apenas com base nas crenças e opiniões expressas. A própria lei garante nos artigos 5.1 e 5.2 a liberdade de opinião como liberdade de pensamento, independentemente de o conteúdo de uma opinião ser correto ou apresentar perigo. O que ocorre é que as restrições impostas à liberdade de opinião são permitidas pelo direito constitucional quando as declarações constituam uma violação ou uma ameaça específica aos bens jurídicos. Como exemplo, cita-se incitar o ódio contra grupos ou pessoas, de forma que viole a tranquilidade de uma discussão pública (1 BvR 497/20).

O fato em questão ocorreu quando uma transmissão de TV informou que o diário oficial de um município da Renânia do Norte-Vestfália foi publicado por uma editora cujo proprietário também distribuiu publicações com antecedentes extremistas de direita por meio de outra editora. O presidente de uma comunidade judaica da região solicitou que o município alterasse a editora de seu diário oficial. Logo após, o recorrente, que era líder de uma filial local do partido Die Rechte, publicou um artigo no site do partido, contendo declarações depreciativas destinadas aos judeus em geral e ao presidente da comunidade judaica em particular, criticando a suposta influência de organizações judaicas na política alemã e solicitando um boicote geral à comunidade (1 BvR 497/20).

Diante de tais declarações, os tribunais regionais o condenaram, sendo que o requerente já possuía condenações anteriores por incitação ao ódio e insulto, com um período de seis meses de prisão sem direito a liberdade condicional. O requerente contestou tal decisão alegando que violava sua liberdade de expressão disposta no artigo 5.1 da Lei Fundamental. O Tribunal Constitucional Federal não admitiu a reclamação constitucional para decisão (1 BvR 497/20).

Sobre o caso, algumas considerações podem ser levantadas. A possibilidade de o Estado ou a própria comunidade regularem o conteúdo da liberdade de expressão e as suas formas de veiculação já é um assunto antigo e complexo. Ingo Sarlet (2019) esclarece que desde a Declaração de Direitos Inglesa de 1689, a liberdade de expressão e informação, apesar de não constar como um direito fundamental constitucional, já estava presente nos catálogos das constituições de Estados Democráticos, assumindo a posição de um direito humano nos tratados internacional e regionais, como a Declaração Interamericana de Direitos Humanos, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a própria Carta europeia de Direitos Fundamentais.

A liberdade de expressão é um direito humano, garantido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), em seu artigo XIX que dispõe: "todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras" (DUDH, 1948, n.p).

A discussão a respeito da ponderação dos direitos fundamentais como a liberdade de expressão e os demais, impacta diretamente o modo como se enfrenta o discurso de ódio. Nesse sentido, Sarlet (2019) argumenta sobre a necessidade de adotar uma compreensão mais ou menos restritiva acerca da definição jurídica do discurso de ódio, ou seja, uma definição de quais manifestações podem ou não ser enquadradas nesse conceito e até que momento podem ser reprimidas. As diferenças entre os ordenamentos jurídicos a respeito dessa posição preferencial da liberdade de expressão em matéria de discurso de ódio são significativas. Para tanto, utilizar-se-á aqui o caso da Alemanha.

No país germânico, o conceito de discurso de ódio é mais amplo, o que possibilita impor maiores limites à liberdade de expressão, especialmente quando envolve discursos negando o Holocausto ou que veiculem algum conteúdo discriminatório. Sarlet (2019) menciona como exemplo a decisão (1 BvR 673/18) de 22 de junho de 2018, do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCFA), que dispôs acerca da compatibilidade com a Lei Fundamental e com a liberdade de expressão presente no artigo 5º, 1, a criminalização e punição de indivíduos que negarem o genocídio nacional-

socialista. No caso mencionado, objeto de julgamento e não admitido para decisão de reclamação constitucional (Verfassungsbeschwerde), tratava-se de impugnação da “decisão que havia condenado a reclamante por ter negado a ocorrência do extermínio levado a efeito no campo de concentração de Auschwitz-Birkenau” (SARLET, 2019, p. 1214).

Para o Tribunal, negar o genocídio extrapola qualquer fronteira a respeito de um embate de ideias pacífico na esfera pública. Sarlet (2019, p. 1215) argumenta que o TCFA se mostra “progressivamente mais liberal e favorável a uma posição fortalecida da liberdade de expressão, em situações mais sensíveis como a do discurso de ódio e particularmente marcadas pelos atos praticados no período nacional-socialista, manifestações de tal natureza devem ser objeto de reprimenda”.

Nesse mesmo sentido que ocorreu o julgamento em questão trabalhado nesta pesquisa, tendo em vista que na fundamentação da decisão, o Tribunal sustenta que a liberdade de opinião proíbe que o Estado interfira nas crenças de um indivíduo. Considerando que a liberdade de opinião é um direito fundamental, interferir em tal direito só pode ser permitido quando as declarações não refletirem apenas atitudes e crenças internas, mas se transformarem em violações ou perigos para interesses legalmente protegidos. Ou seja, em casos em que o discurso ameaça a paz pública, resultando em uma violação legislativa. Ao apreciar essas declarações, os tribunais devem levar em conta os efeitos específicos no contexto em que estão inseridos. A história alemã possui experiências particulares no que diz respeito à privação de direitos e o genocídio da comunidade judaica, que foi acompanhado pelo incitamento ao ódio a esse povo (1 BvR 497/20).

Falar “judeu” de forma depreciativa requer analisar se a declaração visa instigar o ódio, endossando uma ideologia nazista, o que resulta em uma estigmatização desumana dos judeus. O tribunal sustenta que é a própria expressão e o seu contexto imediato que permanece decisivo nessa análise, e não a atitude interna ou o programa do partido que pode formar o pano de fundo para uma expressão. Isso quer dizer que os tribunais consideraram as manifestações como uma incitação ao ódio contra a população judaica não apenas devido à orientação ideológica geral do requerente e seu partido, mas devido às próprias declarações (1 BvR 497/20).

Nesse sentido, presumir que o insulto nesses casos é dirigido a todos os judeus é válido apenas quando as asserções são vistas não como empíricas, mas como estereotipadas, ou seja, decorram de atribuições com características negativas que os indivíduos que recebem o discurso não podem se defender, não existindo prova ou contraprova (BRUGGER, 2007). Esse é o caso da utilização da expressão "judeu" de forma depreciativa, o que garante que o tribunal possa condenar o uso dessa expressão a partir de tal fundamento.

A ideia de *hate speech* pode levar à compreensão de essa forma de discurso se dar em uma linguagem agressiva, insultuosa ou com termos claramente ofensivos e discriminatórios. Entretanto, nem sempre é materializado nesses termos. Ele pode ser disfarçado em um discurso sério e contido, inclusive com caráter político, acadêmico ou científico, com uma certa aparência de racionalidade, desprovida de emotividade. A utilização de eufemismos pode camuflar uma forma de ironia e sarcasmo com duplo sentido que atinge grupos minoritários, e isso pode ocorrer em manifestações artísticas, jornalísticas e humorísticas (ANDRADE, 2021).

No caso julgado pelo Tribunal Alemão, foi reconhecido o objetivo do requerente em incitar o ódio contra a população judaica quando usou termos da propaganda antissemita nazista como "judeu atrevido", garantindo ênfase aos homens da "Waffen-SS". Ainda, pelo chamado a boicotar a comunidade judaica e pela clara acusação de uma suposta influência das organizações judaicas na política alemã, que levaria a uma suposta "conspiração mundial judaica". A retórica nazista também restou presente quando o anúncio do partido político do requerente apontou a necessidade de "reduzir a influência das organizações judaicas na política alemã a exatamente zero no menor tempo possível".

Diante disso e considerando a experiência histórica da Alemanha, realizar tais declarações verbalmente, baseadas em uma ideologia nazista e dirigidas à população judaica, constitui-se uma ameaça específica que afeta a paz social. Assim, o delito de incitação nos termos do § 130.1 do Código Penal serve para proteger desse mesmo perigo.

O art. 130 dispõe:

“Quem, de forma capaz de perturbar a paz pública, (1) incitar ódio contra segmentos da população ou propor medidas violentas ou arbitrárias contra eles, ou (2) violar a dignidade humana de outros por meio de ofensas, maliciosamente degradando e caluniando parte da população, será punido com prisão não inferior a três meses e não excedente a cinco anos [...]” (StGB, 1975, n.p).

Enquanto o § 2º dispõe sobre a proibição de publicações, definindo discurso do ódio ao mencionar o incitamento do ódio contra “grupos determinados por nacionalidade, raça, religião ou origem étnica [...]”, o § 3º trata de uma emenda criada em 1994, referente à punição de todas as formas de negação, mentira e aprovação do Holocausto, perturbando a paz pública. “A razão dessa emenda foi a de que nem todos os casos relativos ao Holocausto se enquadravam nos tipos penais de ofensa acima mencionados” (BRUGGER, 2007, p. 121-122).

Verifica-se, assim, como a Constituição e a jurisprudência alemã pressupõem um limite à liberdade de expressão absoluta, na medida em que contraposto ao direito à honra pessoal, presente no art. 5º (2), à personalidade, constante no art. 2º (1) e à dignidade humana, disposto no art. 1º (1), estes prevalecem limitando a liberdade de expressão. Apesar de tal limitação, a Corte reconhece a importância da liberdade de expressão ao formar opiniões, e que estas são fundamentais para a autonomia do indivíduo. “A Corte alemã também reconhece a importância da livre troca de informações e idéias para sustentar a busca da verdade, legitimar a democracia, ajudar a tomada de decisões em assuntos privados e públicos e eliminar a necessidade de recorrer à violência física”. (BRUGGER, 2007, p. 123).

Importante mencionar ainda algumas considerações a respeito da reclamação constitucional. Esse instituto consiste na ação constitucional para efeitos de proteção judiciária dos direitos fundamentais, por parte do TCF. A definição de direitos fundamentais, é determinada por ela, em parte, tendo em vista que se trata de prerrogativa exclusiva dos direitos fundamentais. Assim, é possível conceituar, em uma perspectiva formal, direitos fundamentais como aqueles preceitos da Lei Fundamental em que é cabível a reclamação constitucional (SARLET; GODOY, 2021).

O TCF ao atuar na esfera do controle concentrado de normas, possui a competência exclusiva, em seara federal, “para o conhecimento da admissibilidade e

juízo com efeito 'erga omnes' e eficácia vinculante, com força de lei, da reclamação constitucional – Verfassungsbeschwerde – de acordo com o que dispõe o artigo 92, §4º, letra 'a', LF" (SARLET; GODOY, 2021, p. 310).

O princípio da dignidade humana já consta no primeiro artigo da Lei Fundamental, sendo considerado também um direito fundamental com eficácia direta e de poder vinculante, servindo como limite material a qualquer reforma constitucional (SARLET; GODOY, 2021). A dignidade humana está presente em diversos tratados internacionais de direitos humanos e constituições democráticas, inclusive sendo preceituada na Constituição Federal Brasileira, de modo que serve como base para a fundamentação de tribunais a fim de garantir que as pessoas não sejam instrumentalizadas, respeitando a condição humana de cada um.

Esse princípio além de ser fundamental para o contexto histórico da Alemanha, considerando o período nazista que instrumentalizava as pessoas para atingir aos fins de sua ideologia, também é essencial para fundamentar decisões a respeito de outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e opinião. É nesse sentido que pode se impor um limite à liberdade de opinião, na medida em que a expressão de tal liberdade, ao ferir a dignidade humana de qualquer pessoa, deve ser limitada. Assim, a dignidade humana pode servir como um "padrão de medição" para limitar um direito fundamental, quando este for contrário ao que preceitua tal princípio.

As liberdades de expressão, comunicação e informação presentes no artigo 5º da Lei Fundamental, ocupam um espaço central ao tratá-las como condição necessária para a democracia. São essas as liberdades fundamentais mais prejudicadas e violadas em regimes autoritários, e é mediante o seu exercício que se torna possível uma oposição e combate a esses regimes. Considerando em específico o caso da Lei fundamental, e as experiências vividas pela Alemanha durante a ditadura nacionalsocialista, tais liberdades comunicativas merecem destaque no processo de elaboração do texto constitucional, e ainda, são objeto de uma vasta reflexão doutrinária, estando presente recorrentemente no âmbito do TCF. É nessa mesma esfera que "foram desenvolvidas algumas das categorias dogmáticas mais relevantes no campo dos direitos fundamentais, mas também do direito constitucional em geral." (SARLET; GODOY, 2021, p. 323-324).

O art. 5º, 1 da Lei Fundamental dispõe que

“todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura”. (LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, 2022, p. 17).

Ainda, é ressaltado no § 2º do mesmo artigo, que tais direitos não são de caráter absoluto, encontrando limites nas leis gerais, nas regras legais para a proteção da juventude e ainda no direito à honra pessoal. Sarlet e Godoy (2021) argumentam no sentido de que a LF diferencia a liberdade de expressão individual, manifestada pela liberdade de opinião, da liberdade de comunicação, que é vista como a liberdade de imprensa, reconhecendo ainda a liberdade de informação. Todas elas estão sujeitas a um conjunto de limites e possibilidades de intervenções restritivas.

De forma diversa do que ocorreu em outros países, as liberdades de expressão, comunicação e informação, ao considerar a Lei Fundamental, não ocupam uma “posição preferencial verificável a priori, mas que de algum modo foi sendo reconhecida pelo TCF ao longo do tempo, mediante um conjunto de decisões que fortaleceram as liberdades comunicativas”, resultando atualmente em uma “posição preferencial relativa, ou, se assim quisermos, de uma posição preferencial *prima facie*”. (SARLET; GODOY, 2021, p. 324-325).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É nesse contexto que se situa o discurso de ódio, que na Alemanha, passa a receber um tratamento mais rigoroso do que em outros ordenamentos jurídicos. Sarlet e Godoy (2021) mencionam a reiterada jurisprudência do TCF a respeito da legitimidade constitucional em criminalizar a negação do Holocausto. O fundamento de grande parte das decisões também se dá com o argumento de tais manifestações colocarem em perigo a paz pública, tanto na esfera da discussão política, quanto na



proteção de grupos de pessoas e povos que foram massacrados naquele período. É possível aqui relacionar com o caso comentado neste trabalho, na medida em que a paz pública foi invocada novamente na decisão do TCF, tendo em vista que manifestações de cunho antissemita tendem a alterar a preservação de uma paz social, estigmatizando a comunidade judaica.

No decorrer desta pesquisa, foi possível demonstrar como ocorre os limites da liberdade de expressão na Alemanha, no que diz respeito aos discursos de ódio. A partir da comparação com os Estados Unidos da América, em que a liberdade de expressão possui um caráter praticamente absoluto, verifica-se como a Alemanha, a partir de seu histórico peculiar, possui uma limitação no que diz respeito a discursos de ódio, principalmente quando estes ferem minorias e grupos perseguidos durante o Holocausto, como a comunidade judaica.

A importância do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha também foi ressaltada no sentido de compreender a sua importância para a manutenção de um Estado Democrático de Direito, a partir do respeito e efetivação da Lei Fundamental. Diante desse contexto, a decisão do TCF a respeito da inadmissão da reclamação constitucional de que haveria uma violação da liberdade de expressão disposta no art. 5.1 da Lei Fundamental, foi essencial para trabalhar como um caso base a ser aqui discutido, tendo em vista que oportunizou discorrer a respeito de temas centrais para refletir sobre a liberdade de expressão como direito fundamental na Alemanha, tais como: o TCF; a Lei Fundamental; o período que a Alemanha viveu até a reunificação, com breves considerações sobre o nazismo e o esvaziamento da humanidade presente no indivíduo pertencente à comunidade judaica; a colisão entre direitos fundamentais como liberdade de expressão e a dignidade humana, o direito à honra e à privacidade; e por fim, a compreensão de como as decisões na Alemanha são fundamentadas no que diz respeito a discursos de ódio proferidos à comunidade judaica.

Assim, respondendo ao problema inicialmente proposto, verifica-se que os limites da liberdade de expressão na esfera da Lei Fundamental ocorrem a partir do momento em que o discurso proferido é entendido como discurso de ódio, e quando ele afeta diretamente a dignidade humana, o direito à honra ou à privacidade. Especial tratamento e maior delimitação ocorre ainda quando tais discursos são proferidos à

comunidade judaica, principalmente quando se dá em sentido pejorativo, tal como aconteceu na decisão comentada, em que se verificou um caso claro de antissemitismo, com declarações depreciativas destinadas aos judeus e à comunidade judaica em particular, no sentido de uma influência dessas comunidades na política alemã, a partir da sugestão de um boicote geral à comunidade, além da referência de modo depreciativo como "judeu". Tais manifestações alteram a paz pública e são reconhecidas como discurso de ódio.

## REFERÊNCIAS

1 BvR 497/20. Second Chamber of the First Senate Order of 7 July 2020. Disponível em:

[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/07/rk20200707\\_1bvr047920en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/07/rk20200707_1bvr047920en.html). Acesso em: 20 ago. 2022.

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo e totalitarismo. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. REVISTA EMERJ, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 9-34, Jan.-Mar. 2021. Disponível em:

[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista\\_v23\\_n1/revista\\_v23\\_n1.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v23_n1/revista_v23_n1.pdf). Acesso em: 18 out. 2022.

AVERBECK-LIETZ, Stefanie. Epistemologia da ciência do periódico à "ciência da liderança nacional-socialista": como os estudos de imprensa adotaram o regime nazista na Alemanha. **Famecos**. v. 21 n. 2 (2014). <http://dx.doi.org/10.15448/1980-3729.2014.2.18248>. Acesso em: 24 out. 2022.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. **Revista Direito Público**. v. 4 n. 15 (2007): Jan-Fev-Mar. P. 117-136. Disponível em:

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1418/884>. Acesso em: 23 out. 2022.

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

DUDH. Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: Rio de Janeiro: UNIC - ONU, 2009. Acesso em: 17 out. 2022.

LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 21 out. 2022.

SARLET, Ingo. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso de ódio nas mídias sociais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019. doi: 10.21783/rei.v5i3.428. Acesso em: 24 out. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **História constitucional da Alemanha**: da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021.

StGB. German Criminal Code (**Strafgesetzbuch** – StGB). Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html). Acesso em: 25 out. 2022.



## 12. A PROTEÇÃO DA LIBERDADE ARTÍSTICA: ANÁLISE À LUZ DO CASO MEPHISTO JULGADO PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

*THE PROTECTION OF ARTISTIC FREEDOM: ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE  
MEPHISTO CASE JUDGED BY THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL  
COURT*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-12>

*Lorena Nunes Gonçalves<sup>1</sup>*

### RESUMO

O direito à liberdade artística está positivado no artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, recebendo o status de Direito Fundamental. Assim, defende-se que a referida liberdade possui um âmbito de proteção próprio, bem como suas particularidades, no que diz respeito aos seus limites e restrições. No entanto, apesar da norma constitucional positivar o direito à manifestação artística sem qualquer reserva legal explícita, sabe-se que no plano fático, princípios colidem entre si. Portanto, este trabalho busca analisar se a liberdade artística merece proteção jurídica, mesmo quando ofende os direitos da personalidade de terceiros, e, em caso afirmativo, em que circunstâncias. Para isso, será utilizado o caso "Mephisto" (BVERFG 30, 173), julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA), como base para introduzir, naquilo que for compatível, o conteúdo do direito à liberdade artística em solo pátrio. A metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva, partindo-se de uma hipótese geral acerca do direito em espécie para, em sequência, avaliar uma circunstância de conflito que o envolve. Quanto à técnica de pesquisa, utiliza-se o estudo bibliográfico e documental.

Palavras-chave: caso Mephisto, direitos de personalidade, liberdade artística, liberdade de expressão.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Bolsista integral CAPES/PROEX. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais – GEDF. Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNDB. E-mail: lorenanunesg@gmail.com.

## ABSTRACT

The right to artistic freedom is positively stated in Article 5, item IX, of the Federal Constitution of 1988, receiving the status of a Fundamental Right. Thus, it is argued that this freedom has its own scope of protection, as well as its own particularities, regarding its limits and restrictions. However, despite the constitutional rule positing the right to artistic expression without any explicit legal reservation, it is known that in the factual level, principles collide with each other. Therefore, this paper seeks to analyze whether artistic freedom deserves legal protection, even when it offends the personality rights of others, and, if so, under what circumstances. For this, we will use the "Mephisto" case (BVERFGE 30, 173), judged by the German Federal Constitutional Court, as a basis to introduce, insofar as compatible, the content of the right to artistic freedom on Brazilian soil. The methodology used is hypothetical-deductive, starting from a general hypothesis about the right in question and then evaluating a circumstance of conflict that involves it. As for the research technique, bibliographical and documental studies are used.

Keywords: Mephisto case, personality rights, artistic freedom, freedom of expression.

## INTRODUÇÃO

Dentre as importantes decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCFA), o caso Mephisto (*BVERFGE* 30, 173) configura um dos marcos jurisprudenciais acerca da tutela da liberdade de expressão artística em território alemão. Nesse sentido, partindo-se para uma breve contextualização do caso, pode-se dizer que a reclamante, a Editora do livro "Mephisto – romance de uma carreira" de Klaus Mann, alegou violação aos artigos 1º, 2 I, 5 I e III, 14 e 103 I GG, bem como ao princípio da proporcionalidade e segurança jurídica, por ter sua obra censurada por decisão do Tribunal Federal (BGH), em 20 de março de 1968 (MARTINS; SCHWABE, 2005, p. 495-96).

A proibição da citada obra literária se deu porque o protagonista do livro, Hendrik Höfgen, tinha muita similaridade com o ator Gustav Gründgens, notória celebridade alemã que possuía valores maleáveis. O escritor Klaus Mann, ex-cunhado de Gustav Gründgens, decidiu retratar sua indignação por meio de uma obra

literária satírica,

"Mephisto – romance de uma carreira", narrando a história do personagem Hendrik Höfgen, um ator talentoso e de caráter duvidoso, que tinha comportamentos muito parecidos com os de Gründgens. (PACHECO, 2019).

Assim, conforme explicou Klaus Mann, seu livro tem uma função engajada, a fim de retratar e expor o intelectual corruptível, que renuncia aos seus ideais em troca de fama, poder e fortuna. No mais, esclareceu que Gustav Gründgens era apenas um exemplo, dentre vários indivíduos, que tiveram atitudes compatíveis com as de seu personagem fictício (PACHECO, 2019).

Certo é que o livro foi publicado em 1936, pela Editora Querido, em Amsterdã; e, posteriormente, após o falecimento de Klaus, em Aufbauverlag, atingindo um alto número de vendas (PACHECO, 2019). Entretanto, de outro turno, os familiares de Gründgens não estavam satisfeitos com a publicação do livro, especialmente o filho adotivo do ator, que ingressou com uma ação a fim de tutelar a honra, imagem, memória e reputação do seu falecido pai (GODOY, 2020).

À vista disso, o livro teve sua circulação proibida por decisão final do Tribunal Federal (BGH) em 1968, seguindo o entendimento do Superior Tribunal Estadual de Hamburg, que decidiu a favor da honra, imagem, reputação e memória do falecido ator (MARTINS; SCHWABE, 2005, p. 495-96).

Não obstante, em fevereiro de 1971, os editores de livro inconformados com o entendimento jurisdicional acerca do caso, ingressaram com uma Reclamação Constitucional no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCFA), que decidiu pela improcedência da ação, apesar do empate de votos no Primeiro Senado. (MARTINS; SCHWABE, 2005, p. 496-500). Nesse sentido, apesar do TCFA reconhecer o direito à plena liberdade artística (Art. 5 III GG) na Constituição (*Grundgesetz*), a proteção dos direitos da personalidade também é constitucional e, por isso, a Corte primou pela preferência ao princípio da dignidade da pessoa humana, fixado no artigo 1 I da *Grundgesetz*.

À vista disso, pretende-se, neste trabalho, esmiuçar o âmbito de proteção do direito à liberdade artística, com base nas diretrizes formadas pelo TCFA no caso "Mephisto", aproximando-se, no que for possível, aos contornos que a doutrina, jurisprudência e legislação brasileira vem se pronunciando acerca da matéria.

Posteriormente, será analisado como o direito à liberdade artística, positivado no artigo 5º, IX, da Constituição Federal de 1988 se comporta quando colide com os direitos da personalidade, também assegurados constitucionalmente.

## 1 APROXIMAÇÕES DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE ARTÍSTICA NO BRASIL E ALEMANHA

A livre manifestação da atividade artística é um direito fundamental positivado no artigo 5º, inciso IX, do Título II da CF/88, que afirma: "é livre a expressão da atividade intelectual, **artística**, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" (BRASIL, 1988) (*grifo nosso*). Nesse sentido, conforme preceitua José Afonso da Silva, todas essas liberdades ora citadas são formas de difusão e de expressão do pensamento, envolvendo, cada uma à sua maneira, sentimentos, saberes intelectuais, conceptuais e intuitivos (SILVA, 2009, p. 253).

Por conseguinte, os constituintes, ao promulgarem a Constituição Federal de 1988, instaurando um processo de redemocratização do país, entenderam que as liberdades em geral e, principalmente, o direito à livre expressão possui um papel fundamental para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Logo, os legisladores não pouparam esforços para garantir mecanismos que assegurassem a liberdade de os cidadãos se manifestarem, como o artigo 5º, inciso IV, inciso VI e IX; art. 206, II e art. 220, caput e § 2º da norma constitucional (BRASIL, 1988).

Em uma análise minuciosa, conclui-se que o texto constitucional brasileiro prima pelas liberdades e veda qualquer forma de censura política, ideológica ou artística. Isso porque, conforme explica o Min. Luís Roberto Barroso, a Constituição de 1988 foi fruto de um período acidentado, que resultou em intensas restrições aos direitos e garantias fundamentais, assim, a necessidade de afirmar e de reafirmar a liberdade de expressão e os demais direitos fundamentais se justifica neste histórico nebuloso que o Brasil sofreu durante o regime militar (BRASIL, 2015, p. 146).

À vista disso, o Supremo Tribunal Federal vem consagrando à liberdade de expressão uma propensão *prima facie* quando colidida com outros direitos fundamentais. Essa primazia, importante mencionar aqui, não confere ao referido direito um caráter absoluto ou superior aos demais, apenas transfere o ônus de



demonstrar e de justificar a restrição à parte que se sentiu ofendida (BRASIL, 2015, p. 147).

No mais, ainda se tratando dessa posição preferencial concedida à liberdade de expressão, o STF, na Reclamação Constitucional nº 38.782/RJ, relativa ao “Especial de Natal Porta dos Fundos: a primeira tentação de Cristo” afirmou que tal primazia não se estende somente à liberdade de expressão – aqui entendida como gênero – mas, também às liberdades em espécies, quais sejam: a liberdade artística, intelectual, científica e de comunicação (BRASIL, 2020, p. 43, 44 e 78). O que enseja dizer, portanto, que a liberdade artística deve ser vista sob a ótica da posição preferência em casos de colisão com outros direitos fundamentais.

Todavia, como bem destaca Leonardo Martins (2015, p. 38), tona-se bastante complicado tutelar um direito fundamental sem antes definir qual é a matéria que está sendo analisada. Nesse sentido, quando se fala em liberdade artística, definir um conceito de arte, ao menos para fins jurídicos, tem extrema importância para direcionar o Judiciário a estatuir pela prevalência, ou não, da liberdade artística sobre outro bem tutelado juridicamente.

Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA), a partir do caso “Mephisto”, ora detalhado acima, formulou alguns conceitos de arte que podem ser utilizados para fins jurídicos. Assim, conforme a doutrina vem discorrendo, a arte pode ser definida em seu sentido “material”, que significa que a atividade artística é uma forma de expressão em que o indivíduo tem liberdade de constituir sua manifestação com base em suas experiências e impressões (MARTINS; SCHWABE, 2005, p. 497).

Ainda para fins jurídicos, um outro conceito formulado para tentar delimitar o objeto do direito à liberdade artística é a classificação de arte no sentido “formal”, que consiste em taxar uma manifestação como arte se, e somente se, ela puder ser enquadrada em algum ramo artístico já pré-existente, como o teatro, a escultura, a pintura etc. (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 281). Por fim, ainda há que se falar na definição de arte como “conceito aberto”, ou, “teoria dos sinais”, que ganhou forma através do caso o *Anachronistic Procession* (BVerfGE 67, 213), ocasião que o TCFA assentou que um dos critérios para conceder o título de arte para uma expressão seria a possibilidade de atribuí-la vários significados. Ou seja, uma manifestação

artística seria classificada como arte se diferentes pessoas a interpretasse de formas diversas (BRÖHMER; HILL; SPITZKATZ, 2012, p. 480).<sup>2</sup>

Posto isto, vislumbra-se que o Judiciário<sup>3</sup> possui dificuldades em determinar, com exatidão, um conceito de arte que abranja, não somente todas as manifestações artísticas já pré-existentes, como também aquelas que estão por vir. Nada obstante, apesar da incapacidade da Corte em constituir uma fórmula taxativa para classificar todas as criações que o ser humano é capaz de formar, ao menos chegou-se à conclusão – acertada, penso –, que o Estado não possui a legitimação para definir o valor de uma obra e, portanto, o grau de tutela jurídica atribuída à expressão, com base apenas em critérios estéticos, visto que a beleza (ou a falta dela), não são pressupostos jurídicos para o exercício da proteção de um bem (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 282).

Dessa forma, muito resumidamente, pode-se afirmar que ao âmbito de proteção do direito à liberdade artística, ao menos corriqueiramente, é dividido em âmbito de criação ou de produção, atinente ao momento em que o artista confecciona a sua obra de arte e/ou passa por seu momento criativo, e âmbito de divulgação ou efeito, referente à possibilidade de exposição, divulgação e/ou apresentação da obra. Certo é que ambas as áreas (criação e divulgação da obra) devem ser protegidas de forma igualitária, não havendo hierarquia entre ambas. Inclusive, em muitos casos, a criação e divulgação da obra se dá simultaneamente, como é o caso das performances artísticas. (MARTINS, 2015, p. 43-5).

---

<sup>2</sup> No mais, fora essas teorias apresentadas, ainda pode-se citar a classificação de arte através do "reconhecimento de terceiros", mas que, todavia, não iremos abordar com profundidade neste artigo, em virtude do necessário recorte da matéria.

<sup>3</sup> Na Corte Constitucional Alemã, mediante o caso *Anachronistic Procession* (BVerfGE 67, 213), definiu-se que é infactível formular uma definição universal de arte que abranja todos os tipos de manifestação artística, visto que o objetivo da "vanguarda" é justamente expandir os limites do seu objeto.

## 2 O POSICIONAMENTO DO TCFA NO CASO MEPHISTO E A AFRONTA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Como bem explica Ingo Sarlet (2018, p. 406-407 e 410-412), nenhum direito fundamental é absoluto, logo, todos estão passíveis de sofrerem restrições em seu âmbito de proteção. Esse tipo de intervenção, diga-se de passagem, pode ser ocasionada de ao menos três formas: por expressa disposição constitucional, por uma reserva legal ou por colisões com outros direitos fundamentais no plano concreto. Portanto, no caso "Mephisto", objeto de análise deste trabalho, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA) entendeu que havia ao menos dois direitos em colisão: o direito fundamental à liberdade artística (Art. 5 III 1 GG) e os direitos da personalidade (Art. 1 1 GG), especialmente o direito à honra (MARTINS; SCHWABE, 2005, p. 495).

Ao debater sobre o caso, a Corte sinalizou, logo de início, que tentar restringir o direito à liberdade artística por meio da "diminuição axiológica do conceito de arte, por interpretação ou analogia extensiva decorrente de regras de limites de outros dispositivos constitucionais, não devem ter êxito em face do claro dispositivo do art. 5 III 1 GG"<sup>4</sup>. No mais, na oportunidade também se esclareceu acerca do Art. 2 I, 2ª parte da GG, que não possui capacidade, *de per se*, em restringir o âmbito de proteção do direito à liberdade artística, devido à própria jurisprudência consolidada pela corte e a especialidade dos direitos negativos. (MARTINS; SCHWABE, 2005, p. 498-99).

De outro turno, fixou que a liberdade artística não é um direito absoluto e todo conflito com outros bens jurídicos devem ser solucionados conforme a própria ordem constitucional. Nesse sentido, apesar do direito ser garantido pelo Art. 5 III 1 GG, a observância da concepção de pessoa humana e a sua conseqüente dignidade estabelecida pela *Grundgesetz* envolve todos os direitos fundamentais, inclusive os de liberdade (MARTINS; SCHWABE, 2005, p. 499).

Portanto, a Corte entendeu que nesse caso em concreto (Mephisto), existe um conflito entre direitos, especialmente a liberdade artística e os direitos da personalidade. No entanto, assim como toda colisão, esta seria resolvida por meio

---

<sup>4</sup> Vide: MARTINS; SCHWABE, 2005, p. 498.

da interpretação constitucional, conforme a ordem axiológica da *Grundgesetz*. Nesse caso, o TCFA ressaltou que a dignidade da pessoa humana (art. 1 GG) é o valor máximo e que domina todo o sistema hermenêutico da Constituição. Entretanto, assim como a liberdade artística tem seu valor fundado dignidade humana, os direitos da personalidade também os têm. (MARTINS; SCHWABE, 2005, p. 499).

À vista disso, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, deu a Reclamação Constitucional por improcedente, entretanto, havendo empate de votos no Primeiro Senado. A Corte entendeu que não houve de fato uma ofensa à liberdade artística (Art. 5 III GG) e que a primazia de todo conflito deve pairar sobre a dignidade da pessoa humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade de expressão artística, como todo direito fundamental, apresenta um âmbito de proteção que pode estar sujeito à restrição e aos limites dessa restrição. Assim, a depender do caso, o Judiciário pode ponderar se ela deve prevalecer sobre outro direito fundamental, ou não. Em solo pátrio, o Supremo Tribunal Federal, tem formado jurisprudência no sentido de dar uma posição preferencial para as matérias que versem

sobre liberdade de expressão, devido ao contexto histórico constitucional que o Brasil enfrentou na ditadura militar.

Nesse sentido, com alguma semelhança ao caso "Mephisto" (*BVERFGGE* 30, 173), o STF enfrentou a ADI n.º 4.815, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, requerida pela Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL, conhecida popularmente como o "caso das biografias não autorizadas". Fato é que o objeto de análise da Corte direcionava para a legalidade condicionar o exercício da liberdade de expressão dos biógrafos à autorização do biografado ou de sua família, como ordena o artigo 22, do Código Civil, fato que desestimularia o escritor a produzir a obra, já que nem só de elogios se constitui uma biografia, mas também de fatos controvertidos e sensíveis, o que acabaria ocasionando um efeito silenciador do discurso (BRASIL, 2015, p. 163).

Em sua essência, o artigo 20 afirma que “a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa” necessitará de autorização prévia da própria pessoa de quem se fala ou de seus familiares, caso se tratando de morto ou ausente. Já o artigo 21 declara que a vida privada é inviolável. Dessa forma, o interessado pode requerer, por via judicial, que o juiz tome as “providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”, o que inclui, por exemplo, retirar a obra bibliográfica de circulação (BRASIL, 2015. p. 143 e 158).

Assim, o STF decidiu pela prevalência da liberdade de expressão, da criação artística e da produção científica, em virtude dos direitos da personalidade, dando interpretação, conforme a Constituição, aos artigos 20 e 21 do Código Civil. Todavia, fazendo a ressalva que, em razão de a bibliografia ser um gênero literário que se presume ser verídico, tendo estreita relação com o jornalismo, a mentira dolosa e deliberada pode ser critério para tornar a manifestação inconstitucional.

Por conseguinte, agora falando do direito à expressão artística de uma forma geral, entende-se certas expressões artísticas podem conter conteúdos de humor ácido, controvertidos, difamantes ou contrários à moral dominante, sendo capazes de atingir as sensibilidades de parte do público. No entanto, suscetibilidades pessoais não devem servir de parâmetro para avaliar se uma obra de arte merece ou não a tutela da liberdade artística; isto porque, para além da constituição, garantir a pluralidade de concepções políticas (art.1, V, CF) e o pluralismo de ideias e culturas (art. 206, III) soaria impossível para o artista adequar sua expressão às particularidades de cada pessoa que irá contemplar a obra, já que o juízo de pertinência sofreria alterações de acordo com os ideais individuais.

Nessa hipótese, o direito sofreria autolimitação e perderia toda a sua materialidade (MARTINS, 2015, p. 61-69).

Assim, apesar das decisões judiciais do Brasil e da Alemanha se apartarem em variados pontos, principalmente na elasticidade e na primazia concedida à liberdade de expressão, conclui-se que, assim como todo direito fundamental, o direito ao livre exercício da atividade artística não é absoluto, uma vez que existem outros princípios fixados na Constituição, e uma harmonização no plano fático se faz necessária. Entretanto, defende-se aqui, a ponderação entre bens jurídicos, os quais

só podem ser analisados de forma casuística, cabendo somente ao intérprete sopesar tais direito, demonstrando, claro, suas justificativas. Assim, caso não seja possível preservar as liberdades comunicativas em sua maior extensão, o Judiciário deve demonstrar que o bem protegido se sobrepõe a esta de maneira inegável. Deseja-se!

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 de set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº. 4.815/DF – Distrito Federal**. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 05 de set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional nº 38.782/RJ – Rio de Janeiro**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345724727&ext=.pdf>. Acesso em: 05 de set. 2022.

BRÖHMER, J.; HILL, C.; SPITZKATZ, M. (Eds.). **60 Years German Basic Law: The German Constitution and its Court**. 2nd ed. Ampang: Malaysian Current Law Journal, 2012. Disponível em: [https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=2f69e649-63da-1f7ff5aa-c0a629146f8b&groupId=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=2f69e649-63da-1f7ff5aa-c0a629146f8b&groupId=252038). Acesso em: 05 de set. 2022.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Mephisto**. A terra é redonda. Disponível em: <https://aterraeredonda.com.br/mephisto/>. Acesso em: 05 de set. 2022.

MARTINS, Leonardo; SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

PACHECO, Gustavo. **Apenas um ator: celebrado durante o nazismo, Gustav Gründgens virou sinônimo de oportunismo**. O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/epoca/coluna-apenas-um-ator-celebrado-durante-nazismo-gustav-grundgens-virou-sinonimo-de-oportunismo-23760211>. Acesso em: 05 de set. 2022.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva,

2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros, São Paulo, 32 ed., 2009.





# 13. A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA: UMA ANÁLISE DO CASO TORREGGIANI E OUTROS V. ITÁLIA À LUZ DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS NA DOCTRINA BRASILEIRA

*PRISON OVERCROWDING: AN ANALYSIS OF THE CASE OF TORREGGIANI AND OTHERS V. ITALY IN THE LIGHT OF STRUCTURAL CASES IN BRAZILIAN DOCTRINE*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-13>

*Sabrina Wiegand Hellwig<sup>1</sup>*

## RESUMO

O presente ensaio reúne esforços para analisar se os processos estruturais - sob a luz da doutrina brasileira - servem como instrumento adequado para a solução do caso Torreggiani e Outros v. Itália. A pesquisa remonta o estudo descritivo do litígio estrutural italiano, a análise da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, bem como busca conceituar as principais características dos litígios estruturais para, por fim, realizar a comparação destas características com o caso concreto - Torreggiani e Outros v. Itália. De posse das análises fundamentadas, constata-se que o caso italiano se trata de um litígio estrutural o qual poderia ser resolvido por meio de um processo estrutural - conforme o entendimento da doutrina brasileira.

Palavras-chave: Superlotação carcerária. Litígios complexos. Litígios multipolares. Processo estrutural. Litígios estruturais.

## ABSTRACT

This essay brings together efforts to analyze whether the structural processes - in the light of Brazilian doctrine - serve as an adequate instrument for the solution of the Torreggiani and Others v. Italy. The research goes back to the descriptive study of Italian structural litigation, the analysis of the decision of the European Court of Human Rights, as well as seeks to conceptualize the main characteristics of

---

<sup>1</sup> Mestranda em Teoria Geral da Jurisdição e Processo pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (PPGD) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Processo Civil. Advogada. Endereço eletrônico: [sabrinawh.adv@gmail.com](mailto:sabrinawh.adv@gmail.com).

structural litigation to, finally, compare these characteristics with the concrete case - Torreggiani and Others v. Italy. In possession of reasoned analyses, it appears that the Italian case is a structural dispute which could be resolved through a structural process - according to the understanding of Brazilian doctrine.

Keywords: Prison overcrowding. Complex disputes. Multipolar disputes. Structural process. Structural disputes.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa parte do problema social da superlotação carcerária ocorrido na Itália, seguindo-se de análise das suas características. Para a definição de litígios estruturais a doutrina brasileira descreve algumas características inerentes a estes, as quais configuram um problema que pode ser resolvido por meio de processos estruturais, tais como a multipolaridade, a complexidade e a prospectividade. Esta espécie de processo coletivo surgiu como resposta à sociedade que reiteradamente sofre violações em seus direitos fundamentais, à luz da chamada constitucionalização do processo. Desta forma, o poder judiciário recebeu a tarefa de decidir sobre a solução dos problemas que até ele chegam não apenas resolvendo o caso concreto, mas visando a solidificação dos valores da nossa Constituição para toda a sociedade.

O tema abordado envolve os direitos humanos e fundamentais dos cidadãos que cometeram alguma ilegalidade e receberam como sanção a pena privativa de liberdade na Itália. Feitas estas considerações, o estudo se propõe a pesquisar se o caso Torreggiani e Outros v. Itália demonstra ser um litígio complexo - por meio da descrição do caso concreto -, avaliando como a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu sobre o problema, para, ao fim, concluir se as características do caso configuram um litígio estrutural.

Ao aprofundar a pesquisa sobre as características dos litígios estruturais, será possível averiguar se o caso italiano poderia ser resolvido por um processo estrutural. O objetivo central é, portanto: relatar o caso Torreggiani e Outros v. Itália; investigar as características dos litígios estruturais e realizar um estudo de identificação destas características no caso italiano; e identificar se os processos

estruturais poderiam ser utilizados com efetividade para a solução do problema investigado.

O estudo utilizará abordagem sistêmica e pesquisa descritiva, calcada em levantamento bibliográfico e será conduzido da seguinte maneira: Estudo do caso *Torreggiani e Outros v. Itália* (por meio da decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos); análise da decisão da Corte Europeia sobre o caso; investigação sobre as características do litígios estruturais conforme a doutrina brasileira; e, por fim, analisar se os processos estruturais poderiam ser utilizados para a solução do problema posto.

## **1 ENTENDENDO O CASO ESTRUTURAL TORREGGIANI E OUTROS V. ITÁLIA (A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA NA ITÁLIA)**

Sete<sup>2</sup> indivíduos que cumpriram penas de prisão nas prisões de Busto Arsizio e Piacenza - Itália - realizaram reclamações alegando violação ao art. 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o qual dispõe: "Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes" (FRANÇA, 2013). Em suma, as reclamações versaram sobre condições precárias em que os indivíduos foram submetidos, incluindo a superlotação dos presídios, celas apertadas, falta de água quente para que pudessem tomar banho, além de iluminação insuficiente devido à barras de ferro fixadas nas janelas. (CEDH, 2013).

Diante das reclamações realizadas pelo Sr. Ghisoni e por detentos da prisão de Piacenza, o juiz de execução das penas Reggio Emilia, em agosto de 2010, notificou a prisão de Busto Arsizio, Ministério da Justiça e a administração penitenciária competente para que pudessem adotar com urgência as medidas cabíveis a fim de resolver o problema da superlotação da prisão, e o consequente tratamento desumano que os requerentes foram expostos, tendo em vista que

---

<sup>2</sup> Os requerentes detidos na prisão de Busto Arsizio foram: O Sr. Torreggiani (requerimento nº 43517/09), o Sr. Bamba (requerimento nº 46882/09) e o Sr. Biondi (requerimento nº 55400/09). Os requerentes detidos na prisão de Piacenza foram: O Sr. Sela (requerimento nº 57875/09), o Sr. El Haili (requerimento nº 35315/10), o Sr. Hajjoubi (37.818/10) e o Sr. Ghisoni (requerimento nº 61.535/09). Corte Europeia de Direitos Humanos. Recursos n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, Caso Torreggiani e outros v. Itália, j. 08 jan. 2013. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis&c=>. Acesso em: 05 dez. 2022.

tiveram que compartilhar celas apertadas com dois outros detentos e foram discriminados em comparação com os detentos que compartilham o mesmo tipo de cela com uma pessoa. (CEDH, 2013).

Outrossim, a decisão da Corte do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre este caso explicitou que o problema da superlotação no sistema prisional na Itália possui natureza estrutural, tratando-se de um problema sistêmico, abarcando muitos casos além dos casos dos demandantes relatados<sup>3</sup>. Chega-se à mesma conclusão de violação sistêmica do sistema prisional italiano por meio da declaração do estado de emergência a nível nacional que fora proclamada pelo Presidente do Conselho Italiano de Ministros em 2010. O artigo 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem demonstra que os detentos requerentes possuem o direito de condições de detenção adequadas ao mesmo passo que se constata que a origem do problema resulta de uma disfunção crônica do sistema prisional italiano. A natureza estrutural do litígio também é demonstrada pelo alto número de casos similares pendentes de julgamento na Itália, sendo que este número não para de crescer. (CEDH, 2013).

Além da violação ao artigo 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos explicitou a importância da Lei italiana que versa sobre a administração penitenciária - Lei nº 354 de 26 de julho de 1975 - sobre a qual a decisão teceu os seguintes comentários:

As instalações em que vivem os presos devem ser suficientemente espaçosas e iluminadas por luz natural ou artificial para permitir o trabalho e a leitura; devem ser ventilados, aquecidos quando as condições climáticas o exigirem e dotados de serviços sanitários privados, dignos e racionais. As instalações onde os presos passam a noite são celas individuais ou coletivas. Cuidado especial deve ser tomado na escolha das pessoas que são colocadas em celas coletivas. As

---

<sup>3</sup> O problema da superlotação dos presídios não é exclusividade da Itália. Cf. Santos, no Brasil, enfrentamos o mesmo problema, o qual está sendo discutido pelo Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF nº 347. "O Partido Socialismo e Liberdade - PSOL ingressou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 requerendo o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucionais quanto ao sistema carcerário no Brasil e a determinação de adoção de providências em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos". SANTOS, Camila Perez Yeda Moreira dos. **Processo estrutural. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. São Paulo: Almedina, 2021, p. 159.

pessoas em prisão preventiva devem poder beneficiar de uma estadia numa cela individual, salvo se a situação particular do estabelecimento não o permitir. Cada detento tem a roupa de cama necessária. (CEDH, 2013).

Nos termos do artigo 35 da Lei nº 354, de 1975, os presos podem dirigir pedidos ou reclamações orais ou escritas, ainda que sob sigilo: ao juiz de execução da pena, ao diretor do estabelecimento penitenciário, bem como aos inspectores, ao director-geral dos institutos de detenção e prevenção, ao Ministro da Justiça, às autoridades judiciárias e sanitárias que visitam o instituto, ao Presidente do Conselho Regional e ao Chefe de Estado. (CEDH, 2013).

A decisão da Corte explicitou, ainda, sobre os relatórios gerais (segundo e sétimo) do Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e Tratamentos Desumanos e Degradantes, os quais indicaram que a superlotação é da competência direta do Comitê, sendo um problema que por si só constitui tratamento desumano e degradante. Além disso, os relatórios alertaram que um “programa satisfatório de atividades (trabalho, educação e esporte) é de suma importância para o bem-estar dos presos. Os prisioneiros não podem simplesmente ser deixados à própria sorte, definhando por semanas, às vezes meses, confinados em suas celas, mesmo que as condições materiais sejam boas”. Outrossim, quanto à realização de exercícios ao ar livre de ao menos uma hora por dia, o Comitê enfatizou que todos os presos, sem exceções, devem realizá-los. Ademais, o Comitê alertou sobre o acesso oportuno a banheiros e que estes estejam em boas condições de higiene são elementos essenciais para a humanização do ambiente carcerário. (CEDH, 2013).

A combinação de superlotação, regimes de baixa atividade e acesso inadequado a banheiros ou instalações sanitárias, para o Comitê, gera um efeito cumulativo que pode ser extremamente prejudicial aos presos. Isto porque, “uma prisão superlotada significa, para o preso, estar espremido em espaços apertados e insalubres; uma constante ausência de intimidade (mesmo quando se trata de satisfazer necessidades naturais); atividades fora da célula limitadas devido à demanda que excede a equipe e a infraestrutura disponíveis; serviços de saúde sobrecarregados; aumento da tensão e, portanto, mais violência entre prisioneiros e

entre prisioneiros e funcionários. Esta enumeração está longe de ser exaustiva". (CEDH, 2013).

Em que pese várias medidas tenham sido adotadas na Itália a fim de resolver o problema da superlotação dos presídios, o problema estrutural persistiu e necessitou de medidas estruturantes que visassem sistemicamente o litígio apresentado.

## 2 A DECISÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Tendo em vista a semelhança entre os casos apresentados referentes à prisão de Busto Arsizio e à prisão de Piacenza - Sr. Torreggiani; Sr. Bamba; Sr. Biondi; Sr. Sela; Sr. El Haili; Sr. Hajjoubi; e Sr. Ghisoni - a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou uma necessidade agrupá-los e decidir sobre eles em um único acórdão - caracterizando o litígio estrutural e a resposta judicial necessária para resolver o problema. Desta forma, o Tribunal (Corte Européia) invocou o art. 46, §1º da Convenção<sup>4</sup> e decidiu aplicar o que foi chamado de julgamento piloto, para que se possa dar resposta efetiva não só aos casos específicos elencados, mas para todas as pessoas potencialmente interessadas na Itália sobre as violações aos direitos dos presos decorrentes da superlotação dos presídios. Ademais, a Corte explicitou a necessidade de ressarcimento de danos sofridos decorrentes das violações apontadas, a nível nacional - em toda a Itália. (CEDH, 2013).

---

<sup>4</sup> O art. 46 da Convenção Europeia de Direitos dos Homens deve ser interpretado à luz do art. 1º. "O art. 46 cria para o Estado demandado a obrigação legal de implementar, sob a supervisão do Comitê de Ministros, as medidas gerais e/ou individuais necessárias para salvaguardar o direito do requerente que o Tribunal considerou ter sido violado. Medidas deste tipo também devem ser tomadas em relação a outras pessoas na mesma situação que o interessado, devendo o Estado acabar com os problemas na origem das conclusões do Tribunal (...). A fim de facilitar a efetiva implementação de suas sentenças de acordo com o princípio acima, a Corte pode adotar um procedimento piloto de sentença que lhe permita destacar claramente, em sua sentença, a existência de problemas estruturais na origem das violações e indicar as medidas ou ações específicas que o Estado demandado deve tomar para remediá-las (...). Ao adotar tal abordagem, no entanto, leva devidamente em conta os respectivos poderes dos órgãos da Convenção: nos termos do artigo 46 § 2 da Convenção, cabe ao Comitê de Ministros avaliar a implementação de medidas individuais ou medidas gerais tomadas em execução da sentença da Corte". Corte Europeia de Direitos Humanos. Recursos n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, Caso Torreggiani e outros v. Itália, j. 08 jan. 2013. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis&c=>. Acesso em: 05 dez. 2022.

A disfunção existente perante os remédios preventivos adotados para o combate à superlotação carcerária na Itália demonstrou a necessidade de uma solução estrutural, tendo em vista que os casos julgados especificamente não demonstram um problema pontual, e sim um problema na estrutura em todo o país. Para evidenciar esta constatação, considera-se que o problema foi diagnosticado anteriormente, tendo o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em setembro de 2009, recomendado uma série de medidas, inclusive com metas a serem atingidas para que o problema da superlotação carcerária pudesse ser contido - sem êxito -, a saber: 1- Recomendação de que os governos dos Estados membros tomassem medidas de revisão de legislação e revisão da prática em matéria de superlotação carcerária e inflação carcerária, aplicando os seguintes princípios:

A privação de liberdade deve ser considerada como sanção ou medida de último recurso e, portanto, só deve ser prevista quando a gravidade do delito torne qualquer outra sanção ou medida manifestamente inadequada. 2. O alargamento do parque prisional deve ser antes uma medida excepcional, uma vez que não é, em regra, suscetível de oferecer uma solução duradoura para o problema da sobrelotação. Os países cuja capacidade prisional pode ser suficiente em geral, mas mal adaptada às necessidades locais, devem se esforçar para chegar a uma distribuição mais racional dessa capacidade. 3. Deve haver um conjunto apropriado de sanções e medidas comunitárias, possivelmente graduadas em termos de severidade; promotores e juízes devem ser incentivados a usá-los o mais amplamente possível. 4. Os Estados-Membros devem considerar a oportunidade de descriminalizar certos tipos de crimes ou classificá-los de forma a evitar que sejam punidos com penas privativas de liberdade. (CEDH, 2013).

Assegurar/construir infraestrutura para a execução e monitoramento das sanções comunitárias, objetivando a fiscalização de sua eficácia; 3 - criar estratégias por meio de técnicas sólidas para que se possa prever o risco de reincidência; 4 - Estimular "o desenvolvimento de medidas para reduzir a duração efetiva da pena cumprida, preferindo medidas individualizadas, como a liberdade condicional, às medidas coletivas de gestão da superlotação carcerária (indultos

coletivos, anistias)”; 5 - Utilização da liberdade condicional para fomentar a redução do tempo de detenção do preso, visando a sua reintegração à sociedade. (CEDH, 2013).

Para se adequar às recomendações do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, a Itália (em janeiro de 2010, por meio do Presidente do Conselho de Ministros) - que em 2010 possuía 67.961 pessoas detidas em 206 prisões com a capacidade máxima prevista de 45.000 pessoas tendo sido decretada a situação de emergência nacional - criou a Portaria n.º 3861 a qual recebeu o título de “Disposições urgentes de proteção civil por superlotação carcerária”. A portaria solicitou a criação de um *Piano Carceri* - plano -, determinando a construção de 11 novos estabelecimentos prisionais e 20 anexos aos estabelecimentos existentes, criando 9.150 locais de detenção adicionais e o recrutamento de 2.000 novos agentes da polícia prisional. O prazo para implementação do plano foi até 31 de dezembro de 2012. (CEDH, 2013).

Outra medida adotada na Itália na tentativa de solucionar o problema apresentado foi a adoção de disposições extraordinárias sobre a execução de penas, por meio da lei n.º 199, de 26 de novembro de 2010. A referida lei previu que as penas de prisão inferiores a doze meses, “podem ser cumpridas no domicílio do condenado ou noutro local de acolhimento, público ou privado, salvo algumas exceções relacionadas com a gravidade das infracções”. A previsão foi de que a Lei permanecesse vigor pelo tempo necessário para a implementação do plano de intervenção para as prisões, não superando a data de 31 de dezembro de 2013. (CEDH, 2013).

Mesmo diante do *Piano Carceri* do governo italiano, este não se mostrou efetivo na prática, declarando a Corte Europeia de Direitos Humanos que o referido plano se mostrou incapaz de “impedir a continuação da alegada violação e de assegurar aos requerentes uma melhoria das suas condições materiais de detenção”<sup>5</sup>. Diante da dificuldade de diminuição da superlotação carcerária, a Corte,

---

<sup>5</sup> Embora o Estado Italiano tenha tomado medidas para diminuir o problema da superlotação em seus presídios, a taxa de superlotação nacional permaneceu muito alta em abril de 2012 (caiu de 151% em 2010 para 148% em 2012). Observa que esta avaliação mista é tanto mais preocupante quanto o plano de intervenção de emergência elaborado pelas autoridades nacionais tem uma duração limitada, uma vez que a conclusão das obras de construção dos novos estabelecimentos prisionais está prevista



especificamente no caso Torreggiani e outros V. Itália entendeu pelo julgamento estrutural do problema apresentado. (CEDH, 2013).

No chamado julgamento-piloto deste caso, a Corte teve a intenção de "encorajar o Estado demandado a encontrar, a nível nacional, uma solução para os numerosos casos individuais decorrentes do mesmo problema estrutural, dando assim efeito ao princípio da subsidiariedade que está na base do sistema da Convenção (Burdov c. Rússia (n.º 2), n.º 33509/04, § 127, CEDH 2009)". O objetivo deste tipo de julgamento "é facilitar a resolução mais rápida e eficaz de uma disfunção sistêmica que afeta a proteção do direito do tratado em questão na ordem jurídica interna". Os dados carcerários informados sobre as prisões italianas demonstram que a violação do direito dos requerentes - que pediram por condições de detenção adequadas - "não é consequência de incidentes isolados, mas tem origem num problema sistêmico resultante de uma disfunção crônica própria do sistema prisional italiano, que afetou e provavelmente afetará muitas pessoas no futuro". A natureza estrutural também é demonstrada pelo alto número de casos pendentes de julgamento na Itália, sendo que este número não para de crescer. (CEDH, 2013).

No mérito da decisão, a Corte Europeia de Direitos Humanos aduziu que "para que um sistema de proteção dos direitos dos presos garantido pelo artigo 3º da Convenção seja efetivo, os recursos preventivos e compensatórios devem coexistir de forma complementar". É certo que as medidas privativas de liberdade acarretam inconvenientes ao preso, mas estas medidas, conforme enfatizou a Corte, não podem significar a perda dos direitos garantidos pela Convenção. Outrossim, os presos poderão até mesmo necessitar de maior proteção do Estado, tendo em vista a sua situação de vulnerabilidade. Neste sentido, a Corte enfatizou que o fato de ocorrer superlotação grave, por si só, já viola o art. 3º da Convenção Europeia de Direitos do Homem. (CEDH, 2013).

---

para o final de 2012 e que as disposições relativas à execução da pena, que são de natureza extraordinária, apenas são aplicáveis até ao final de 2013. Corte Europeia de Direitos Humanos. Recursos n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, Caso Torreggiani e outros v. Itália, j. 08 jan. 2013. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis&c=>. Acesso em: 05 dez. 2022.

As medidas estruturantes fundamentais para a solução do caso, tendo em vista a necessidade de esforços substanciais de longo prazo para resolver o problema da superlotação carcerária, foram declaradas como essenciais pela Corte, as quais deverão ser cumpridas, implementadas e fiscalizadas pelo Estado (Itália):

A Corte declara os pedidos admissíveis. Considera que houve violação do artigo 3º da Convenção. Declara que o Estado demandado deverá, no prazo de um ano a partir da data em que esta sentença se tornar definitiva em virtude do artigo 44 § 2º da Convenção, instituir um recurso ou um conjunto de recursos internos eficazes capazes de proporcionar reparação adequada e suficiente em casos de superlotação carcerária, de acordo com os princípios da Convenção estabelecidos na jurisprudência da Corte. Declara que, enquanto se aguarda a adoção das medidas acima, a Corte suspenderá, por um período de um ano a partir da data em que esta sentença se tornar definitiva, o processo em todos os casos ainda não comunicados que tenham como único objeto a superlotação carcerária na Itália enquanto reservando-se o direito de, a qualquer momento, declarar inadmissível um caso deste tipo ou eliminá-lo da lista após acordo amigável entre as partes ou resolução do litígio por outros meios, de acordo com os artigos 37 e 39 da Convenção. O Estado deverá pagar quantias de indenização pelos danos morais sofridos para os requerentes. (CEDH, 2013).

Cabe ao Estado "modificar os recursos existentes ou criar novos para que as violações dos direitos da Convenção possam ser reparadas de maneira realmente efetiva". O Estado precisa, também, garantir que as medidas estruturantes cumpram não apenas na teoria, mas na prática os requisitos da Convenção Europeia de Direitos do Homem. Para tanto, o Estado deverá implementar as medidas necessárias a nível nacional para a resolução do problema estrutural. Ademais, a Corte listou as medidas que incentiva para a solução do problema da superlotação carcerária na Itália:

Em particular, quando o Estado não está em condições de garantir a cada detento as condições de detenção em conformidade com o artigo 3 da Convenção, a Corte o encoraja a agir de forma a reduzir o número de pessoas presas, em em

particular aplicando mais medidas punitivas não privativas de liberdade e reduzindo ao mínimo o uso da prisão preventiva. (CEDH, 2013).

Por fim, a Corte ressaltou que “em vista da natureza imaterial do direito protegido pelo artigo 3º da Convenção, o Estado é obrigado a organizar seu sistema prisional de forma que a dignidade dos presos seja respeitada”. (CEDH, 2013).

### **3 O LITÍGIO EXPOSTO PODERIA SER SOLUCIONADO POR MEIO DE UM PROCESSO ESTRUTURAL SOB A LUZ DA DOCTRINA BRASILEIRA?**

O processo estrutural pode ser considerado gênero da espécie processo coletivo. Conforme Ferreira, “há uma relação de continente e conteúdo entre os litígios coletivos e os litígios estruturais, de forma que estes representam um recorte dentro do gênero, que são os litígios coletivos”. O que diferencia o processo estrutural do processo coletivo, é que o primeiro “gira em torno da estrutura de um ente ou instituição pública, como regra, sendo possível que se refira, também, excepcionalmente, ao funcionamento de estruturas privadas” (FERREIRA, 2022, p. 431). No conceito de Camelo, “afigram-se os litígios estruturais como macrolides, a exigir uma nova forma de olhar o processo para que atinja as finalidades a que se destina no tocante do bem estar da coletividade”:

Os litígios estruturais buscam a reestruturação de grandes organizações e instituições, tendo em vista a existência dos problemas que afetam toda uma coletividade, os quais podem surgir, por exemplo, devido a um desastre ambiental ou social que acaba por demonstrar o quanto a organização ou a instituição tinha práticas que poderiam levar a tal desastre, mas nada ou pouco era realizado administrativamente para diminuir o problema precedente e potencialmente causador de desastre; práticas produzidas ao longo do tempo e de maneira ineficiente, o que também, em alguma medida, afeta negativamente a coletividade com a possível violação de direitos fundamentais. (CAMELO, 2022, p. 62)

Analisando o caso objeto da presente pesquisa - Torreggiani e outros v. Itália -, nota-se a natureza coletiva do litígio, por meio das informações trazidas na decisão da Corte Europeia de Direitos do Homem, a qual explicitou que, além das reclamações dos requerentes detidos na prisão de Busto Arsizio e na prisão de Piacenza, o problema da superlotação carcerária é inerente à todo o sistema prisional italiano. Ademais, a superlotação carcerária representa a violação dos direitos humanos<sup>6</sup> dos apenados, sobretudo ferindo o art 3 da Convenção Europeia de Direitos dos Homens. Outrossim, o fato gerador das lesões jurídicas vislumbradas neste caso é o modo de funcionamento do sistema prisional italiano - caracterizando o litígio como estrutural, necessitando de uma reestruturação de todo o funcionamento sistema prisional italiano<sup>7</sup>.

Embora no Brasil não exista rito específico para o processamento dos litígios estruturais, há dispositivos processuais que trazem poderes ao juiz, a exemplo do artigo 139, IV, CPC<sup>8</sup>. Já os artigos 497 a 500 do CPC servem de técnica de apoio ao juiz nos processos estruturais (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021, p. 260). Nos casos em que os processos estruturais são identificados mais tarde, poderá ocorrer a conversão do processo bipolar para processo estrutural, com base no art. 6º da Lei da Ação Civil Pública e no art. 139, X, CPC (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021, p. 293). Neste ponto, cabe referir que existem dois projetos de lei os quais propõem formas

---

<sup>6</sup> Cf. Sarlet, os direitos fundamentais são os direitos positivados e reconhecidos no direito constitucional de um Estado enquanto os direitos humanos são os direitos internacionais, não vinculados a uma ordem constitucional determinada. Desta forma, é possível analisar as diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais sob a ótica do seu plano de positivação - nacional ou internacional. Cumpre ressaltar, ainda, que os direitos fundamentais possuem delimitação temporal e espacial, pois ligados à uma ordem constitucional de um Estado. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 29-31.

<sup>7</sup> Cf. Ferreira, para a caracterização "de um litígio estrutural, é imprescindível a constatação de que a violação de direitos da coletividade decorre justamente do funcionamento (ou mau funcionamento) desse aparato burocrático estatal ou privado, o que conduz à conclusão de que o fato gerador da lesão jurídica é o modo de funcionamento do ente ou instituição". FERREIRA, Rodrigo. **Sistema penitenciário brasileiro e a burocracia do mal**. In: Dos litígios aos processos estruturais. Coord. Leonardo Silva Nunes. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 431-432.

<sup>8</sup> Os autores consideram que os poderes concedidos ao juiz trazidos no artigo 139, IV, CPC contribuem para a efetividade de suas decisões, autorizando a determinação de técnicas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-roгатárias que servirão para assegurar o cumprimento da ordem judicial. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 260.

de regulamentação dos processos estruturais no Brasil, quais sejam: PL 8058/2014 e PL 1641/2021<sup>9</sup>.

Submetendo o caso italiano à análise sob a luz do direito brasileiro, os direitos fundamentais dos presos restaram feridos pela superlotação carcerária, violando o art. 5º, inciso III da Constituição<sup>10</sup>. Os processos estruturais são instrumentos judiciais de resolução de conflitos que, em última análise, ferem os direitos fundamentais dos cidadãos<sup>11</sup>. Neste contexto, os resultados justos - tanto individual como socialmente - de um processo estrutural vinculam-se à aceção de Acesso à Justiça por parte das coletividades. Capelletti explica que:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma

---

<sup>9</sup> O PL 8058/2014 possui a ementa "Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências" e pode ser consultado no site da câmara dos deputados, através do link:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>. O PL 1641/2021 possui a ementa "Disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública" e pode ser consultado no site da câmara dos deputados, através do link: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2261966>.

<sup>10</sup> No Brasil, o art. 5º, inciso III da Constituição protege os cidadãos contra tratamentos desumanos e degradantes: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03 dez. 2022.

<sup>11</sup> Cf. Jobim: "Transformar a realidade social é um dos grandes alicerces das medidas estruturantes. (...) Assim, todos os incisos do artigo 3º da Constituição estão em plena sintonia com a ideia das medidas estruturantes. Também não é de se negar importância ao preâmbulo da Constituição federal que resgata valores a serem buscados pela sociedade brasileira, tendo a doutrina e o Supremo Tribunal Federal, atualmente, concedido uma força normativa indireta no auxílio à interpretação e aplicação do direito". JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes na Jurisdição Constitucional. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 217.

Neste sentido, Alexandre Melo Franco de M. Bahia, Leonardo Silva Nunes e Samuel Paiva Cota aduzem que: "A litigância envolvendo direitos fundamentais na atualidade mais do que nunca, impõe pensar-se em tutelas diferenciadas das tradicionais. Isso se dá, inclusive, em razão do aumento de complexidade do Direito a partir do momento em que este não é concebido apenas como conjunto fechado de regras mas também que as leis contêm também princípios. Uma vez que o direito é concebido (também) como conjunto de princípios e que estes, a todo o tempo, entram em conflito, o direito processual necessitou pensar também novas formas de tratar as demandas" (BAHIA, Alexandre Melo Franco de M.; NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva. **Das ações coletivas aos processos estruturais: as formas de tutela diferenciada dos direitos fundamentais**. In: **Processo Coletivo, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Diferenciada dos Direitos Fundamentais**. Dierle Nunes; Fabrício Veiga Costa; Magno Federici Gomes (Orgs.). Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019. Disponível em: <http://www.editorafi.org>. Acesso em 02 dez. 2022.

vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI, 1988, p. 12).

As características gerais dos litígios estruturais, conforme a doutrina brasileira, são a multipolaridade, a complexidade e a prospectividade - sem prejuízo de outras caracterizações. A multipolaridade é uma característica dos processos estruturais. Tendo em vista que este tipo de litígio comporta diversos polos de interesses relevantes para o direito, o processo estrutural pretende garantir a participação dos indivíduos que fazem parte destes diferentes polos visando um resultado útil e eficaz. “Efetivamente o campo fático inerente a esse tipo de litígio costuma ser caracterizado por uma gama de expectativas e de interesses” os quais não são reduzidos a dois polos. (ARENHART, OSNA, JOBIM, 2021, p. 71-78). Tendo o caso *Torreggiani e outros V. Itália* como objeto de análise, podemos verificar a multipolaridade no problema posto, possuindo o litígio polos de interesses variados - não só os detentos que realizaram as reclamações aduzidas, mas todos os presos que sofreram com a superlotação dos presídios dentro do território italiano integram os diversos polos de interesses.

A complexidade está ligada à situação fática que gera o litígio estrutural, cuja natureza é eminentemente complexa, necessitando de respostas imprevisíveis e não simples. “Um litígio coletivo será complexo quando se puder conceber variadas formas de tutela da violação, as quais não são necessariamente equivalentes em termos fáticos, mas são cogitáveis, juridicamente”. Desta maneira, a complexidade diz respeito à dúvida em como decidir acerca da medida estruturante que deverá ser adotada para a solução de um problema<sup>12</sup> (VITORELLI, 2022, p. 26). A presente pesquisa está analisando o caso italiano da superlotação carcerária, o qual surgiu

---

<sup>12</sup> Cf. Vitorelli: “Se a situação versar sobre um litígio coletivo complexo, haverá possibilidade de que essa tutela se revista de múltiplas formas e não será claro, *ex ante*, qual, dentre as possibilidades, é a mais eficaz para a reparação ou a prevenção da lesão ao bem jurídico. Também não restará claro qual a pretensão desejada pela coletividade lesada”. VITORELLI, Edilson; BARROS, Ourimar. **Processo coletivo e direito à participação: técnicas de atuação interativa em litígios complexos**. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 28.

pelas demandas parecidas de presos de Busto Arsizio e de Piacenza, sendo que, além destes casos específicos, a Corte vislumbrou um problema sistêmico no país. Desta forma, a complexidade pode ser verificada no caso em análise, tendo em vista que para solucionar o problema em todo o país, deverá ser criado um plano que prestigie todas as prisões italianas, a fim de criar medidas estruturantes adequadas para um problema de magnitude nacional.

Ademais, as medidas estruturantes deverão ser pensadas sistemicamente, não adiantando pensar apenas em dois ou três casos específicos, ou em prisões específicas - tendo em vista que, se assim o for, as medidas serão inócuas frente à dimensão do problema. Para explicitar o problema estrutural ora aduzido, podemos analisar que as medidas adotadas pelo governo italiano (como construção de novos presídios, aumento de vagas nos presídios existentes) não obtiveram a resposta adequada, tendo em vista que o problema não foi avaliado sistematicamente e que apenas a criação de novas vagas não solucionará o problema italiano existente. Neste sentido, a própria Corte criou medidas de incentivo à penas alternativas para que o problema pudesse ser combatido por várias frentes.

Trazendo o problema para análise sob à luz da doutrina brasileira, outro ponto importante a ser mencionado são os princípios constitucionais de origem alemã chamados de Mínimo Existencial e Reserva do Possível<sup>13</sup>. O princípio do mínimo existencial "pode ser conceituado como o núcleo duro dos direitos fundamentais, formado pelo conjunto de prestações mínimas que devem ser concedidas para que a pessoa possa ter uma vida digna". O problema doutrinário, no que tange este princípio, "encontra-se justamente na definição de seu conteúdo e na extensão do que comportaria este mínimo", sem haver convergência na doutrina e jurisprudência neste ponto. Já o princípio da reserva do possível trata da limitação de recursos de um Estado. "A efetividade dos direitos fundamentais sociais dependeria de recursos

---

<sup>13</sup> Cf. Sarlet: Quanto aos direitos sociais, existem doutrinadores que entendem que os direitos sociais podem ser considerados como direitos fundamentais. Isto porque, os direitos sociais – considerados na sua condição de direitos humanos e na sua condição de direitos fundamentais – possuem forte vínculo com a dignidade da pessoa humana e o correlato direito - e garantia- do mínimo existencial. Desta forma, os direitos sociais surgiram e foram incorporados ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito constitucional dos direitos fundamentais como direitos referidos à pessoa humana individualmente considerada. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 222.

por parte do estado e estes seriam escassos, não sendo possível garantir de forma plena todos os direitos a todas as pessoas". (SANTOS, 2021, p. 33-37).<sup>14</sup>

Tomando como ponto de partida o problema estrutural carcerário na Itália, é essencial pensarmos em como resolver as ofensas aos direitos humanos e direitos fundamentais, levando em consideração estes princípios. Isto porque, os direitos ora analisados possuem seu conteúdo fundamental, que pode ser chamado de núcleo duro, os quais exigem prestações mínimas do Estado. Ao mesmo passo, o princípio da reserva do possível versa sobre os recursos finitos de determinado Estado. (SANTOS, 2021, p.33-39). Santos explicita que "a escassez não pode servir para que sejam tolhidos direitos, mas apenas racionalizar a sua entrega. Deve haver uma correta e eficiente alocação de recursos disponíveis"(SANTOS, 2021, p.39). Sobre os princípios citados, Clève ressalta que podemos utilizar a metáfora do cobertor curto<sup>15</sup> para a realidade brasileira. A adequação, portanto, das medidas estruturantes precisará abarcar estes princípios, os quais exemplificam a característica dos litígios complexos com bastante clareza.

A prospectividade diz respeito à intenção da solução que será dada por meio do processo estrutural, a qual pensará em resolver os problemas contemporâneos e futuros de determinada violação à direitos. Neste sentido, "a atividade jurisdicional possuirá um enfoque em ampla dimensão direcionado ao futuro, procurando servir como mola propulsora para mudanças de comportamento gerais e continuadas" (ARENHART, OSNA, JOBIM, 2021, p. 86). Analisando os dados carcerários informados

---

<sup>14</sup> A reflexão que surge no contexto explorado é: Estes princípios seriam, então, antagônicos na aplicação das medidas estruturantes? Para Sarlet, a reserva do possível não compõe o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Assim: "A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental". SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 296.

<sup>15</sup> "A metáfora do cobertor curto é adequada para a compreensão de qualquer orçamento, mas é mais adequada ainda para a compreensão dos limites do orçamento público brasileiro. Trata-se de um cobertor insuficiente para cobrir, ao mesmo tempo, todas as partes do corpo. Se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima". CLEVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, vol. 54, mar. 2016, p. 239 - 252.



sobre as prisões italianas, estas demonstram que a violação do direito dos requerentes “não é consequência de incidentes isolados, mas tem origem num problema sistêmico resultante de uma disfunção crônica própria do sistema prisional italiano, que afetou e provavelmente afetará muitas pessoas no futuro”. (decisão principal) A recomposição do problema de superlotação carcerária na Itália “deve ser voltada para a frente, permitindo assim que ao menos as sementes sejam plantadas (e preservadas) para a construção de um sistema gradual e progressivamente mais justo e adequado”, enquadrando-se fortemente na característica da prospectividade - característica não obrigatória mas muito recorrente nos processos estruturais. Ademais, a análise dos resultados obtidos com determinada medida estruturante deverá ser avaliada e ajustada futuramente, não estando estas medidas unicamente destinadas ao presente (ARENHART, OSNA, JOBIM, 2021, p. 86-87).

Os processos estruturais exigem, ainda, um diálogo plural para que seja possível conhecer “as demandas específicas dos diferentes grupos de pessoas afetadas”, a criação de um plano estrutural para que o estado de coisas inconstitucional possa modificar-se ao ponto de passar a respeitar a Constituição. Ademais, o processo estrutural exige dinamismo e “até mesmo a modificação das providências estabelecidas para melhor adequação à realidade daquele momento”, modificando-se, assim, o plano estrutural, sempre que necessário. (FERREIRA, 2022, p. 435).

A apresentação aqui feita do problema da superlotação carcerária na Itália demonstra que o caso possui os requisitos gerais que configuram um litígio estrutural segundo a doutrina brasileira, e, conseqüentemente, poderia ser resolvido por meio do processo estrutural. Desta forma, as medidas estruturantes têm como objetivo “promover valores públicos e os direitos fundamentais pela via jurisdicional, mediante transformação de uma instituição pública ou privada”. Para tanto, “há a necessidade de reorganização de toda uma instituição, com a alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes, para que ela passe a cumprir sua função de acordo com o valor ou direito afirmado na decisão”. (NUNES, COTA, FARIA, 2019, p. 1056).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As condições de encarceramento das prisões italianas de Busto Arsizio e Piacenza trouxeram à tona - por meio de reclamações feitas por cidadãos que cumpriram penas nas respectivas prisões - um problema sistêmico e de estrutura de todo o sistema prisional da Itália. As violações ocorridas feriram o artigo 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o que invocou o julgamento do caso pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (CEDH). Em uma análise comparada, as violações sofridas pelos presos italianos ferem o art. 5º inciso III da Constituição brasileira, bem como explicitam um problema que também atinge o nosso país, qual seja: a superlotação carcerária. Exemplo do exposto pode ser observado na ADPF nº 357.

Os problemas complexos são um grande desafio para a sociedade e exigem soluções diferenciadas. Desta maneira observou-se que o caso italiano trata-se efetivamente de um litígio estrutural, tendo em vista a identificação de determinadas características, tais como: multipolaridade, a complexidade e a prospectividade. Ademais, a tentativa frustrada do governo italiano de solucionar o problema apenas construindo mais unidades prisionais e criando mais vagas para cumprimento de penas privativas de liberdade, demonstrou a necessidade de uma mudança na estrutura prisional da Itália, necessitando-se a análise de diversos fatores ao mesmo tempo, declarando-se o caso como um problema sistêmico e que requer soluções estudadas, pensadas e dialogadas. Ainda, a decisão da CEDH explicitou que é necessário a criação de um plano estrutural para que a solução do problema seja alcançada, recomendado, inclusive, que medidas alternativas às penas privativas de liberdade sejam instauradas na legislação Italiana.

Observou-se que, como consequência de ser um litígio estrutural, o caso italiano poderia ser resolvido por meio de um processo estrutural a luz da doutrina brasileira. Tendo como intenção a reestruturação de instituições públicas ou privadas (causadoras do estado de coisas inconstitucional), os processos estruturais visam a atuação do Poder Judiciário frente às violações sistemáticas aos direitos fundamentais, o que demonstra a fase atual a qual vivenciamos: a de um processo constitucional que visa a proporcionalidade panprocessual, ou seja, um

processo que entende a importância de decisões coerentes em um nível macro e sistêmico. Para a preservação dos direitos humanos e fundamentais tanto do sistema prisional italiano quanto do sistema brasileiro, os processos estruturais se mostram um instrumento efetivo para a realização da chamada Constitucionalização do Processo.

## REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BAHIA, Alexandre Melo Franco de M.; NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva. **Das ações coletivas aos processos estruturais: as formas de tutela diferenciada dos direitos fundamentais**. In: **Processo Coletivo, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Diferenciada dos Direitos Fundamentais**. Dierle Nunes; Fabrício Veiga Costa; Magno Federici Gomes (Orgs.). Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019. Disponível em: <http://www.editorafi.org>. Acesso em 02 dez. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 03 dez. 2022.

BRASIL. **PL 8058, de 2014**. Disponível em: <file:///C:/Users/Luciano/Pictures/Desktop/Mestrado/Mestrado/ARTIGO%20PARTICIPAC3%87%C3%83O%20PROCESSO%20ESTRUTURAL/PL-8058-2014.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2022.

BRASIL. **PL 1641 de 29 de abril de 2021**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2001406](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2001406). Acesso em: 03 dez. 2022.

CAMELO, Yara Maciel. **A judicialização de um conflito ambiental-urbanístico sob a perspectiva do processo estrutural**. Curitiba: Juruá, 2022.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradu: Ellen Gracie Northfeet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CLEVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, vol. 54, mar. 2016.

**Corte Europeia de Direitos Humanos.** Recursos n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, Caso Torreggiani e outros v. Itália, j. 08 jan. 2013. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis&c=>. Acesso em: 05 dez. 2022.

FERREIRA, Rodrigo. **Sistema penitenciário brasileiro e a burocracia do mal.** In: Dos litígios aos processos estruturais. Coor. Leonardo Silva Nunes. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

FRANÇA. **Convenção Europeia dos direitos do homem.** Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf). Acesso em: 05 dez. 2022.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes na Jurisdição Constitucional. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos litígios aos processos estruturais: Pressupostos e fundamentos. In: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 5, 2019. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-5-2019-n-6/202>. Acesso em 05 dez 2022.

SANTOS, Camila Perez Yeda Moreira dos. **Processo estrutural. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.** São Paulo: Almedina, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na Perspectiva Constitucional.** 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo. Dos Direitos aos Litígios Coletivos.** 3 ed. Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

VITORELLI, Edilson; BARROS, Ourimar. **Processo coletivo e direito à participação: técnicas de atuação interativa em litígios complexos.** São Paulo: Juspodivm, 2022.

## 14. A RESERVA JUDICIAL NAS EXCEÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR: COMPARAÇÃO ENTRE A LEI FUNDAMENTAL DA ALEMENHA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL

*THE JUDICIAL RESERVE CLAUSE IN THE EXCEPTIONS TO THE RIGHT OF HOME INVIOABILITY: COMPARISON BETWEEN THE FUNDAMENTAL LAW OF GERMANY AND THE FEDERAL CONSTITUTION OF BRAZIL*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-14>

*Margot Cristina Agostini<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

O domicílio é inviolável, sendo protegido contra ações arbitrárias do Estado. Disso, decorre que qualquer ação estatal que invada a esfera privada da residência deve ser ordenada pelo Poder Judiciário, órgão neutro e independente, em momento anterior ao ingresso, salvo em caso de perigo na demora na obtenção da decisão (Alemanha) ou em caso de flagrante delito (Brasil). O presente texto aborda uma breve análise de decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão e do Supremo Tribunal Federal que discutem a validade do ingresso forçado no domicílio pelos órgãos de investigação. Refletiu-se a respeito do controle do ingresso diante das exceções previstas, bem como acerca dos efeitos de eventual mitigação da cláusula de reserva jurisdicional.

Palavras-chave: Inviolabilidade de domicílio. Direito fundamental. Reserva jurisdicional. Tribunal Constitucional Federal Alemão. Supremo Tribunal Federal. Perigo na demora. Fundadas razões.

### **ABSTRACT**

The domicile is inviolable, protected against arbitrary actions by the State. From this, it follows that any state action that invades the private sphere of the residence must be ordered by the Judiciary, neutral and independent, at a time before the entry,

---

<sup>1</sup> Mestranda em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Graduada em Ciências pela Universidade de Ijuí-RS. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo-RS. Mestre em Direito pela Faculdade Meridional-RS. Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

except in cases of danger in delay in obtaining the decision (Germany) or in case of *flagrante delicto* (Brazil). This text addresses a brief analysis of decisions of the German Federal Constitutional Court and the Brazilian Federal Supreme Court that discuss the validity of forced entry into the residences by the investigative bodies. It was reflected about the control of entry in view of the exceptions, as well as on the effects of a possible mitigation of the jurisdictional reserve clause.

Keywords: Inviolability of domicile. Fundamental right. Jurisdictional reservation. German Federal Constitutional Court. Brazilian Federal Supreme Court. Danger in delay. Well-founded reasons.

## INTRODUÇÃO

A inviolabilidade domiciliar constitui uma das mais importantes garantias fundamentais no campo dos direitos da integridade pessoal, na medida que assegura a tranquilidade da vida íntima contra as arbitrariedades da persecução penal ou tributária do Estado. Em razão disso, foi um dos primeiros direitos assegurados nos catálogos constitucionais, tendo sido também protegido pela *Grundgesetz* alemã (artigo 13) e pela Constituição Federal brasileira (art. 5º, inciso XI). Assim, com vistas à tutela da intimidade, da vida privada e da honra, nos dois sistemas, eventual ingresso domiciliar pelo poder estatal, a princípio, somente são legítimas se autorizadas pelo Poder Judiciário – cláusula de reserva jurisdicional. Há, no entanto, exceções: a *Grundgesetz* autoriza a busca domiciliar quando houver perigo na demora do cumprimento da diligência (artigo 13, II); a Constituição Federal, de acordo com interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF), autoriza a entrada forçada quando amparada em fundadas razões que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

Nesse sentido, no presente estudo, busca-se verificar se a cláusula de reserva jurisdicional cede diante das exceções previstas na Lei Fundamental Alemã (“perigo na demora”) e na Constituição Federal do Brasil (“flagrante delito”). Quer dizer, averiguar-se-á se está autorizada uma intervenção administrativa no direito fundamental, mediante atuação discricionária e amparadas em justificativas rasas. Assim, com essa finalidade, em um primeiro momento, analisar-se-á qual a

interpretação conferida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão e pelo Supremo Tribunal Federal em casos que houve a invasão domiciliar, pelos órgãos investigativos, em tese albergados pelas exceções e, posteriormente, discorrer-se-á a respeito da cláusula de reserva jurisdicional e a sua importância para a eficiência dos direitos fundamentais por ela albergados.

## **1 BVERFGE 103, 142 – WOHNUNGSDURCHSUCHUNG: SUMA DO CASO E DAS RAZÕES DE DECIDIR DO TCF**

O artigo 13, I da *Grundgesetz* alemã prevê de forma clara e categórica que “o domicílio é inviolável”. Assim, *a priori*, é defeso uma intervenção estatal (legislativa, administrativa ou judicial) não justificada. Por sua vez, o artigo 13, II, prevê que “buscas podem ser ordenadas somente pelo juiz; em havendo periculum in mora, também pelos demais órgãos previstos nas leis e tão somente na forma nelas prescrita”. Ou seja, admite-se a intervenção estatal no domicílio, desde que autorizada pelo Poder Judiciário ou, havendo perigo na demora, pelos demais órgãos previstos nas leis. No entanto, questiona-se: quando está presente o perigo na demora, a justificar o ingresso forçado em domicílio sem ordem judicial?

Em 20 de fevereiro de 2001, o Tribunal Constitucional Federal Alemão julgou reclamação constitucional contra decisão judicial que validou busca em um domicílio em razão de perigo na demora -- Bverfge 103, 142 – Wohnungsdurchsuchung. Em síntese, a Reclamação Constitucional foi admitida e julgada procedente, pois as decisões do juízo de primeira instância e do tribunal estadual violaram os direitos fundamentais previstos nos artigos 13, I, II e artigo 19, IV da *Grundgesetz*.

O julgado foi assim ementado:

1.a) O conceito “perigo na demora” [periculum in mora] no Art. 13 II GG deve ser interpretado restritivamente; a ordem judicial de busca é a regra; a não judicial, a exceção.

b) “Perigo na demora” precisa ser fundamentado com fatos relativos ao caso particular. Puras especulações, considerações hipotéticas ou baseadas

solitariamente na experiência criminalística cotidiana e suposições independentes do caso não bastam.

2. Tribunais ou órgãos de persecução penal devem, na medida do possível, tomar precauções jurídicas e fáticas para que a competência do juiz prevista na Constituição permaneça garantida também [em face] do [elevado] volume dos casos cotidianos.

3.a) Interpretação e aplicação do conceito "perigo na demora" sujeitam-se a um controle judicial irrestrito. Não obstante, os tribunais são obrigados a considerar a situação decisória especial dos órgãos não judiciais com seus limites situacionais das possibilidades de conhecimento.

b) Uma revisão judicial efetiva da tese do "perigo na demora" pressupõe que tanto a conclusão quanto os fundamentos da decisão seja demonstrados em contexto temporal imediato à medida de busca nos autos do inquérito policial.

O caso paradigma envolvia um policial investigado por suspeita de suborno e violação de sigilo profissional, pois, em tese, teria dito a um investigado por tráfico de ilícito de entorpecentes, em um encontro casual, que o seu telefone estava sendo monitorado. Instaurado o procedimento contra o policial, cerca de um mês após os fatos, foram ouvidas duas testemunhas. Imediatamente após a oitiva da segunda testemunha, o promotor de justiça plantonista ordenou a busca no local de trabalho, domicílio, automóvel e busca pessoal do policial, em razão do alegado perigo na demora. Durante as buscas, foram apreendidos diversos documentos e disquetes.

O juiz de primeira instância validou as buscas e apreensões, sob o fundamento que as medidas visavam assegurar provas que poderiam ser importantes para o resultado das investigações. O policial recorreu da decisão, apontando que não estariam presentes os requisitos do perigo na demora, bem como que não estaria elucidado com base em que fatos o Ministério Público ordenou as buscas e quais provas objetivavam serem encontradas, já que os documentos e disquetes acabaram por serem devolvidos, ante a ausência de qualquer elemento.

O Tribunal Estadual não deu provimento ao recurso, sob o fundamento que o *periculum in mora* estaria presente quando o pedido não pudesse ser feito ao Judiciário em tempo a garantir o resultado da medida, sendo que tal constatação seria discricionária da autoridade competente. E, no caso telado, entendeu-se que



havia temor de destruição de provas, o que justificaria a medida. Daí que o policial interpôs Reclamação Constitucional contra decisão judicial.

Nas razões de decidir, pontuou-se que a reserva judicial, ou seja, um controle preventivo anterior ao ingresso no domicílio, garante que o direito à inviolabilidade domiciliar seja efetivo, na medida que o pedido será analisado por um órgão independente e neutro. Assim, antes de deferir a medida, o juiz deve analisar se estão preenchidos todos os pressupostos exigidos pela lei, para que a intervenção no direito fundamental seja mensurável e controlável. A Lei Fundamental, no entanto, prevê que havendo perigo na demora, as buscas podem ser ordenadas pelo Ministério Público ou por seus funcionários públicos auxiliares. Disso, extrai-se que a ordem de busca emanada pelo Poder Judiciário deve ser a regra, ao passo que a ordenada pelo Ministério Público, a exceção.

Salientou-se que a exceção do “perigo na demora” deve ser interpretada restritivamente, em razão da proteção garantista do direito à inviolabilidade domiciliar, bem como em face da considerável mitigação do controle preventivo exercido por um órgão independente e neutro – o Ministério Público e a polícia não gozam de tais atributos, e nem se poderia esperar que gozassem, tendo em vista a sua tarefa de investigar eventual cometimento de crime. Nesse sentido, o ingresso mediante a autorização do Ministério Público somente pode ser admitido quando os meios de prova estiverem ameaçados.

Ademais, a constatação do “perigo na demora” não pode estar lastreada em especulações, considerações hipotéticas ou suposições independentes do caso, mas deve estar fundamentado em fatos do caso concreto. Ou seja, para que seja válida a busca sem ordem judicial, os órgãos de persecução penal não podem aguardar a decisão do juiz, sob pena de a perda de provas efetivamente se concretizar. No entanto, a polícia e o Ministério Público, antes de qualquer atitude, deve tentar conseguir a ordem judicial.

Em relação à interpretação do Tribunal Estadual no sentido de que a verificação do perigo na demora seria ato discricionário do órgão competente, o Tribunal Constitucional Federal Alemão entendeu que tal situação enfraqueceria a garantia do direito fundamental, pois os órgãos de persecução afirmariam a sua própria competência e negariam a competência do juiz. Assim, deve haver um

controle judicial irrestrito desta ação, devendo o juiz levar em consideração a avaliação concreta feita pelo Ministério Público, verificando se, de fato, a busca foi baseada em fatos relevantes e não poderia aguardar a ordem judicial. Ainda, os órgãos de persecução penal não podem fadar o seu dever de fundamentar e documentar a sua ação.

Portanto, nestes termos, o Tribunal Federal Constitucional Alemão reconheceu que as decisões do juízo e do Tribunal Estadual violaram os direitos fundamentais do reclamante, decorrentes dos artigos 13, I, II e 13, IV, GG.

## **2 TEMA 280 - STF: SUMA DO CASO E DAS RAZÕES DE DECIDIR DO STF**

Nos termos do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". Nesse sentido, no Brasil, admite-se a intervenção estatal no domicílio somente mediante ordem judicial ou, na sua ausência, em caso de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro. É dizer, a casa não pode ser transformada em escudo para crimes que são praticados no seu interior, admitindo-se, com isso, o ingresso forçado, sem mandado judicial, quando constatada hipótese de flagrância.

Até 2015, o entendimento dominante do Supremo Tribunal Federal (STF) era de que, em casos de crime permanente, a exemplo do tráfico de drogas, as autoridades policiais poderiam ingressar no domicílio, sem a autorização do dono e sem mandado judicial. No entanto, tendo em vista que tal tese, em certa medida, esvaziava a garantia fundamental da inviolabilidade domiciliar, com vistas proteger o indivíduo do arbítrio estatal, mediante o ingresso forçado na residência pelos órgãos de persecução penal sem qualquer autorização judicial, mas ao mesmo tempo garantir a apreensão da criminalidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) discutiu, nos autos do Recurso Extraordinário nº 603.616/RO, em 05/11/2015, à luz do art. 5º, XI, LV e LVI, da Constituição Federal, a legalidade, ou não, das provas obtidas mediante invasão de domicílio por autoridades policiais sem o

devido mandado judicial de busca e apreensão, sendo fixada a seguinte tese jurídica, por maioria, nos termos do voto do Ministro Relator, Gilmar Mendes:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.

Nas razões de decidir, o relator pontuou que a busca e apreensão domiciliar é uma medida necessária para a persecução penal e, conseqüentemente, à repressão de crimes, mas que necessita de controle, por ferir o direito à privacidade. Assim, salientou que o mandado judicial, expedido por um juiz imparcial, é o resguardo contra medidas arbitrárias por parte dos órgãos de persecução penal, muitas vezes competitivos para revelar eventual crime. Não obstante, há casos, como o flagrante delito, em que se dispensa a determinação judicial para o ingresso forçado.

Seguindo-se a interpretação literal da Constituição, que permite o ingresso sem mandado no caso de flagrante delito, nos casos de crimes permanentes, como o tráfico de drogas, um policial poderia ingressar em domicílio cujo entorpecente está depositado, sem maiores dificuldades, e realizar a prisão em flagrante, caso fosse efetivamente localizado. No entanto, o policial ingressa na residência sem certeza quanto ao sucesso da medida, estando sujeito, inclusive, a incorrer, em tese, nas sanções do artigo 150, §2º do Código Penal (crime de violação de domicílio majorado pela qualidade de funcionário público), caso não concretize a prisão em flagrante.

Nesse sentido, com vistas a garantir de forma efetiva a inviolabilidade do domicílio, mas ao mesmo tempo proteger os agentes de segurança pública, o Ministro Relator propôs uma evolução da interpretação a respeito da matéria à luz da Constituição e dos tratados dos quais o Brasil é signatário.

A interpretação partiu do que determina os artigos 1, 2, 11 e 17, do Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, os quais protegem o domicílio contra ingerências arbitrárias. De acordo com o Relator, o ingresso forçado, sem justificativa prévia, seria caso de ingerência arbitrária, sendo

que a constatação de flagrância, verificada posterior ao ingresso, não justificaria a medida. Assim, defendeu que "a proteção contra a busca arbitrária exige que a diligência seja avaliada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois."

Neste aspecto, pontuou-se que o controle da investigação por um órgão imparcial é necessário para assegurar os direitos fundamentais de liberdade com os interesses da segurança e, tal controle, pode-se dar *a priori*, antes da medida, mediante a expedição de mandado judicial, ou *a posteriori*, após a medida, onde o órgão imparcial verificará se os agentes de segurança agiram em conformidade com o direito. Dessa forma, quando a Constituição dispensa o controle *a priori*, como é o caso do ingresso forçado em domicílio no caso de flagrante delito, resta apenas o controle *a posteriori*, o qual deve ser reforçado para evitar ingerências arbitrárias.

Assim, no controle *a posteriori*, deve-se exigir dos agentes estatais que demonstrem a medida foi adotada atendendo a justa causa, isto é, que haviam fundadas razões (art. 240, §1º, do CPP) para suspeitar que, no domicílio, estaria ocorrendo hipótese de flagrante delito. Inclusive, o Relator afirmou que os policiais podem invocar o seu testemunho para justificar o ingresso forçado, mas elementos que não tem força probatória em juízo não podem servir como parâmetro de justa causa para justificar o ingresso.

Por fim, o destacou que tal tese valoriza a proteção da garantia da inviolabilidade domiciliar, ao mesmo passo que os policiais deixam de assumir o risco de cometer o crime de invasão de domicílio, ainda que, com a invasão forçada, nada seja encontrado na residência, pois exige que os agentes justifiquem quais foram as fundadas razões que o levaram a crer na residência havia flagrante delito, a permitir a invasão forçada.

Assim, fixada a referida interpretação, ao resolver o caso concreto, o Supremo Tribunal Federal negou provimento ao Recurso Extraordinário. Isso porque entendeu que havia fundadas razões para suspeitar que o recorrente estava com situação de flagrante no interior de sua residência quanto ao delito de tráfico de drogas, a justificar a invasão forçada, tendo em vista que era suspeito de transportar drogas e a polícia já estava o monitorando, inclusive em razão de declaração de outro flagrado em momento posterior, que comentou receber droga do recorrente.

### 3 RESERVA JUDICIAL COMO GARANTIA À MÁXIMA EFETIVIDADE DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR: COMPARATIVO ENTRE O ENTENDIMENTO DO TCF E DO STF

O direito fundamental à inviolabilidade de domicílio está consagrado nas mais diversas Constituições do mundo. Trata-se de direito relativo à segurança pessoal (FERREIRA FILHO, 2022, p. 267) que protege a casa, em um sentido amplo, contra ingerências estatais arbitrárias para que o indivíduo possa exercer sua privacidade de forma livre, convivendo com sua família e até mesmo exercer a sua profissão (TAVARES, 2022, p. 240). Atua, portanto, como um direito fundamental de liberdade negativa, garantindo que o poder do Estado não perturbará a paz que reina no domicílio.

Não obstante, assim como qualquer direito fundamental, a inviolabilidade de domicílio não deve ser compreendida como um direito absoluto, a ser oposto, inclusive, diante da prática de crimes – com exceção da Constituição uruguaia, que define a categoria sem ressalvas. Como bem pontua Leonardo Martins: “o nome historicamente consolidado do direito fundamental à ‘inviolabilidade do domicílio’ não deve induzir ao erro de que se trata de um direito fundamental absoluto, sem limites constitucionais” (2020, p. 258). Com efeito, as Constituições estrangeiras podem ser classificadas em três grupos: a) aquelas que delegam à lei limitar as intervenções, as quais não podem ser arbitrárias – Estados Unidos, Itália, China e Argentina; b) aquelas que não preveem exceções – Uruguai; c) aquelas que preveem a expedição de mandado de busca e apreensão, sem autorização judicial, como exceção - Alemanha, Portugal, Espanha, Japão, Paraguai e Angola (STF, 2016). Por sua vez, no Brasil, admite-se o ingresso forçado em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Nesse sentido, como se percebe, tanto o Brasil quanto a Alemanha admitem exceções à inviolabilidade domiciliar, as quais estão especialmente ligadas à repressão da prática de crimes ou para prestar socorro (embora a Lei Fundamental alemã não preveja expressamente tal situação, considera-se possível a intervenção com fundamento no combate a periclituação da vida de pessoas individuais, previsto no art. 13 VII GG). Neste comentário, trataremos especialmente como a reserva legal

foi intensificada pelos julgados analisados, como forma de dar efetividade à garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

Inicialmente, reporta-se que ambos os sistemas adotam, como regra, a chamada cláusula de reserva judicial. Quer dizer, uma intervenção do Estado no domicílio somente estaria justificada mediante uma ordem judicial, emanada de um juiz neutro e independente, após a análise dos requisitos autorizadores previstos em lei. Nesse sentido, os órgãos administrativos de persecução penal devem, em regra, apenas se limitar à execução da ordem judicial de busca, vez que não é a autoridade responsável pela decisão de intervenção (MARTINS, 2020). Com efeito, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal (1999), é defeso à polícia judiciária e ao Ministério Público “invadir domicílio alheio com o objetivo de apreender, durante o período diurno, e sem ordem judicial, quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público”, uma vez que afrontaria o direito à inviolabilidade domiciliar. Em determinadas matérias, portanto, como a busca e apreensão domiciliar, o constituinte optou por delegar ao Poder Judiciário a prerrogativa de dizer a primeira palavra a respeito de sua possibilidade.

Efetivamente, a reserva judicial deve ser a regra, pois os juízes independentes e neutros podem proteger a intervenção no direito fundamental de modo mais seguro, já que são terceiros não envolvidos – ao contrário dos órgãos administrativos de persecução penal, que objetivam justamente a elucidação de eventual crime. Nas palavras de Fernanda Vilares, “o Poder Judiciário é a instituição mais apta a decidir sobre conflitos que envolvam intervenções em direitos fundamentais por possuir as características da independência, imparcialidade e isenção” (2010, p. 219). Assim, para deferir a busca, o juiz deve se guiar pelo critério da razoabilidade, a fim de que não cometa arbitrariedade ou abuso de poder, mas sim atue de modo a reforçar a garantia (GROTTI, 1995), já que a intervenção jurisdicional é a única competente para solucionar colisão entre interesses protegidos constitucionalmente – no caso, entre a privacidade e a segurança pública.

A respeito da relevância da reserva judicial para a proteção do direito fundamental, Leonardo Martins explica: “Não basta a lei interventiva prever uma reserva judicial. Também o seu efetivo uso deve orientar-se pelo alcance dos

pressupostos de proteção do direito fundamental atingido, especialmente no caso do muito vulnerável direito fundamental à inviolabilidade do domicílio" (2020, p. 271). E, é por esse motivo, que mesmo diante de exceções que autorizam a intervenção administrativa – flagrante delito (Brasil) e perigo na demora (Alemanha) – que tanto o STF como o TCF decidiram ser necessário o controle judicial da ação interventiva, ainda que posterior.

Com efeito, ante a relevância da reserva jurisdicional para a proteção do direito à inviolabilidade domiciliar, mesmo diante das hipóteses em que a Constituição autoriza a invasão administrativa, o Poder Judiciário deve verificar se, à época do ingresso forçado, estavam preenchidos os pressupostos autorizadores e se houve excessos no ato. Nesse sentido, o STF e o TCF, nos julgados analisados, decidiram que o juiz deve posteriormente analisar a legalidade das provas obtidas, com base na avaliação da situação concreta feita pelos órgãos de persecução penal. Quer dizer, o juiz deve fazer um salto retrospectivo ao tempo da busca e perscrutar se, naquele momento, havia fundadas razões para crer havia hipótese de flagrante delito na residência (Brasil) ou seria impossível obter uma ordem judicial sem que se frustrasse as provas se pretendia obter (Alemanha). Ausente tais pressupostos, a invasão domiciliar deve ser tida como ilegal.

Analisando os julgados, se percebe que, a despeito de em ambas Constituições existir exceções que autorizem o ingresso administrativo no domicílio, as Cortes Supremas construíram entendimento no sentido de não relativizar a cláusula de reserva jurisdicional por completo, mas apenas postergar a análise da viabilidade da busca pelo Poder Judiciário, especialmente para coibir abusos dos órgãos de persecução penal e impedir que as exceções, na realidade, transmudem-se em regra. Tal objetivo constou de forma bastante clara, tanto no julgado do TCF, quanto no do STF.

À evidência, permitir que os agentes de segurança pública pudessem ingressar a qualquer tempo no domicílio com a justificativa rasa de que havia indícios de "flagrante delito" ou, ainda, que havia risco de "perigo na demora" da busca, sem qualquer elemento de fato e sem qualquer controle judicial posterior seria restringir, em absoluto, a eficiência do direito fundamental. Como se manifestou o TCF: "cada discricionariedade de órgãos não judiciais na verificação de perigo na demora

ampliaria as possibilidades de um uso de sua competência emergencial e, portanto, enfraqueceria a proteção do direito fundamental."

Nesse sentido, tendo em vista a esfera de proteção da inviolabilidade domiciliar e a sua abrangência sobre outros direitos fundamentais – intimidade, privacidade – o TCF e o STF possuem interpretação constitucional no sentido de que o Poder Judiciário deve realizar o controle posterior da medida interventiva, já que a discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas pode acabar esvaziando o direito à privacidade e à inviolabilidade. Importa, pois, ao juiz, quando da análise do caso, verificar se a violação do direito à inviolabilidade foi devidamente justificada, no caso brasileiro, mediante fundadas razões, apuradas de maneira objetiva e, no caso alemão, diante da impossibilidade de obtenção de uma ordem judicial prévia, sem que as provas obtidas com a busca fossem destruídas. De fato, a inviolabilidade de domicílio há de "preservar o máximo possível do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, cujo sacrifício está sendo permitido, de modo a serem otimizados 'os ganhos' e minimizadas as 'perdas axiológicas e funcionais', equilíbrio denominado de 'concordância prática'", o que somente pode ser garantido mediante a cláusula de reserva judicial (GIACOMOLLI, 2016, p. 208).

Em absoluto, aponta-se que a reserva jurisdicional da inviolabilidade domiciliar não se dá diante das exceções previstas nos textos constitucionais. A interpretação outorgada pelas Cortes Supremas do Brasil da Alemanha permite assegurar que um juiz analisará a validade da ação interventiva, posteriormente, mas em um contexto temporal anterior à intervenção, ou seja, se a medida, antes de ser realizada, seria justificável diante das circunstâncias do caso concreto. Por óbvio, tal interpretação permite que o controle da intervenção no direito fundamental seja, mesmo quando desnecessária ordem judicial, em última análise, exercido pelo juiz, imparcial e independente, para salvaguardar a efetividade do direito fundamental.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este breve trabalho confirma que a cláusula de reserva jurisdicional é uma das mais importantes garantias para a salvaguarda dos direitos fundamentais contra o arbítrio estatal. É seguindo esta ideia, portanto, que os constituintes, tanto da



Alemanha, como do Brasil, positivaram que a incursão no domicílio alheio deve ser precedida de ordem judicial, uma vez que o Poder Judiciário é órgão imparcial e independente que analisará as circunstâncias fáticas, de modo objetivo, para, em preenchidos os requisitos fixados em lei, autorizar a mitigação do direito à inviolabilidade domiciliar e permitir a entrada para a realização de buscas e apreensão de objetos.

Como exceções à cláusula de reserva jurisdicional, a Lei Fundamental da Alemanha autoriza o ingresso em domicílio, sem mandado judicial, quando houver perigo na demora da obtenção da autorização judicial, ao passo que a Constituição Federal do Brasil, dentre outras hipóteses, quando se estiver diante de flagrante delito. No entanto, como se verificou ao longo do trabalho, tais exceções não cedem à cláusula de reserva jurisdicional, na medida em que o Tribunal Constitucional Alemão e o Supremo Tribunal Federal fixaram entendimento no sentido de ser necessário um controle judicial posterior ao ingresso forçado, avaliando se, à época da medida, estavam, de fato, caracterizadas as hipóteses legais de ingresso.

Da análise dos julgados, portanto, conclui-se que embora possível o ingresso no domicílio pelos investigadores, sem mandado judicial, para a realização de busca e apreensão, haverá um posterior rígido controle do ingresso, de modo a permitir que a intervenção seja mensurável e controlável pelo Poder Judiciário, preponderando a cláusula de reserva judicial e não de parte, como é o Ministério Público. Não se trata de proteger o ilícito, mas sim de prestigiar o direito fundamental à inviolabilidade domiciliar e evitar que a entrada forçada pelos órgãos de investigação, sem mandado judicial, ao arrepio da cláusula de reserva jurisdicional, torne-se a regra, especialmente diante de pessoas em camada socioeconômica menos favorecida.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal Alemão. BVerfGE 103, 142 (Wohnungsdurchsuchung). Julgamento: 20 fev. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.425-1/RJ. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília: 16 set. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616/RO. Recorrente: Paulo Roberto De Lima. Recorrido: Ministério Público Do Estado De Rondônia. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília: 05 nov. 2015.

FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de direito constitucional*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GIACOMILLI, N. J. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GROTTI, D. A. M. G. Algumas considerações sobre o princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 11, 1995, p. 5-15, abr-jun, 1995.

MARTINS, L. *Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. vol. 4. São Paulo: Marcial Pons e KAS, 2020.

TAVARES, A. R. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

VILARES, Fernanda Regina. *A reserva de jurisdição no processo penal: dos reflexos no inquérito parlamentar*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/D.2.2010.tde-23112010-082016.

**15. A NECESSIDADE DE SIGILO E CONFIABILIDADE NA AÇÃO DIRETA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
BRASILEIRO A RESPEITO DA LEGISLAÇÃO REFERENTE A IMPRESSÃO DO VOTO E A  
MODIFICAÇÃO DA LEI DE ELEIÇÕES**

*THE NEED FOR CONFIDENTIALITY AND RELIABILITY IN THE DIRECT ACTION OF  
UNCONSTITUTIONALITY JUDGED BY THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT  
REGARDING THE LEGISLATION REGARDING VOTE PRINTING AND THE  
MODIFICATION OF THE ELECTION LAW*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-15>

*Maria Eugênia Londero Deggeroni<sup>1</sup>*

**RESUMO**

O estudo se dá por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.889, que julgou a constitucionalidade da legislação que previu a impressão do voto e modificou a Lei de Eleições, que foi julgada inconstitucional pela imprevisão da proteção do direito fundamental ao voto secreto, descumprindo a previsão do artigo 14 da Constituição, com a ausência de normas de procedimento. O problema é: como a decisão pode ser encarada frente à aspectos teóricos, à julgados e ao que foi analisado tecnicamente por autores que estudam urna eletrônica? O objetivo do estudo é contribuir para a pesquisa nacional deste âmbito, agregando conceitos e estudos necessários para o diálogo sobre o tema, tão relevante, polêmico e atual. Os objetivos específicos são: estudar a decisão tomada, verificar temas que podem ser analisados, frente ao âmbito da disciplina e do tema; analisar criticamente a decisão; comparar com as produções dos autores especialistas; e solucionar o problema proposto (verificando como interpretar a decisão no âmbito já descrito). As metodologias que nortearam o trabalho foram: a de abordagem dedutiva, a de procedimento comparativa, a de interpretação sistemática. Os tópicos foram divididos em apresentação do caso e da

---

<sup>1</sup> Doutoranda, Mestra e Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Humanas: Sociologia, História e Filosofia pela PUCRS Online e em Segurança da Informação pela UNYLEYA. Advogada.

decisão, que conta com a análise dos problemas verificados, em abordagens de fundamentos teóricos, com apontamentos de comparação de julgados e em aspectos críticos, a fim de contribuir para as abordagens jurídicas da decisão. Conclui-se que é necessário ressaltar alguns aspectos da decisão com base nos aspectos técnicos estudados, que não são tão certos quanto demonstram, na medida em que é verificada a necessidade de melhoria das auditorias e na transparência, com o foco, jurídico, de proteção aos direitos fundamentais, fortalecendo a democracia e com a necessidade de melhoria das normas de procedimento.

Palavras-chave: Urna eletrônica. Direito Fundamental ao Voto Secreto. Segurança da Informação. Normas de Procedimento e de Organização.

#### **ABSTRACT**

The study takes place through the "Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.889", which judged the constitutionality of the legislation that provided for the printing of the vote and modified the Elections Law, which was judged unconstitutional due to the lack of protection of the fundamental right to a secret vote, not complying with the provisions of article 14 of the Constitution, with absence of procedural norms. The problem is: how can the decision be faced theoretical aspects, with judgments and with what has been technically analyzed by authors who study electronic ballot boxes? The aim of the study is to contribute to the national research in this field, adding concepts and studies necessary for the dialogue on this relevant, controversial, and current theme. The specific objectives are: to study the decision taken, to verify themes that can be analyzed, facing the scope of the discipline and of the theme; to critically analyze the decision; to compare it with the productions of the specialist authors; and to solve the proposed problem (verifying how to interpret the decision in the scope already described). The methodologies that guided the work were: the deductive approach, the comparative procedure, and the systematic interpretation. The topics were divided in presentation of the case and the decision, which counts with the analysis of the verified problems, in approaches of theoretical foundations, with notes of comparison of judgments and in critical aspects, to contribute for the juridical approaches of the decision. It is concluded that it is necessary to highlight

some aspects of the decision based on the technical aspects studied, which are not as certain as they show, insofar as it is verified the need for improvement of audits and transparency, with the focus, legal, of protection of fundamental rights, strengthening democracy and the need for improvement of the rules of procedure.

Keywords: Eletronic ballot box. Fundamental Right to Secret Vote. Information Security. Procedural and Organizational Rules.

## INTRODUÇÃO

O caso foi originado em ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei nº 13.165, de 2015, que em seu artigo 59-A prevê modificação da Lei nº 9.504, de 1997, com base no artigo 14, que em seu *caput*, prevê o "sigilo do voto", pois a impressão do mesmo pode resultar em problemas nesse sentido (BRASIL, 2020, p. 1-2, 3). A Procuradora formula que há falha na redação, na medida em que as informações não seriam suficientes para compreender, com tais problemas citados (BRASIL, 2020, p. 3-5). Estes estariam relacionados com o segredo necessário para assegurar que ninguém descubra em quem o cidadão votou, sendo os outros problemas possíveis decorrentes da própria impressão, o acesso igualitário a esse registro para todas as pessoas, bem como "retrocesso" (BRASIL, 2020, p. 3-4)<sup>23</sup>. Foi concedida a "medida

---

<sup>2</sup> Apenas para não ocupar mais espaço, comenta-se abaixo os desdobramentos que não dizem respeito diretamente à decisão de 2020 – o número das páginas é baseado na numeração que se refere às 44 páginas. Para buscar a eficácia da medida, pediu-se cautelar, tendo em vista que haveria eleição naquele ano e que iriam realizar a compra de tais "impressoras" (BRASIL, 2020, p. 4). Sobre os *amici curiae*, alguns foram descartados, enquanto outros foram aceitos (BRASIL, 2020, p. 4). Seguindo a Lei que regulamenta a ação direta de inconstitucionalidade, foram cumpridos os requisitos de "informações" (BRASIL, 2020, p. 4). O Congresso "sustenta a constitucionalidade da lei impugnada" (BRASIL, 2020 p. 4). Na medida cautelar, manifestações foram feitas<sup>2</sup> e os Ministros votaram (BRASIL, 2018, p. 5-128).

<sup>3</sup> Algumas partes dos votos da medida serão abordados para completar as análises, pois não aparecem na votação da Ação Direta. Edson Fachin considera que a importância se vincula com a "cidadania" e à "técnica", citando Diego Aranha (BRASIL, 2018, p. 58), e aborda a "eficiência" e a "economicidade", com base no artigo 70 da Constituição (BRASIL, 2018, p. 59). Entende também que a "identificação" se daria com a "assinatura digital" (BRASIL, 2018, p. 63), maculando a confiabilidade (BRASIL, 2018, p. 65-66). Aborda que uma impressora acoplada traria a possibilidade de "códigos maliciosos", a ausência de "sigilo do voto" e o problema da liberdade de escolha cerceada (BRASIL, 2018, p. 73). Rosa Weber considera a "segurança", a "confiabilidade" e a relação complicada que haveria com o "módulo impressor" (BRASIL, 2018, p. 94). Avalia que são realizadas auditorias, com técnicos e com a avaliação da "segurança" (BRASIL, 2018, p. 97). Toffoli, destaca-se, aborda a

cautelar” em 2018 (BRASIL, 2020, p. 4). O Ministro Gilmar Mendes relembra que o Tribunal já realizou análises sobre o tema, porém, com outra previsão (BRASIL, 2020, p. 2-3, 6-7), na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.543, relatada pela Ministra Cármen Lúcia.

O Ministro segue ordem da fundamentação da Procuradora para analisar a constitucionalidade (BRASIL, 2020, p. 7-30). Destaca a evolução política (ausência de “retrocesso político”) e a “economicidade e eficiência” (BRASIL, 2018, p. 15-30). Serão destacados alguns pontos em cada um dos pontos avaliados pelo Ministro ante a fundamentação proposta pela Procuradora (BRASIL, 2020, p. 6-7)<sup>4</sup>. Os dois

---

“auditoria” (BRASIL, 2018, p. 105) e as “minorias” que veem problema na urna (BRASIL, 2018, p. 107). Lewandowski considera a “proporcionalidade” e que não se deveria modificar o que “vem funcionando” (BRASIL, 2018, p. 110-111). Toffoli, Lewandowski e Celso de Mello (BRASIL, 2018, p. 112) votaram com Alexandre. Cármen Lúcia (BRASIL, 2018, p. 115) revela preocupação com a “confiabilidade”, a “impessoalidade”, o “sigilo” e a “democracia”, demonstrando que os quatro estão conectados e tem papel fundamental no “progresso” (BRASIL, 2018, p. 115-116). Aborda também que não houve “orçamento” da Lei, descumprindo a Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2018, p. 118). Cita como fundamentos importantes o “Registro Digital de Votos” e a imprevisão de questões de “auditoria ou apuração” na Lei, sendo incompleta e incoerente com o restante da norma (BRASIL, 2018, p. 119). Luiz Fux se considerou “suspeito” frente ao caso, por “prestar [...] informações” e por “[escolher] o licitante vencedor” (BRASIL, 2018, p. 127). A decisão final do caso foi pela procedência do pedido da Procuradora, devido à “inconstitucionalidade”, tendo como fundamentos os apontados pelo Ministro Alexandre de Moraes (BRASIL, 2018, p. 126). Lewandowski e Moraes comentem sobre o “constrangimento” e sobre o vazamento do voto (BRASIL, 2018, p. 54). A aleatoriedade dos votos é necessária para que não seja “descoberto”, que seria desvirtuada nessa impressão (BRASIL, 2018, p. 55), o que selaria o “retrocesso” (BRASIL, 2018, p. 56).

<sup>4</sup> Quanto ao “sigilo” é abordado o alto número de “urnas”, que são negociadas com empresas com processos de licitação e para realizar o que está previsto na legislação que resultou na Ação é necessário: a) de uma “impressora”, sendo um modelo usado na “Índia” e nos “Estados Unidos”, b) que esta não seja uma vulnerabilidade, diminuindo a “segurança das votações”, para que não seja uma “via para *hackear* a urna”, c) que seja “um compartimento inviolável”, com as verificações das características locais como um problema (BRASIL, 2020, p. 8-9). Nas observações seguintes, que não são consideradas para a inconstitucionalidade e que por isso foram dispostas em nota, verificou que há abertura para que o “Tribunal Superior Eleitoral” realizar previsões, para “complementar”, porém, a legislação prevista não aborda os conteúdos impressos e foi feita a ampliação pela via do Tribunal no prazo cabível – o julgador não verifica que seria um motivo para basear a abordagem (BRASIL, 2020, p. 9-12). Continuando a análise, sobre problemas na “impressão”, é necessário que não leve à violação do “sigilo”, com a abordagem entre “segurança” e “integridade”, analisando que a questão analisada se vincula à primeira e pode resultar em problemas para a segunda, com a necessidade de correção pelos “mesários”, inclusive com previsão na regulamentação do Tribunal (BRASIL, 2020, p. 13-14). Sobre as necessidades das pessoas deficientes visuais e “analfabetas”, não foi verificado como fundamento, na medida em que existem outras medidas que as auxiliariam na própria Resolução (BRASIL, 2020, p. 14-15). O quinto aspecto é o “retrocesso”, que foi o argumento para o julgamento da Ação de 2009, com as discordâncias do Ministro com o voto da relatora naquele momento e as

elementos de inconstitucionalidade são vinculados, sendo estes “economicidade” e “eficiência”, bem como a “eficácia” (BRASIL, 2020, p. 18-30). No primeiro caso, com base na previsão dos artigos 70 e 37, retoma o fundamento do julgado anterior, pela argumentação de “custos”, pelas “estimativas” realizadas pelo Tribunal, e pelos aspectos considerados anteriormente sobre a segurança – física e lógica, a necessidade de criar um meio para imprimir “sem riscos ao sistema” (BRASIL, 2020, p. 18-19), excluindo-se a ideia de que as “filas” seriam um problema e verificando-se o sistema de “segurança” de “assinaturas” e de hash (BRASIL, 2020, p. 19-21).

Foi citado que haveria elementos de “auditoria”, tais como o “Boletim”, o “Registro Digital de Voto”, bem como as entidades que participam do processo de auditoria (BRASIL, 2020, p. 20-21). Foi descrito também os problemas verificados em “relatório” do Tribunal Superior Eleitoral, que abordou os mesmos tópicos já analisados (BRASIL, 2020, p. 21-22). Aborda o Ministro ainda que não adicionaria segurança para a eleição e que é necessário fazer com que “a vontade de cada eleitor seja respeitada” (BRASIL, 2020, p. 23). Essa verificação não serviu para a fundamentação (BRASIL, 2020, p. 30). No segundo caso, (BRASIL, 24-30, foi verificada a necessidade de “normas de organização e de procedimento”, com a citação do próprio Ministro, que também aborda os doutrinadores Ingo Sarlet e Canotilho (BRASIL, 2020, p. 25), com os “procedimentos” necessários, a fim de garantir com que as previsões constitucionais dos direitos sejam cumpridas, evitando violações de “direitos fundamentais” (BRASIL, 2020, p. 24-25), nesse caso o artigo 14 da Constituição (BRASIL, 2020, p. 3), sendo citado o exemplo da decisão do Censo (BRASIL, 2020, p. 26).

Basicamente, o problema é a ausência destas normas, na medida em o legislador pode modificar nos “procedimentos eleitorais”, porém, deve dar conta dos “meios” para manter os direitos (BRASIL, 2020, p. 26), sendo a contagem dos votos impressos um problema – o “escrutínio”, a abertura das explicações para os cidadãos, a modificação das “normas de votação” (BRASIL, 2020, p. 27-29). A verificação de “inconstitucionalidade” foi “parcial”, de ideia de “ineficácia” pelo

---

abordagens da famosa decisão da Alemanha e a análise dos Estados Unidos, com a lembrança de 2002, quando essa possibilidade foi testada (BRASIL, 2020, p. 15-17). O Ministro considera a vontade do legislador, porém, avalia que este tem que prever constitucionalmente (BRASIL, 2020, p. 17).

problema da “implantação”, pelos custos e pela rapidez, bem como pela verificação da proteção da “liberdade” e do “sigilo”, com os “fundamentos” do voto de Alexandre – para que não tenha “identificação” (BRASIL, 2020, p. 29-30). O Ministro votou para “confirmar a medida cautelar” (BRASIL, 2020, p. 30). Alexandre de Moraes considerou os conteúdos previstos no artigo 14, caput, da Constituição Federal, bem como o 1º, inciso II e 37, *caput*, vidando a “confiabilidade do sistema eleitoral” (BRASIL, 2020, p. 32). (BRASIL, 2020, p. 33). O Ministro aborda a votação anterior e o voto de Gilmar como “relatório” (BRASIL, 2020, p. 32-33).

O voto é uma das bases do “direito político” e é verificado com a proteção do polo “ativo” e “passivo”, “eleger” e “ser eleito”, sendo os meios a “liberdade” de escolha, alguém, “em branco” ou “nulo”, e a “sigilosidade”, para evitar a “identificação” e problemas para o primeiro ponto (BRASIL, 2020, p. 33-34), sendo que já foi observado em Ação Direta anterior (BRASIL, 2020, p. 34-35). Novamente aparece a questão da previsão, agora sendo colocado como “mecanismos” (BRASIL, 2020, p. 35). O Ministro verifica “retrocesso”, pela “potencialidade de identificação” via “riscos” do voto impresso (BRASIL, 2020, p. 35-36), porém, votou com o relator. Barroso, que fundamenta de forma diversa, considera a ausência de “proporcionalidade”, com o problema de razoabilidade entre meios e fins, considerando também as “externalidades negativas” (BRASIL, 2020, p. 38-39, 40-41). Nesse primeiro ponto, aliás, o Ministro verificou a presença da “adequação”, mas a ausência da “necessidade” e da “proporcionalidade em sentido estrito” (BRASIL, 2020, p. 40).

O Ministro analisa que “não há qualquer risco de fraude objetivamente evidenciado [...]” (BRASIL, 2020, p. 41). Considera a confidencialidade (BRASIL, 2020, p. 41), pela maior “judicialização” (BRASIL, 2020, p. 42), bem como “fragilidade do sistema” e “custos” (BRASIL, 2020, p. 41-42), criando riscos que maculam a constitucionalidade (BRASIL, 2020, p. 42-43), considera que a impressão não seria o meio adequado (BRASIL, 2020, p. 41), observando que há a devida “transparência”, nos “programas”, nos “testes”. Em uma nota citada, o Congresso observou que não seria identificado (BRASIL, 2020, p. 88). Observa também a possibilidade de “compra de votos” e que a “assinatura digital” não seria suficiente (BRASIL, 2020, p. 42). Concede também a medida (BRASIL, 2018, p. 43). Na decisão (BRASIL, 2020, p. 44,



24-30, 34-37, 41-43), foi verificada a inconstitucionalidade, pelo problema do sigilo, da liberdade de voto e da segurança, que foram os vinculados à decisão do Supremo, aliás, será realizada a proposição de possibilidades, a fim de contribuir com os estudos realizados sobre a urna.

## 1 A PERSPECTIVA TEÓRICA DA DECISÃO: ANÁLISES E FUNDAMENTOS PARA A ABORDAGEM

Esses temas da decisão<sup>5</sup> se conectam diretamente com a noção da sociedade tecnológica e da informação de Pierre Lévy (1996)<sup>6</sup>. Gilmar Mendes (2014, p. 701) observa as previsões referentes aos “direitos políticos”, observando pressupostos do artigo 1º da Constituição Federal, bem como a previsão específica do artigo 14 da mesma norma<sup>78</sup>.

---

<sup>5</sup> Inicialmente, se observa o cumprimento dos requisitos básicos da Lei nº 9.868/99, conforme observa Mendes (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1154-1159), inclusive com as manifestações necessárias para a compreensão da participação de tais sujeitos no ocorrido e com terceiros “[...] com experiência e autoridade na matéria” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1157-1158). Importante destacar que o quórum necessário estava presente (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1162-1163), que não houve modulação de efeitos sendo declarada inconstitucional com seguimento de decisão retroagindo ao estado anterior (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1163).

<sup>6</sup> Vincula-se ao pertencimento do indivíduo à sociedade, com as antigas ou “novas tecnologias digitais” (LEVY, 1996, p. 17), impactando na vida das pessoas (LÉVY, 1996, p. 19) e em suas escolhas, nesse novo momento histórico que surgiu com diferentes perspectivas – digitais ou virtuais (LÉVY, 1996, p. 46-56). Ante a “democracia eletrônica” (LÉVY, p. 1996, 187-188), com as “tecnologias digitais”, foi modificada a realidade conhecida até o momento. O Professor Hoffman-Riem (2021, p. 24-25, 86-89) auxilia a pensar em tais pontos quando aborda a “conexão do mundo físico com o virtual”, a “falta de transparência”, respectivamente. Os demais aspectos se vinculam a outros pontos, portanto, não serão abordados.

<sup>7</sup> Recorta-se, entanto, para a abordagem do voto quanto a seus pressupostos previstos e não a questão da obrigatoriedade e outros pontos (MENDES; BRANCO, 2014, p. 702). Observa-se a consideração quanto aos indivíduos com complicações para exercerem tal direito de forma plena, tais como “pessoas [que] apresentam deficiências” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 703). Ingressa-se, então, no ponto específico: o “livre” e “secreto”, relacionados na medida em que o segundo ponto ampara o primeiro para que realmente se desenvolva plenamente o direito fundamental – aliás, se baseando em Pieroth e Schlink (2005, p. 277 *apud* MENDES; BRANCO, 2014, p. 705), entende ser de “eficácia privada” também (MENDES; BRANCO, 2014, p. 704-705).

<sup>8</sup> Sobre “[o] catálogo dos direitos fundamentais”, Sarlet (2018, p. 66-68, 73-74) revela que a Constituições observou várias abordagens teóricas para a previsão, sendo de amplitude aberta, inclusive com modificação terminológica, tendo revelado a importância de tais previsões por meio de incorporação de catálogo que não pode ser modificado, fundada na própria leitura sistemática. Na abordagem da “eficácia”, Sarlet (2018, p. 265) a “vinculação” estatal ou privada a estes (SARLET, 2018, p. 384), observando que estes primeiros são obrigados a cumpri-los, sendo essa a relação entre

Tendo em vista a especificidade, abordam-se aspectos do “Constitucionalismo discursivo” (ALEXY, 2015)<sup>9</sup>. Alexy (2015, p. 35) observa a “democracia deliberativa” como elemento de pertencimento, de participação – importante também na questão de “discurso” e de “responsabilidade do cidadão”. Alexy (2015, p. 42) considera a relação do elemento político como relacionada ao surgimento do direito historicamente, citando o “Virginia Bill of Rights” e seu artigo 21. Sobre a “ponderação”<sup>10</sup>, utilizada na decisão, o autor (ALEXY, 2015, p. 110-111) descreve como parte de três etapas, ou “princípios”, relacionada a questão de “realização de [...] princípio”, com a limitação de não prejudicar outras “posições”

---

tal parte e o direito fundamental, diferentemente do segundo caso, que aborda a parte privada, que, seguindo a lógica da explicação anterior, é obrigada a cumprir o direito alheio (a não violar), que é titular “objetivo” e que tem direitos perante o ente estatal e perante outras partes de igual nível na relação (SARLET, 2018, p. 393-394, 397, 399).

<sup>9</sup> No âmbito do constitucionalismo multinível, observa-se a busca pela base dos direitos humanos, de cortes internacionais e de outros elementos para garantir o cumprimento dos direitos fundamentais (CAMBI; PORTO; FACHIN, 2021, p. 116-117). O foco é a busca pela “harmonização”, garantindo a participação de entes dos mais diversos, do balanceamento das soluções, por exemplo, no Brasil e no âmbito internacional (CAMBI; PORTO; FACHIN, 2021, p. 119), é o cumprimento dos direitos (CAMBI; PORTO; FACHIN, 2021, p. 121), a fim de ampliar a proteção dos indivíduos, garantindo o amparo que seja necessário (CAMBI; PORTO; FACHIN, 2018, p. 124). A vinculação, inclusive, não se restringe a essa abordagem, prevendo também a participação (CAMBI; PORTO; FACHIN, 2018, p. 125), perfectibilizando normas constitucionais, dentre as quais o respeito e a “efetividade da defesa da cidadania” (CAMBI; PORTO; FACHIN, 2018, p. 141). A questão que aqui se opera é a observação multinível do constitucionalismo, visando incorporar o Estado e os entes privados na concretização dos direitos fundamentais, mas também com a questão nacional e supranacional. Foi pensada na perspectiva do voto como dever do Estado em assegurar as garantias e o próprio direito e o direito e dever, dependendo da ótica, dos particulares em cumprirem o direito alheio e as garantias que são meios de assegurar tal direito, sendo uma questão nacional, na medida em que está incorporada na Constituição Federal, e também supranacional, diante da previsão de Direitos Humanos. O artigo 21 da Declaração Universal de Direitos Humanos prevê o “voto secreto”, diretamente relacionando-o à “liberdade do voto”, os “representantes livremente escolhidos” (UN, 2021). O Pacto de São José da Costa Rica, por sua vez, em seu artigo 25 aborda o tema considerando o “voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores” (BRASIL, 1992). Esses são os pontos relevantes da discussão do aspecto da confiabilidade do sistema, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4543, relacionada à outra lei editada quanto à aspectos similares a que baseia o presente comentário. Ingo Sarlet (2022, p. 795-797) verifica um “plano” duplo, considerando como “humano” e “fundamental”.

<sup>10</sup> Na abordagem da “proporcionalidade”, o autor (SARLET, 2018, p. 414-415) ainda considera que não há previsão expressa sobre esse ponto na Constituição de 1988, porém, em uma leitura sistemática e principiológica é possível, e aborda as críticas quanto à “subjetividade” na aplicação desta (SARLET, 2018, p. 417-418) e a necessidade de não perder de vista a “razoabilidade” (SARLET, 2018, p. 418). Observa o Professor (SARLET, 2018, p. 419-420) que deve ser realizada “a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais [...]”, com a análise quanto aos efeitos desvantajosos do “meio”. O caso observado parece se vincular à observação de Sarlet (2018, p. 418), quanto à “proteção insuficiente”, ante a violação do “núcleo essencial” do direito político previsto (SARLET, 2018, p. 421).

("idoneidade"), de "meios" e "custos" ("necessidade"), bem como de "possibilidades jurídicas"<sup>11</sup>.

Ingo Sarlet (2022, p. 793-794) aborda os direitos políticos, com base na própria ideia de "cidadania" e "democracia", na medida em que há "participação" do eleitor, com base em direitos previstos, estes que dão a fundação e a moldura necessária para o funcionamento do estado. Compreende (SARLET, 2018, p. 799) que é "direito fundamental", que os "atores estatais" são obrigados a cumprir tal norma e vincula tais previsões à "dignidade da pessoa humana e a democracia", bem como é base para o exercício de outros direitos de igual forma (SARLET, 2022, p. 800). Há a percepção de vinculação com o voto "direto", que é relacionado à "imediatez" da contabilização íntegra do voto (SARLET, 2022, p. 805). O voto "secreto", segundo o autor (SARLET, 2022, p. 806) depende de "medidas de natureza fática e normativa", tais como "mecanismos de segurança quanto às [...] urnas".

A própria modificação histórica, perfectibilizada por meios e relações hoje comuns, transformou a forma de interpretar os fatos (PINHEIRO, 2021, p. 41-43). A exigência é de que haja concomitância entre os dois aspectos, "físico" e "digital", com a necessidade de maior cuidado, para que se represente e limite as ocorrências, porém é desta que nascem as principais complicações (PINHEIRO, 2021, p. 45-46), sendo necessária, como antes observado e agora lembrado, a reinterpretção (PINHEIRO, 2021, p. 47, 72). A digitalização e o efeito que causa na sociedade é analisada por Pinheiro (2021, p. 53, 59, 67-68), quanto à digitalização e o efeito que causa nas sociedades. Dentre os aspectos relacionados ao tema estudado, destacam-se a "segurança da informação" (PINHEIRO, 2021, p. 222-223) e a "assinatura digital" (PINHEIRO, 2021, p. 268).

Observa-se, no entanto que a segurança independe da ligação com redes, a própria questão física deve ser protegida, por vezes, e com os meios lógicos adequados. Da mesma forma, é necessário observar para além das "empresas" (PINHEIRO, 2021, p. 237), tendo em vista os deveres estatais. É nesse sentido que o

---

<sup>11</sup> Neste ponto se verifica semelhança com a leitura da forma de análise constitucional de Luís Roberto Barroso (2001, p. 44), que considera a transformação do Direito, porém tendo como base a Constituição para a leitura do restante das normas, ou seja, "a lente da Constituição" regeira e "os valores nela consagrados" passariam a ser analisados para encontrar qual seria a resposta possível.

tema se potencializa. Antes de observar tais pontos, a “assinatura digital” (PINHEIRO, 2021, p. 268), também citada no julgado, será pautada, porém na abordagem é considerada a proposta relacionada ao pilar da integridade da informação e relaciona com as redes, por assim dizer (PINHEIRO, 2021, p. 271), bem como “autenticidade” (PINHEIRO, 2021, p. 270). Porém, não é esse o caso estudado, é um pouco mais complexo do que isso: não necessariamente irá identificar a pessoa na forma descrita (PINHEIRO, 2021, p. 270).

Na Alemanha (DEUTSCHLAND, 2009a, [s.p]; DEUTSCHLAND, 2009b, [s.p]), como citou o Ministro Gilmar Mendes, foi observado que não haveria a possibilidade de manter a urna eletrônica, na medida em que o indivíduo possa compreender e verificar o que foi apurado no voto, visando a participação das pessoas no processo eleitoral, pela transparência. Outra decisão relevante é a da Índia<sup>12</sup> (2013, p. 410), na medida em que se relaciona ao resultado da decisão brasileira por ter sido observado que a confiabilidade somente seria possível com a prova em papel do voto, para que se tivesse certeza do voto (INDIA, 2013, p. 413), tendo em vista que haveria possibilidade de modificação externa dos votos (INDIA, 2013, p. 414) e deveria ser buscada a transparência (INDIA, 2013, p. 415). A informação mais importante é que é observado que os equipamentos usados naquele País são diferentes dos demais usados (INDIA, 2013, p. 424). Na decisão foram consideradas outras questões, como o “custo” de “implementação” (INDIA, 2013, p. 418-419, 421).

Foi julgado “improcedente”, na medida em que será implementado (INDIA, 2013, p. 422), porém observa-se a necessidade de abordar um ponto específico do

---

<sup>12</sup> A Proposta de Emenda Constitucional nº 135, de 2019 (BRASIL, 2019, p. 11), citou essa decisão para tentar justificar a necessidade do “voto impresso”. A referência da decisão da Índia segue o número no rodapé da página e não o do arquivo. O trecho citado na Proposta (BRASIL, 2019, p. 11) está na ementa da decisão (INDIA, 2013, p. 410) e no ponto 29 (INDIA, 2013, p. 421). Também cita a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade diretamente analisada (BRASIL, 2019, p. 7). Cita abordagem de “especialistas” na Ação Direta de Inconstitucionalidade também citada no julgado (BRASIL, 2019, p. 8-9), porém com o recorte à algumas questões apenas, como “falha de impressão” e a incorrência na prática. Fica o questionamento: se a impressão do voto da urna é confiável, por que a apuração da mesma não seria – ele seria diverso do registrado na urna? E ainda será abordada a auditoria dos votos, demonstrando que se a urna é confiável para imprimir o voto contabilizado, pode muito bem ser substituída a proposta por um meio eletrônico no qual o indivíduo possa ver o que foi contabilizado, e a transmissão de votos, a fim de complementar a complexidade. Na questão técnica, as urnas indianas foram observadas em artigo, porém, como a ideia é o estudo da brasileira, apenas fica a recomendação de leitura deste (WOLCHOK; WUSTROW; PRASAD, 2010).

julgado na medida em que se comunica com o estudo: “[...] é necessário implementar EVMs com a sistemática VVPAT, pois o voto não é nada além de um ato de expressão que tem imensa importância no sistema democrático” (INDIA, 2013, p. 421)<sup>13</sup>. Para complementar, em decisão na Suprema Corte da Pensilvânia (2014), em nível de apelação, houve consideração de aspectos semelhantes ao tema, importantes quanto às previsões normativas e as urnas idênticas a do Brasil (PENNSYLVANIA, 2014, p. 2), considerando-se que “não violam o direito fundamental de voto [...]” (PENNSYLVANIA, 2014, p. 34). No pedido, foi observado que não haveria a preocupação com a segurança e que haveria possibilidade de alterar e que não há como realizar o somatório aleatório (PENNSYLVANIA, 2014, p. 4, 24). Arguiram que não haveria os “requisitos de exatidão, segurança e confiabilidade” (PENNSYLVANIA, 2014, p. 5).

É observado que há como auditar o que foi votado na urna, por conta dos “cartões de memória” – “memory cards” (PENNSYLVANIA, 2014, p. 13)<sup>14</sup>. A perspectiva constitucional digital (MENDES; FERNANDES, 2020, p. 7-10, 11, 19-20) deve observar a “eficácia”, deve traduzir as relações atuais, precisa ser repensado e atualizado, para que a teoria e a prática protejam os indivíduos. Voltando-se para o caso concreto, são necessárias as abordagens do Tribunal Superior Eleitoral, separado em “relatório de auditoria” (BRASIL, 2021c), seguido de dois pontos sobre a “contabilização” (BRASIL, 2020; BRASIL, 2021a). No primeiro caso, dentre as análises, abordou-se a previsão do “voto impresso” (BRASIL, 2021c, p. 1)<sup>15</sup>, com a consideração da ausência de meios individuais de checagem da conformidade do

---

<sup>13</sup> Do original: “[...] it is necessary to set up EVMs with VVPAT system because vote is nothing but an act of expression which has immense importance in democratic system.”

<sup>14</sup> O ponto importante nesse julgado é quando observam a modificação física dos votos, por meio de abordagem direta com a urna, com direito a observação de que não haviam apresentado “evidências” do problema de contagem e que foi observada a possibilidade de “instalação de código malicioso”, por meio de “vulnerabilidades” (PENNSYLVANIA, 2014, p. 24-25). Demonstaram que não há suficientes “riscos” nas “vulnerabilidades” arguidas (PENNSYLVANIA, 2014, p. 26-27). A fim de facilitar a compreensão, observa-se que “vulnerabilidades” são “fragilidade[s] de um ativo ou grupo de ativos, que pode[m] ser explorada[s] por uma ou mais ameaças” e “são falhas que, por si sós, não provocam incidentes, pois são elementos passivos que dependem de um agente causador [...]” (MASCARENHAS NETO; ARAÚJO, 2019, p. 33).

<sup>15</sup> Na “auditoria”, prevê-se os “riscos técnicos de impressão do voto” (BRASIL, 2021c, p. 27-30). A previsão da legislação (Lei nº 9.504/1997) é de artigos (“59, 60, 61, 67 e 68”), com “segurança, a transparência e confiabilidade” (BRASIL, 2021c, p. 3).

voto e do registro (BRASIL, 2021c, p. 12)<sup>16</sup>. Considera-se que a “própria equipe técnica” do Tribunal Superior Eleitoral realizou comentários sobre “riscos”, estes que basearão as análises, tendo em vista as previsões constitucionais e as análises já realizadas (BRASIL, 2021c, p. 64-67)<sup>17</sup>.

Importante destacar também que foi observado que o Tribunal deveria “estimular a participação popular nas etapas de fiscalização públicas” (BRASIL, 2021c, p. 70), o que se vincula ao ponto estudado. Quanto às influências externas em abordagem lógica, o Tribunal Superior Eleitoral compartilhou material que observa que os há verificação de integridade (“íntegros”) e de autenticidade (“autênticos”) por meio de um “programa”, ou seja, o “pendrive” que contém os dados idênticos aos do Boletim de Urna, são revisadas as informações são provenientes da urna, e na ausência de conexão “aberta” (BRASIL, 2020; BRASIL, 2021a), ou seja, de uma “rede privativa” é controlado o acesso a apenas àqueles que podem – importante destacar que a alteração posterior não é possível tendo em vista a noção de autenticidade e seria “descarta[da]” (BRASIL, 2021a)<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Cita-se nesse ponto, com a base da “auditoria” (BRASIL, 2021c, p. 13), que é observado que o procedimento adotado “minimizou riscos da intervenção humana” e com a citação da “Resolução 23.603/2019” (BRASIL, 2021b). Abordam-se os mecanismos utilizados para evitar com que haja problemas (BRASIL, 2021c, p. 17). Destaca-se no documento, a ausência de conexão, a presença de “criptografia” e de rede privada (BRASIL, 2021c, p. 17, 47). Outro ponto é o comentário no “voto revisor” (BRASIL, 2021c, p. 62) sobre as melhorias observadas pelo “revisor” (BRASIL, 2021c, p. 63). Também houve a observação de respostas técnicas (2021a), as quais foram criticadas por estatísticos (FOLHAPRESS, 2022). A “rede privada” também aparece em um artigo, sendo observado que é realizada por via “JEConnect” (ARANHA; BARBOSA; CARDOSO, et. al, 2018a, p. 4).

<sup>17</sup> Marcacini e Barreto Junior (2019, p. 109) consideram a importância da “lisura”, da “transparência” e da “auditabilidade pública”, pois são garantidoras da “democracia”, sendo, para isso, necessário que sejam “anônimos”. Os autores (MARCACINI; BARRETO JÚNIOR, 2019, p. 113) consideram as “críticas” realizadas por técnicos, com estudos de Diego Aranha (MARCACINI; BARRETO JÚNIOR, 2019, p. 113, 119), de Rebecca Mercuri (apud MARCACINI; BARRETO JÚNIOR, 2019, p. 116, 117-118), de Bruce Schneider (apud MARCACINI; BARRETO, 2019, p. 116-117), de Rivest e Wack (apud MARCACINI; BARRETO JÚNIOR, 2019, p. 118-119, 120). Marcacini e Barreto realizam a relação entre o caso julgado na Índia e as condições brasileiras (MARCACINI; BARRETO JÚNIOR, 2019, p. 127). Porém nota-se que nos países citados no artigo – Holanda e Índia, foram verificadas problemáticas, que poderiam levar à ausência de segurança, porém o que ocorre no Brasil é o descrito pelo autor citado, Bruce Schneider (apud MARCACINI; BARRETO JÚNIOR, 2019, p. 126-127): aqui há o “estud[o] do mecanismo da tranca”, como será visto a seguir.

<sup>18</sup> Há trabalhos importantes que observam o voto “secreto” e a “auditoria”<sup>18</sup>, com a observação de que seria importante que o indivíduo pudesse ver o que foi contabilizado, com a análise de diversos autores (AZEVEDO, 2014, p. 138-141), e verifica que a “votação anônima” é contraditória com a “prova de voto” – esta que é “utilizada para a compra de votos e ameaça”, sendo necessária “criptografia”

No entanto, é necessário contemplar os artigos técnicos que abordam o processo eleitoral brasileiro e as críticas principais postas, bem como as soluções técnicas que auxiliam no contexto teórico da abordagem do tema<sup>19</sup>, ou seja, das percepções das “normas de procedimento”. Deve ser frisado que a ideia é a melhoria do sistema, para que cumpra fielmente a Constituição e não a desconsideração: a) de todos os esforços para a melhoria, do Tribunal Superior Eleitoral aos participantes dos testes e demais eventos; b) da democracia ou eventual ataque à instituição do Tribunal Superior Eleitoral (pelo contrário, a ideia é contribuir); e c) do princípio da transparência e da busca por confiabilidade, que são o norte da crítica deste comentário. O trabalho publicado publiciza o que foi realizado no Teste Público de Segurança (ARANHA; BARBOSA; CARDOSO, et al, 2018a, p. 2), no qual foram verificados problemas quanto à “[r]ecuperar a chave criptográfica”, às “bibliotecas compartilhadas sem verificação de integridade, permitindo injeção de código arbitrário [...]”, ao uso desta para “violar o sigilo do voto<sup>20</sup>”.

---

(AZEVEDO, 2014, p. 159), bem como com a observação da “transparência como valor público” (CUNHA, 2009, p. 31-33), com entrevistas, por exemplo, à magistrados (CUNHA, 2009, p. 47-53) e “integrantes da comunidade acadêmica” (CUNHA, 2009, p. 68-75), com observação de que a “transparência” seria relacionada aos “testes de segurança”. Será observado que o ponto de vista será diverso em especialistas na área, principalmente quanto as “vulnerabilidades”, estes que participaram de tais testes. Outros autores de leitura recomendada é Ronald Rivest ([s.d], p. 1-6; 2006, p. 1-15) e Hosp (2011).

<sup>19</sup> A Sociedade Brasileira da Computação, por meio de seu Presidente (MÂCEDO, 2022), emitiu nota observando que “requerem aperfeiçoamento contínuo para garantir a devida confiança em seu funcionamento e segurança”, verificando “possíveis vulnerabilidades” e que a instituição “tem levantado argumentos técnicos” visando o “contínuo aperfeiçoamento”.

<sup>20</sup> Como é observado a primeira observação do “código-fonte” da urna ocorreu em 2012, na qual os primeiros comentários sobre a insegurança foram realizados (ARANHA et al, 2014 apud ARANHA; BARBOSA; CARDOSO, et al, 2018a, p. 1), porém, ainda sem o acesso, conseguiram “quebrar o sigilo do voto” e o Tribunal observou que corrigiu o problema (ARANHA; BARBOSA; CARDOSO, et al, 2018a, p. 6). Em 2012, foi possível verificar o “RDV” e explorar “vulnerabilidade”, causando um problema para o “sigilo” em uma “seção”, bem como “escolha inadequada de algoritmos” (ARANHA; BARBOSA; CARDOSO, et al, 2018a, p. 6). Os testes ocorreram novamente em 2016, onde foi possível realizar “ataque bem-sucedido” ante “a integridade de resultados”, com modificação dos “códigos de verificação de BUs” (TSE, 2016 apud ARANHA; BARBOSA; CARDOSO, et al, 2018a, p. 6). Em 2017, houve impossibilidade de “instalar software de preferência dos investigadores” e “faltavam alguns arquivos e conteúdos de variáveis”, ainda assim foram encontradas “vulnerabilidades em potencial” (ARANHA; BARBOSA; CARDOSO, et al, 2018a, p. 7). Foram realizadas tentativas de “engenharia reversa para extrair chaves criptográficas” (ARANHA; BARBOSA; CARDOSO, et al, 2018a, p. 8-9) e “executar código arbitrário” (ARANHA; BARBOSA; CARDOSO, et al, 2018a, p. 9). No primeiro caso, foi observada a possibilidade de alteração do “LOG” e a “quebra do sigilo do voto”, com a “injeção de código malicioso”

Observa-se que há estudos (ARANHA; BARBOSA; CARDOSO, et al., 2018b, p. 15) que “contestam” os materiais do Tribunal Superior Eleitoral, observando que até aquele momento haveria “insegurança contra injeções maliciosas com controle no software de votação”<sup>21</sup>, que os “eventos log não contém assinaturas digitais, o que elimina a possibilidade de usar o LOG como um mecanismo de auditoria”<sup>22</sup>. Os autores (ARANHA; BARBOSA; CARDOSO, et al., 2018b, p. 15-16) observam que a “criptografia do sistema de arquivos”, ao se ter acesso à “chave” não barra a detecção de “vulnerabilidades graves”, sendo um problema para a “integridade do software”<sup>23</sup>. Também podem ser observadas as “falhas de segurança” e as possíveis soluções desenvolvidas (FERRÃO; CHERVINSKI; SILVA, et al., 2019, p. 2) e cita-se logo de início “falta de transparência no sistema e falta de mecanismos efetivos que permitam à sociedade realizar auditorias [...]”, tendo em vista a própria “democracia” (FERRÃO; CHERVINSKI; SILVA, et al., 2019, p. 6). Ou seja, a certeza do Tribunal Superior Eleitoral é relativizada por pesquisadores da área.

---

(ARANHA; BARBOSA; CARDOSO, et al, 2018a, p. 9-10). É importante destacar que no artigo (ARANHA; BARBOSA; CARDOSO, et al, 2018a, p. 12-13) há o destaque que a “equipe técnica do TSE publicou um relatório detalhando as contramedidas implementadas em resposta às vulnerabilidades encontradas pelos investigadores [TSE, 2018]” e que os autores ainda realizam “recomendações”, bem como que não há transparência quanto ao que foi realizado. São apenas alguns aspectos, a fim de exemplificar as análises dos autores, para ampliar as bases teóricas para análise da decisão.

<sup>21</sup> Do original: “DRE voting machines are notably insecure against malicious insiders with control over the voting software”.

<sup>22</sup> Do original: “The fact that the shared library handling log events lacked digital signatures completely removes the possibility of using the LOG as an auditing mechanism [...]”.

<sup>23</sup> A realidade é que o estudo foi realizado para auxiliar o Tribunal com as soluções necessárias para ampliar a segurança. Foi constatado que “o software da urna não atende até o momento os requisitos de segurança e transparência [...]” e recomendado o uso de impressão do voto (ARANHA; BARBOSA; CARDOSO, et al., 2018b, p. 16). É importante destacar que em recente entrevista para a BBC (SCHREIBER, 2021), Aranha observou que seus argumentos são técnicos e em nada se vinculam com as observações de “fraude”, apenas quanto à “maior segurança” e “transparência” do sistema eleitoral, como pode ser visto nos dois artigos comentados. Aliás, um trecho diz exatamente que: “A ideia é que o eleitor possa ver um registro físico do seu voto após votar na urna eletrônica, [...] sem poder tocar nesse papel, antes de ele ser depositado em um recipiente sigiloso, lacrado” (SCHREIBER, 2021). E ainda que Aranha avalia um problema no Tribunal Superior Eleitoral “como a postura de negar as evidências técnicas de vulnerabilidade produzidas nos testes” (SCHREIBER, 2021), o que coaduna com seus próprios trabalhos. Aliás, no Teste Público que iniciou ano passado e que teve o “Teste de Confirmação” neste ano, foram observadas “possíveis vulnerabilidades”, com a análise das modificações após as recomendações no “teste de confirmação”, como o exemplo de “obter o acesso à VPN” (BRASIL, 2022, p. 4-5).



Dentre as “vulnerabilidades” estudadas no artigo (FERRÃO; CHERVINSKI; SILVA, et al., 2019, p. 7) abordou-se que haveria “vulnerabilidades existentes, possíveis vetores de ataque que podem ser explorados por um agente malicioso [...] e aspectos que possam ser melhorados para aumentar a transparência e confidencialidade [...], o que é essencial em uma democracia”<sup>24</sup>. A possibilidade de “ataques que possam recuperar a chave” (de “cifragem das mídias”) ainda seria um problema, bem como a injeção de “código malicioso” diretamente “no código-fonte”, podendo “decifrar os dados contidos nos flash cards”, bem como outras citadas (FERRÃO; CHERVINSKI; SILVA, et al., 2019, p. 8)<sup>25</sup>. Consideram também que “testes de votação paralela são inefetivos” quando relacionado à “software malicioso” e que é necessário pensar melhorias com base em outros países, adequando para o Brasil, sendo necessário pensar nos “benefícios” (FERRÃO; CHERVINSKI; SILVA, et al., 2019, p. 10)<sup>26</sup>.

Schauren (2016, p. 29) aborda a “segurança”, considerando que nos testes públicos é realizada a observação do código “simulado”, que “assinatura de hardware utiliza a biblioteca desenvolvida pelo CEPESC/ABIN” e que o “certificado” é do “TSE” e não do “ICP-Brasil”. O comentário de Aranha em 2012 (ARANHA, 2014 apud SCHAUREN, 2016, p. 73) é destacado, quanto ao ponto da “vulnerabilidade” que influía diretamente no “sigilo do voto” (SCHAUREN, 2016, p. 63). Outro elemento

---

<sup>24</sup> Em questionamento sobre “vulnerabilidade” (PEGORINI; YADA; SOUZA, et al., 2019, p. 7), foram abordados estudos, sendo que destes “8 apresenta[ram] a mitigação”, inclusive apresentando um quadro de autores e observações (PEGORINI; YADA; SOUZA, et al., 2019, p. 8).

<sup>25</sup> Os autores consideram a “ausência de autoria”, com a observação dos argumentos contrários à impressão do voto, com métodos como impressão de “QR Code”, fazendo com que o eleitor só seja liberado após “validar” o voto (FERRÃO; CHERVINSKI; SILVA, et al., 2019, p. 9) e que “boletins de urna são inócuos na verificação da contabilização dos votos”, pois não “tem efeito para verificar se o software está contabilizando os votos corretamente” (FERRÃO; CHERVINSKI; SILVA, et al., 2019, p. 10).

<sup>26</sup> Há outras possibilidades como o uso de “assinatura cega” e da “blockchain” para melhorar e “impedir adulterações”, “auditação do voto” e sigilo (GUILHERME. SILVA; LAZARIN, 2022, p. 1-2)<sup>26</sup>. A questão é demonstrar que não necessariamente por ser assinado que o documento demonstrará o voto, haverá “sigilo do teor do documento” (GUILHERME. SILVA; LAZARIN, 2022, p. 2), com o uso de um cartão que será entregue ao eleitor, que será o responsável por manter a criptografia (dupla), bem como o “voto cifrado”, com verificação do “cartão” antes do “depósito do voto”, que será transparente por ser encaminhado para a blockchain<sup>26</sup> (GUILHERME. SILVA; LAZARIN, 2022, p. 4-5, 6). Outros autores propõem que deveria ser usado “log transparente”, com base em Merkle, considerando a possibilidade de “recontabilizar” (2019 apud KIMURA; URASHIMA; FUMAGALI, et al., 2019, p. 3-4, 5-6).

importante é destacar que “[p]ara minimizar o risco de ataques externos, o acesso a internet dos cartórios eleitorais, Tribunal Regional Eleitoral e Tribunal Superior Eleitoral”, bem como outros mecanismos que não serão destacados (SCHAUREN, 2016, p. 70). É observado que o Brasil é inovador na ideia de publicizar os “testes” (SCHAUREN, 2016, p. 75). Todas as verificações são relevantes para a constitucionalidade já abordada doutrinariamente, sendo analisado que é necessário melhorar o sistema, não retirá-lo.

O autor (SCHAUREN, 2016, p. 82-83) esboça a discordância quanto voto impresso, dentre tantos motivos se destaca a necessidade de “validação do software”, a possibilidade de problemas decorrentes da segurança física das impressões (SCHAUREN, 2016, p. 82-83) e os estudos de “potenciais ataques” aos modelos de urna necessários para a impressão (BRENNAN, 2006, p. 61 apud SCHAUREN, 2016, p. 82-83). Dentre todas as verificações, este artigo é relevante para a análise de melhoria e não ampliação de verificações, como a que baseia a própria decisão do Supremo (BRASIL, 2020). Por fim, restam dois artigos, um destes de membros do Tribunal Superior Eleitoral (MONTEIRO; LIMA; RODRIGUES, et al, 2019) e o outro dos membros do “CEPESC” (PACHECO; BRAGA; PASSOS, et al, 2022). No primeiro, são observadas as questões de “segurança” para que se possa, no futuro realizar “a abertura livre do código-fonte para a sociedade”, por meio de modificações a fim de garanti-la (MONTEIRO; LIMA; RODRIGUES, et al, 2019, p. 1) e repassam as ocorrências desde 2009 (MONTEIRO; LIMA; RODRIGUES, et al, 2019, p. 2-11).

Concluíram que é necessário revisar e proteger “o kernel” e “os conjuntos de chaves de criptografia e assinaturas”, que são assinados na “sala-cofre do TSE” e que as modificações externas “não serão bem-sucedidas”, visto que não será executado (MONTEIRO; LIMA; RODRIGUES, et al, 2019, p. 11-12). No segundo artigo, será destacada a melhoria da “criptografia”, que teve a sua alteração também baseada na “transparência” – “transparency” (PACHECO; BRAGA; PASSOS, et al, 2022, p. 1)<sup>27</sup>. Os autores revelam as modificações realizadas neste ano, com a

---

<sup>27</sup> Os autores (PACHECO; BRAGA; PASSOS, et. al, 2022, p. 2) revelam que, em 2002 e 2014, foram realizados estudos que demonstraram problemas quanto a esse ponto e observam que o Tribunal vem buscando melhorar os problemas, bem como demonstraram as ações do “CEPESC”.

“biblioteca criptográfica [...] libharpia” (PACHECO; BRAGA; PASSOS, et al, 2022, p. 2), sendo que “é de responsabilidade do TSE usar a libharpia corretamente” (PACHECO; BRAGA; PASSOS, et al, 2022, p. 3)<sup>28</sup>, esta que utiliza “algoritmos pós-quânticos” (PACHECO; BRAGA; PASSOS, et al, 2022, p. 4, 7-12). Tal utilização representa aumento de segurança “[...] contra computadores quânticos” (PACHECO; BRAGA; PASSOS, et al, 2022, p. 9), com a observação de que “[...] a intenção é abrir o acesso à essa biblioteca num futuro próximo” (PACHECO; BRAGA; PASSOS, et al, 2022, p. 12)<sup>29</sup>. Com base em tais observações técnicas, deixadas para o final para avaliar a doutrina, passa-se para a análise crítica do julgado com base nas abordagens deste tópico.

## **2 ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO: ABORDAGEM COM BASE BIBLIOGRÁFICA ANALISADA**

Nota-se, primeiramente, que o problema destacado pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020) deve se referir às dúvidas que não tem comprovação científica, não à preocupação de entidades e especialistas que visam apenas a melhoria da segurança e a mitigação das vulnerabilidades, pois a melhoria, como demonstrado, auxilia na constitucionalidade e a própria democracia, fortalecendo-a para que também reduzam os boatos. A questão é mais do que não usar a rede - aliás, é possível uma impressora que não a utilize, se para o caso teria que ser fabricada é outro problema, verificada é a dimensão física e lógica de vulnerabilidades. É importante incluir entes públicos e privados, a fim de realizar as normas constitucionais, visando a “democracia” e, principalmente, “o sigilo do voto” (BRASIL, 2020, p. 19, 24-30, 34-37, 41-43), não apenas por ser obrigação do Estado, mas por ser um direito dos cidadãos. Outro aspecto é o aumento do tempo dos testes públicos, para um serviço ainda melhor, com a diminuição das limitações, pois elas prejudicam muito o bom andamento da avaliação das falhas e vulnerabilidades,

---

<sup>28</sup> Do original: “it is TSE’s responsibility to use libharpia correctly”.

<sup>29</sup> O primeiro trecho original é: “[...] if the attacker has a quantum computer we are protected by the post-quantum algorithms”. O segundo trecho original é: “is an intention of open-sourcing this library in the nearfuture”.

como demonstrado no artigo sobre o Teste Público (ARANHA; BARBOSA; CARDOSO, et al, 2018).

Nota-se que para remediar as situações que os Ministros entendem ser um problema, é necessária a ampliação do espaço dos profissionais da segurança da informação, física e lógica, para que auxiliem na construção das soluções, o amplo debate e participação da sociedade, com a busca da democracia e a comunicação, bem como transparência, sendo, para atingi-la, necessário a participação de profissionais, partindo-se também das decisões da Alemanha (DEUTSCHLAND, 2009a; DEUTSCHLAND, 2009b) e da Índia (ÍNDIA, 2013, p. 413, 415), por exemplo, ampliando as bases constitucionais democráticas, visando melhorias técnicas para o Brasil, bem como a “transparência” (BRASIL, 2021c, p. 3; CUNHA, 2009, p. 31-33; MARCACINI; BARRETO JUNIOR, 2019, p. 109). Na questão do voto impresso, em si, observa que há possibilidades para além deste, concordando-se com a análise de insegurança deste, não quanto à dimensão física da segurança da informação, pois a ideia é justamente criar uma divisão entre o cidadão e o voto.

A questão é, a partir da impossibilidade de relacionar diretamente o voto e quem o realizou, como fazer as pessoas entenderem que não vai aparecer o nome delas ou do candidato, ou seja, como fazer elas compreenderem como funciona o hash e confiar neste? É importante destacar que há diferença entre não ter “vulnerabilidades” e não ter ataques “bem-sucedidos”, e estas primeiras devem ser corrigidas assim que forem vistas, para que não haja problemas, devem ser mantidas em análise constante, sobretudo, pelo impacto na democracia que eventual ameaça poderia causar (MÂCEDO, 2022; MARCACINI; BARRETO JUNIOR, 2019, p. 9). A questão quanto ao segredo do voto e a integridade conferida mesmo com a auditoria, por meio da assinatura cega, se aproxima do que foi observado no Tribunal Constitucional Federal Alemão, sendo necessário o debate e a participação social, bem como a educação tecnológica para que esta possa se posicionar, um ponto que não foi abordado pelo Supremo como deveria ter sido<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> As análises dos autores que abordam sobre blockchain, por exemplo, devem ser verificadas quanto à possibilidade de ocorrência, porém, não parecem, em tese, ir contra as abordagens da constitucionalidade.

Conforme o que é abordado em Aranha (2021) e no artigo que ele produziu com outros autores (ARANHA; BARBOSA; CARDOSO, et al, 2018, p. 1-12, 13), por exemplo, é possível verificar a constitucionalidade da proposta, pois é um modelo "inviolável" e que visa auxiliar na "segurança" (BRASIL, 2020, p. 14). Mas, como já observado, há outras formas que teriam risco físico menor, pois concorda-se com Schauern (2016, p. 82-83), que dá soluções que ampliam a constitucionalidade e que se encaixam diretamente nas premissas da decisão. A confiabilidade, a auditoria e a transparência, embora não se confundam, se comunicam, na medida em que é necessário que haja uma forma do eleitor que quiser verificar possa fazê-lo. A meta é cumprir os requisitos de constitucionalidade, deve-se seguir o orçamento público e deve ter um mínimo de informações passadas para os cidadãos conhecerem ou terem a oportunidade de conhecer.

A transparência e auditoria (PACHECO; BRAGA; PASSOS, et al, 2002, p. 1; SCHREIBER, 2021; ARANHA; BARBOSA; CARDOSO, et al, 2018b, p. 16; BRASIL, 2021c, p. 3, 13), para além do nível institucional e centralizado do Tribunal Superior Eleitoral, deve ser observada, a fim de realizar garantias fundamentais e direitos humanos, tendo em vista o constitucionalismo multinível (CAMBI; PORTO; FACHIN, 2021, p. 116-117, 125, 141; SARLET, 2022, p. 795-797). Entende-se o contexto do momento da decisão, claro, mas a ideia é que o debate continue, que sejam, principalmente, ouvidos os profissionais da área, para que se tenham eleições transparentes (SCHRAIBER, 2021; MARCACINI; BARRETO JUNIOR, 2019, p. 109; CUNHA, 2009, p. 31-33). Explica-se melhor para que não haja dúvida: como Aranha observou, não existem indícios de fraude (SCHRAIBER, 2021), porém, ainda não está no nível que deveria se encontrar (ARANHA; BARBOSA; CARDOSO, et al, 2018b, p. 16). Também não deve ser comparado o sistema de 2002 com 2018 (BRASIL, 2020, p. 21), a "experiência" não será igual, é visível que a tecnologia teve melhoria, a questão, então, deve ser a constitucionalidade da medida.

Concorda-se, portanto, em parte com o julgado, na medida em que: a) há insegurança, diante da proteção ausente para o sigilo, para as impressões e há outras possibilidades, digitais - sendo necessário observar nesses casos a proporcionalidade entre meio e fim - pelo custo das urnas para a observação dos resultados pela assinatura cega ou com a metodologia na qual só libera o voto se o

eleitor observar em urna anexa, apenas como exemplo; b) há a necessidade de ampliar a transparência e isso não se dá apenas com as publicações dos resultados, pois o código-fonte e outros elementos são muito restritos, o que dá margem para os boatos, principalmente, observando o desconhecimento técnico, e a auditoria, para que códigos não sejam injetados, pois como observado, se houver alguma vulnerabilidade, pode ser explorada, concorda-se com a desnecessidade do voto impresso, bem como com a ausência de fraudes, na medida em que não são comprovadas por meios técnicos válidos. Aliás, nos próprios artigos é verificado que o código-fonte tem sido trabalhado para ser liberado – o que deve ser feito também para acabar com certos boatos. Com base em tal perspectiva crítica, passa-se para a conclusão do comentário.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de um tema tão relevante e complexo, foi necessário estabelecer um recorte para abordar de forma a estabelecer a relação entre a questão técnica e a jurídica, que se relacionam na medida em que ambas visam a melhoria da democracia. O julgado pode ser compreendido com as nuances da técnica como incompleto, pois acaba dando atenção à pontos que não são um problema, tal como a assinatura digital, como foi demonstrado em artigo, sendo que a incorreção está na norma não prever a proteção necessária, com base no direito fundamental, vinculado ao sigilo - embora se discorde da ideia de que a impressão é uma necessidade. A oportunidade de abordar de forma científica o tema e buscando estabelecer uma leitura crítica do julgado auxiliou a compreender a interpretação da Constituição.

Observa-se que dentro das limitações de ser um comentário escrito para avaliação de uma decisão, foi possível observar e fundamentar as bases em uma complementação do direito constitucional e das análises técnicas em importantes congressos da Ciência da Computação, embora não seja possível realizar um apanhado maior pela extensão do próprio trabalho. Os aspectos teóricos, na verdade, evidenciam os conceitos e a necessidade de repensar o sistema, no sentido de que não aparece a técnica no debate público. A ideia que restou é que o voto, como direito

fundamental político e meio de exercício deste, deve ser transparente e dar confiança ao indivíduo, talvez por isso seja tão importante a decisão da Alemanha para este debate. Algumas razões para a inconstitucionalidade foram insuficientes, pois demonstram o desconhecimento que existe das técnicas, observação realizada nos comentários críticos.

Concorda-se, porém, com a análise realizada pelo Ministro Gilmar, quanto à ausência de proteção e a violação ao direito fundamental pela insegurança para o sigilo, no entanto, discordou-se dos fundamentos. A ideia é o fortalecimento da democracia, da melhoria da transparência e, de forma alguma, questionar confiabilidade, porém, na medida em que houve o estudo, foi verificado que vulnerabilidade e fraude são aspectos distintos, e que pode haver risco, sendo necessário ampliar os testes, bem como é necessário melhorar as normas de procedimento, juntamente com as tecnologias de segurança, pois as ameaças melhoram rapidamente. A ideia é melhorar a segurança para que a técnica prevaleça e efetivar o direito fundamental previsto, com base nas suas conexões – confiança, transparência, democracia, dentre outras abordadas neste comentário. As decisões analisadas serviram para a pesquisa, mas também para a ampliação do conhecimento sobre o tema.

Os mais diversos autores acabaram sendo imprescindíveis para a elaboração do trabalho, certamente com o devido recorte para dialogarem entre si, mesmo que as propostas fossem diferentes. A falha de impressão foi observada como um problema que não é tão comum quanto o que foi observado no julgado. A resposta é o diálogo, franco e transparente de todos os entes que participam da realização do processo eleitoral, a fim de reduzir os problemas de informação e capacitar as pessoas para tomarem a realidade criticamente, sendo este um elemento imprescindível para as noções democráticas. Ou seja, tudo passa pela questão da previsão incompleta do texto legislativo questionado, sem maiores detalhamentos, que poderia limitar, por exemplo, à "assinatura cega", pela consideração de que, no sentido de imprimir e manter o "sigilo" não teria problema e sim com a questão da segurança.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4 ed. Ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. 168 p.

ARANHA, Diego F.; BARBOSA, Pedro Yóssis Silva; CARDOSO, Thiago Nunes Coelho; ARAÚJO, Caio Lúders; MATIAS, Paulo. Execução de código arbitrário na urna eletrônica brasileira. *In*: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO E DE SISTEMAS COMPUTACIONAIS (SBSEG), 18, 2018, Natal. **Anais do XVIII Simpósio Brasileiro de Segurança da Informação e de Sistemas Computacionais**, Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2018a. p. 57 - 70. Disponível em: <https://sol.sbc.org.br/index.php/sbseg/article/view/4243>. Acesso em: 18 ago. 2022.

ARANHA, Diego F.; BARBOSA, Pedro Yóssis Silva; CARDOSO, Thiago Nunes Coelho; ARAÚJO, Caio Lúders; MATIAS, Paulo. **The Return of Software Vulnerabilities in the Brazilian Voting Machine**. Pré-print. Mar. 2018b. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/323470546\\_The\\_Return\\_of\\_Software\\_Vulnerabilities\\_in\\_the\\_Brazilian\\_Voting\\_Machine](https://www.researchgate.net/publication/323470546_The_Return_of_Software_Vulnerabilities_in_the_Brazilian_Voting_Machine). Acesso em: 14 set. 2022.

ARAÚJO, Pedro Vinícius de; BATISTA JÚNIOR, Antônio; GAZZIRO, Mario. Esquema de votação seguro e transparente através de encriptação homomórfica. *In*: Anais do IV Workshop de Tecnologia Eleitora, 02 set. 2019. p. 25-36. Disponível em: <https://sol.sbc.org.br/index.php/wte/article/view/14041/13890>. Acesso em: 23 set. 2022.

AZEVEDO, Rafael Fernandes de Barros Costa. **Um modelo ontológico do sistema eleitoral brasileiro**. Dissertação (Mestre em Ciência da Informação)- Universidade de Brasília, Faculdade de Ciência da Informação, Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação, 2014. Orientador: Mamede Lima-Marques. 206 f. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17303/1/2014\\_RafaelFernandesdeBarrosCostaAzevedo.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17303/1/2014_RafaelFernandesdeBarrosCostaAzevedo.pdf). Acesso em: 15 set. 2022.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista15/revista15\\_11.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf). Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional nº 135/2019**. Acrescenta o § 12 ao art. 14, da Constituição Federal, dispondo que, na votação e apuração de eleições, plebiscitos e referendos, seja obrigatória a expedição de cédulas físicas, conferíveis pelo eleitor, a serem depositadas em urnas indevassáveis, para fins de auditoria. Disponível em:



[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1807035&filename=PEC+135/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1807035&filename=PEC+135/2019). Acesso em: 06 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12. 527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso à informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II [...] e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm). Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade 5.889 Distrito Federal**. Ementa: "Constitucional e Eleitoral. Legitimidade do Congresso Nacional [...]". Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julg: 16 set. 2020. 44 p. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754002534>. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.889 Distrito Federal**. Ementa: "Constitucional e Eleitoral. Legitimidade do Congresso Nacional [...]". Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julg: 06 jun. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5346547>. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Fato ou boato**: é mentira que hackers poderiam interferir na transmissão de votos. 25 ago. 2021, às 15:15. 2021a. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2021/Agosto/fato-ou-boato-e-mentira-que-hackers-poderiam-interferir-na-transmissao-de-votos>. Acesso em: 06 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **O que acontece com o voto que eu digitei na urna?** Conheça o sistema de totalização. 26 out. 2020, às 20:36. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2020/Outubro/o-que-acontece-com-o-voto-que-eu-digitei-na-urna-conheca-o-sistema-de-totalizacao>. Acesso em: 06 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Relatório final da Comissão Avaliadora**. Brasília, 30 maio 2022. 11 p. Disponível em: [https://www.tse.jus.br/+++theme++justica\\_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/arquivos/relatorio-da-comissao-avaliadora-do-tps-2021-em-30-05-2021/@@download/file/TSE-relatorio-comissao-avaliadora-tps-2021.pdf](https://www.tse.jus.br/+++theme++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/arquivos/relatorio-da-comissao-avaliadora-do-tps-2021-em-30-05-2021/@@download/file/TSE-relatorio-comissao-avaliadora-tps-2021.pdf). Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23. 673, de 14 de dezembro de 2021**. Dispõe sobre os procedimentos de fiscalização e auditoria do sistema eletrônico de votação. Legislação Compilada. 2021b. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2021/resolucao-no-23-673-14-de-dezembro-de-2021>. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Anexo. **Respostas técnicas do Tribunal Superior Eleitoral**. Ofício MD nº 007/2022. Disponível em: [https://www.gov.br/defesa/pt-br/aceso-a-informacao/outros/atuacao-das-forcas-armadas-em-apoio-ao-tse-no-aprimoramento-da-seguranca-e-transparencia-do-processo-eleitoral/documentos/07\\_anexo\\_oficio\\_2792\\_tse\\_13\\_junho\\_responde\\_md\\_respostas\\_tecnicas.pdf](https://www.gov.br/defesa/pt-br/aceso-a-informacao/outros/atuacao-das-forcas-armadas-em-apoio-ao-tse-no-aprimoramento-da-seguranca-e-transparencia-do-processo-eleitoral/documentos/07_anexo_oficio_2792_tse_13_junho_responde_md_respostas_tecnicas.pdf). Acesso em: 06 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TC 014.328/2021-6**. Relatório de Auditoria. 20 out. 2021. 2021c. Disponível em: [https://www.tse.jus.br/++theme++justica\\_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=http://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/arquivos/relatorio-do-tcu-sobre-seguranca-da-urna-eletronica-em-20-10-2021/@@download/file/TSE-relatorio-tcu-seguranca-urna-eletronica.pdf](https://www.tse.jus.br/++theme++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=http://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/arquivos/relatorio-do-tcu-sobre-seguranca-da-urna-eletronica-em-20-10-2021/@@download/file/TSE-relatorio-tcu-seguranca-urna-eletronica.pdf). Acesso em: 18 ago. 2022.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade; FACHIN, Melina Girardi. O Supremo Tribunal Federal e a construção do constitucionalismo multinível. **Suprema – Revista de Estudos Constitucionais**, ISSN 2763-7867, v. 1, n. 2, jul/dez. 2021. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/66/36>. Acesso em: 18 ago. 2022.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: volume I. Tradução: Roneide Venancio Majer; Klauss Brandini Gerhardt. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CUNHA, Antônio Augusto Portinho da. **A evolução dos mecanismos de transparência no desenvolvimento do projeto de votação eletrônica no Brasil**: 1996-2008. Monografia (Especialização em Administração Pública Eficaz), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009. Orientador: Hugo Fridolino Muller Neto. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/71102/000876598.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 ago. 2022.

DEUTSCHLAND. Judgment of 3 march 2009. **2 BvC 3/07**. Versão em alemão. 2009a.[s.p] Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2009/03/cs20090303\\_2bvc000307.html;jsessionid=1FA82AAACE3965C529A3EC0CA4181CBEE.1\\_cid329](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2009/03/cs20090303_2bvc000307.html;jsessionid=1FA82AAACE3965C529A3EC0CA4181CBEE.1_cid329). Acesso em: 23 set. 2022.

DEUTSCHLAND. Judgment of 3 march 2009. **2 BvC 3/07**. Versão em inglês. 2009b. [s.p] Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/03/cs20090303\\_2bvc000307en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/03/cs20090303_2bvc000307en.html). Acesso em: 23 set. 2022.

FERRÃO, Isadora Garcia; CHERVINSKI, João Otávio; SILVA, Sherlon Almeida da; KREUTZ, Diego; KEPLER, Fábio; RIGHI, Rodrigo da Rosa. **Urnas eletrônicas no Brasil: linha do tempo, evolução e falhas e desafios de segurança**. Revista Brasileira de Computação Aplicada, v. 11, n. 2, p. 1-12, 22 maio 2019. Acesso em: <http://seer.upf.br/index.php/rbca/article/view/9056>. Acesso em: 18 ago. 2022.

FOLHAPRESS. **Estatísticos criticam metodologia de teste das urnas eletrônicas**. São Paulo. 27 abr. 2022, às 00:25. Diário do Comércio. Disponível em: <https://diariodocomercio.com.br/legislacao/estatisticos-criticam-metodologia-de-teste-das-urnas-eletronicas/>. Acesso em: 15 set. 2022.

GEORGE, Éric. Da "sociedade da informação" à "sociedade 2.0": o retorno dos discursos "míticos" sobre o papel das TICs nas sociedades. **Líbero**, São Paulo, v. 14, n. 27, p. 45-54, jun. 2011. Disponível em: <https://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2014/05/1-Da-%E2%80%9Csociedade-da-informa%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D-%C3%A0-%E2%80%9Csociedade-2.0%E2%80%9D.pdf>. Acesso em: 23 set. 2022.

GUILHERME, Leonardo Pinto; SILVA, Luis Cláudio Batista da; LAZARIN, Nilson Mori. Sistema de Votação Eletrônica baseado em Assinatura Cega e BigchainDB. In: **Anais Estendidos do XXII Simpósio Brasileiro em Segurança da Informação e de Sistemas Computacionais**. Workshop de Trabalhos de Iniciação Científica e de Graduação, 2022. Disponível em: [https://sol.sbc.org.br/index.php/sbseg\\_estendido/article/view/21718/21542](https://sol.sbc.org.br/index.php/sbseg_estendido/article/view/21718/21542). Acesso em: 15 set. 2022.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital**. Transformação Digital – Desafios para o Direito. Rio de Janeiro: GEN-FORENSE, 2021. Acesso via Omnis PUCRS.

HOSP, Benjamin. **The privacy and Verifiability of Voting Systems**: Measures and Limits. Tese (Doutorado) – School of Engineering and Applied Science, George Washington University, 2011. Orientador: Poorvi Vora. 130 f. PDF. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:OcxlHHIt5P8J:https://scholarspace.library.gwu.edu/downloads/kk91fk65d%3Flocale%3Dit&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 15 set. 2022.

INDIA. Supreme Court of india. Civil **Appeal nº 9093 of 2013 (Decision dated 08/10/2013)**. Apelante: Subramanian Swamy. Apelado: Election Commission of India. Conjugada com a Writ Petition (c) nº 406 of 2012. Ementa: Election Laws. Voting. Introduction of Voter Verifiable Paper Audit Trail (VVPAT) with Eletronic Voting Machine (EVM). 410-422. System of 'paper trail' is indispensable requirement of free and fair elections and for achieving confidence of the voters. Disponível em: [https://observerseci.eci.nic.in/Instruction/OBSEVER\\_MATERIAL\\_Kit\\_2020/OBSEVER%20MATERIAL/JUDICIAL/Judicial%20related/Landmark%20Judgments%20Vol%20V.pdf](https://observerseci.eci.nic.in/Instruction/OBSEVER_MATERIAL_Kit_2020/OBSEVER%20MATERIAL/JUDICIAL/Judicial%20related/Landmark%20Judgments%20Vol%20V.pdf). Acesso em: 15 set. 2022.

KIMURA, Leonardo T; URASHUMA, Stephanie M.; FUMAGALI, Guilherme; BASTOS, Gustavo C.; VENTURINI, Yeda R. SIMPLÍCIO JÚNIOR, Marcos A. Logs Transparentes: transparência e auditabilidade usando estruturas de dados verificáveis. *In: SALÃO DE FERRAMENTAS - SIMPÓSIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO E DE SISTEMAS COMPUTACIONAIS (SBSEG)*, 22, 2022, Santa Maria. **Anais [...]**. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2022. p. 87-94.

DOI: [https://doi.org/10.5753/sbseg\\_estendido.2022.227005](https://doi.org/10.5753/sbseg_estendido.2022.227005). Disponível em: [https://sol.sbc.org.br/index.php/sbseg\\_estendido/article/view/21696/21520](https://sol.sbc.org.br/index.php/sbseg_estendido/article/view/21696/21520). Acesso em: 23 set. 2022.

LEVY, Pierre. **Cybercultura**, 2ª ed., São Paulo: Editora 34, 1996.

MÂCEDO, Raimundo José de Araújo. Sociedade Brasileira de Computação. **Nota da SBC sobre o Sistema Eletrônico de Votação Brasileiro**. Assinado pelo Presidente da SBC. 25 jul. 2022. Disponível em: <https://www.sbc.org.br/noticias/2412-nota-da-sbc-sobre-o-sistema-eletronico-de-votacao-brasileiro>. Acesso em: 06 set. 2022.

MARCACINI, A. T. R.; BARRETO JUNIOR, I. F. Aspectos jurídicos, políticos e técnicos sobre sistemas eletrônicos de votação e a urna eletrônica brasileira. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 118, 17 jun. 2019. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/696>. Acesso em: 18 ago. 2022.

MASCARENHAS NETO, Pedro Tenório; ARAÚJO, Wagner Junqueira. **Segurança da informação: uma visão sistêmica para implantação em organizações**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2019. 160 p. Disponível em: <http://www.editora.ufpb.br/sistema/press5/index.php/UFPB/catalog/download/209/75/905-1?inline=1>. Acesso em: 18 ago. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. 1446 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Víctor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 16, n.1, p. 1-33, Janeiro-Abril 2020. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/11038/114115429>. Acesso em: 18 ago. 2022.

MONTEIRO, José; LIMA, Saulo; RODRIGUES, Robson; ALVAREZ, Paulo; MENESES, Marciano; MENDONÇA, Fernando; COMIBRA, Rodrigo. Protegendo o sistema operacional e chaves criptográficas numa urna eletrônica do tipo T-DRE. *In: Anais do IV Workshop de Tecnologia Eleitoral*, 02 set. 2019. p. 1-12. Disponível em: <https://sol.sbc.org.br/index.php/wte/article/view/14039/13888>. Acesso em: 23 set. 2022.

NIWA, Henrique. **Um sistema de voto eletrônico utilizando a Blockchain**. Dissertação (Pós-Graduação em Computação Aplicada), Instituto Nacional da

Pesquisas Especiais – INPE, 2019. 109 f. Disponível em: <http://mtc-m21c.sid.inpe.br/col/sid.inpe.br/mtc-m21c/2019/10.31.16.54/doc/publicacao.pdf>. Acesso em: 06 set. 2022.

PACHECO, Rodrigo; BRAGA, Douglas; PASSOS, Iago; ARAÚJO, Thiago; LAGROTA, Vinícius; COUTINHO, Murilo. **Libharpia**: a New Cryptographic Library for Brazilian Elections. *In*: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO E DE SISTEMAS COMPUTACIONAIS (SBSEG), 22, 2022, Santa Maria. **Anais [...]**. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2022. p. 250-263. DOI: <https://doi.org/10.5753/sbseg.2022.224098>. Disponível em: <https://sol.sbc.org.br/index.php/sbseg/article/view/21672/21496>. Acesso em: 14 set. 2022.

PEGORINI, Jéssica I; YADA, Natália T; SOUZA, Alinne C. C.; PAGNO, Rodrigo T.; WILL, Newton C. Desafios e Soluções em Sistemas de Votação Eletrônica: Um Mapeamento Sistemático. *In*: **Anais do IV Workshop de Tecnologia Eleitoral**, 02 set. 2019. p. 13-24. Disponível em: <https://sol.sbc.org.br/index.php/wte/article/view/14040/13889>. Acesso em: 23 set. 2022.

PENNSYLVANIA. Supreme Court of Pennsylvania, Middle District. **nº. 83 MAP 2013**. Mark Banfiels, Sarah Beck, Joan Bergquist, et al. v. Pedro Cortés. Appeal from the Notice of Judgment of Commonwealth Court entered at No. 442 MD 2006 entered October 15, 2013 in favor of Respondent and against petitioners on Counts I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX and X of the Petition for Review. 10 set. 2014. 35 p. Disponível em: <https://pubintlaw.org/wp-content/uploads/2015/04/Banfield-opinion.pdf>. Acesso em: 23 set. 2022.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. 760 p.

RIVEST, Ronald. L. **Electronic Voting**. 6 p. [s.d] people.csail.mit.edu. Disponível em: <https://people.csail.mit.edu/rivest/Rivest-ElectronicVoting.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2022.

RIVEST, Ronald. L. **The ThreeBallot Voting System**. 15 p. people.csail.mit.edu. Out, 2006. Disponível em: <http://people.csail.mit.edu/rivest/Rivest-TheThreeBallotVotingSystem.pdf>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 515 p.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2022.

SCHAUREN, Luís Fernando. **Segurança no sistema brasileiro de votação eletrônica**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciência da Computação).

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Informática, Curso de Ciência da Computação, Porto Alegre, 2016. Orientação: Prof. Dr. Raul Fernando Weber. 93 f. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/151030/001009822.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 ago. 2022.

SCHREIBER, Mariana. '**Não há evidência de fraude**': Diego Aranha, professor defensor do voto impresso, rebate discurso bolsonarista. BBC News Brasil, Brasília. 10 ago. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-58152337>. Acesso em: 06 set. 2019.

UN. **Universal Declaration of Human Rights (1948)**. Mar. 2021. Disponível em: <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2021/03/udhr.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2022.

WOLCHOK, Scott; WUSTROW, Eric; PRASAD, Hari K., et al. Security Analysis of India's Eletronic Voting Machines. 14 p. In: 17th ACM **Conference on Computer and Communications Security**, CCS '10, Chicago, October 2010. Disponível em: <https://jhalderm.com/pub/papers/evm-ccs10.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2022.

## 16. A POLÍTICA EUROPEIA DE INCENTIVO À VALORIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NAS RESOLUÇÕES DE CONFLITOS À LUZ DO DIREITO COMPARADO

*THE EUROPEAN POLICY TO ENCOURAGE THE VALORIZATION OF MEDIATION  
IN CONFLICT RESOLUTIONS IN THE LIGHT OF COMPARATIVE LAW*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-16>

*Drieli de Quadros Klippel<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

O presente estudo busca analisar a política europeia de incentivo à valorização da mediação nas resoluções de conflitos à luz do direito comparado. Ainda, trata dos percalços existentes no ordenamento jurídico italiano, a partir da transposição da Diretiva 2008/52/UE para o seu ordenamento doméstico.

Palavras-chave: Mediação; reestruturação; implementação.

### **ABSTRACT**

The present study seeks to analyze the European policy to encourage the valuation of mediation in conflict resolution in the light of comparative law. Still, it deals with the existing mishaps in the Italian legal system, from the transposition of the Directive 2008/52/UE for its domestic order.

Keywords: Mediation; restructuring; implementation.

### **INTRODUÇÃO**

Os meios alternativos de resolução de conflitos, tornaram-se necessários após identificação de medidas que efetivaram os direitos constitucionais assegurados à população, de maneira mais eficiente que os métodos judiciais existentes.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela PUCRS, pós-graduada em Direito Registral e Notarial pela Damásio Educacional, Advogada. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/9813376557827841>.

A legislação italiana, em determinados casos, estabeleceu a mediação como condição de admissibilidade em eventual processo judicial. A presente pesquisa analisará a repercussão da transposição da Diretiva 2008/52/UE para o ordenamento doméstico italiano e a política de valorização da mediação nas resoluções de conflitos à luz do direito comparado. Para resolver a ineficiência das tradicionais estruturas dos sistemas de resolução de conflitos, os países-membros foram obrigados a transpor a Diretiva 2008/52/UE para os seus ordenamentos até 2011, com o objetivo de implementar outras técnicas de resolução de conflitos, especialmente a mediação. Para atender o conteúdo da Diretiva, a Itália publicou o Decreto Legislativo nº 28, em que estabeleceu a mediação como condição de admissibilidade em eventual processo judicial. Tais medidas têm impacto para além da União Europeia, visto que tais ordenamentos nacionais são, muitas vezes, modelo para países de diferentes partes do mundo, como é o caso do Brasil.

## **1 ANÁLISE DO CASO CIRO DI DONNA VERSUS SOCIETÀ IMBALLAGGI METALLICI SALERNO SRL (SIMSA)**

Em 2011, *Ciro Di Donna* ajuizou ação indenizatória contra a empresa *Società imballaggi metallici Salerno srl (SIMSA)* requerendo o ressarcimento dos danos causados em seu veículo automotor. Os prejuízos foram realizados por uma empilhadora de propriedade da empresa. A demandada não contestou os fatos, no entanto alegou que antes da propositura da presente ação, o autor deveria submeter o presente litígio transfronteiriço ao processo de mediação obrigatória previsto no Decreto Legislativo nº. 28/2010.

O caso acabou indo para o Tribunal de reenvio, sobre algumas medidas processuais formais aplicadas e suscitadas pela parte demandada, sobre especificamente, a aplicabilidade das disposições do Decreto Legislativo nº. 28/2010 com o direito da União Europeia.

Algumas questões foram levadas à análise do Tribunal de Justiça, tais como: os artigos 6º e 13º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o artigo 47º da Carta de Direitos Fundamentais da



União Europeia, a Diretiva 2008/52 e o princípio geral do direito da União da proteção jurisdicional efetiva.

Além disso, algumas questões prejudiciais foram questionadas ao presente Tribunal, entre as quais: a) o prazo que deve ser concluída a tentativa de mediação e proposta a ação; b) multiplicação dos processos de mediação e com isso decorrer na multiplicação dos litígios; c) o custo da mediação obrigatória é superior do que o custo do processo judicial.

Após o transcurso do processo, houve acórdão (2012) declarando a inconstitucionalidade de diversos dispositivos do Decreto Legislativo nº 28/2010. A presente decisão entendeu que o processo de mediação não deveria ser questão de admissibilidade da petição inicial. Assim, as questões prejudiciais submetidas ao Tribunal de Justiça foram consideradas sem objetivo.

## **2 O DIREITO EUROPEU E A DIRETIVA Nº 2008/52/CE RELATIVA AOS MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

O parlamento europeu e o conselho da união europeia promulgaram em 2008 a diretiva 2008/52/CE, cujo objetivo consistia em facilitar o acesso à resolução alternativa de litígios e em promover a resolução amigável de litígios, incentivando o recurso de mediação e assegurando uma relação equilibrada entre a mediação e o processo judicial.

A presente Diretiva é aplicada aos litígios transfronteiriços, ou seja, a mediação ou o processo em que deu início é ajuizado num Estado-membro distinto daquele onde as partes tenham o seu domicílio fixado. Ainda, é relativa aos conflitos em matéria civil e comercial. O art. 5º, item 2, da presente diretiva dispõe que a diretiva não afeta a legislação nacional que preveja o recurso obrigatório à mediação, antes do ajuizamento do processo judicial. O que justamente aconteceu no caso em discussão, uma vez que uma das partes processuais sustentou a obrigatoriedade da mediação antes do ajuizamento, conforme previsão no Decreto Legislativo nº 28/2010.

No contexto da Diretiva, incentivar a composição amigável significa o encorajamento ao uso da mediação, criando um contrapeso em relação ao uso do

processo judicial. A utilização da mediação pelos países-membros da União Europeia tem seguido uma fórmula muito semelhante. Em linhas gerais, a utilização do instituto busca atrair a mediação para o ambiente jurisdicional (PAUMGARTTEN, 2016, p. 116).

Os Estados-membros desde o ano de 2011 estão em um processo de reestruturação do sistema de justiça. As reformas incluem estabelecer medidas mais estruturais, como a utilização de novas tecnologias, a utilização de sistemas alternativos de resolução de conflitos e a simplificação de normas processuais, com o fim de modernizar e atender eficientemente aos fins sociais.

A partir da publicação da diretiva 2008/52/CE, é resguardada a competência de cada Estado-membro decidir sobre a forma e o meio de legislação a serem utilizados para a sua implantação. Para a transposição da Diretiva 2008/52/CE ao ordenamento doméstico, alguns países optaram por revisar seus Códigos de Processo Civil, enquanto outros criaram normas específicas sobre o assunto. A Diretiva conferiu um prazo temporal de dois anos para que todos os Estados-membros estivessem adequados à norma ((PAUMGARTTEN, 2016, p. 118).

A Itália, um dos poucos países da União Europeia, interpôs a presente Diretiva de maneira diferenciada. Em 2009 foi publicado o Decreto Legislativo nº 28, que acabou estabelecendo a mediação como condição de admissibilidade da ação judicial. Assim, o presente Decreto, que deveria facilitar um meio novo e eficaz de acesso à justiça, acabou sendo visto como um verdadeiro obstáculo.

A partir disso, caberá ao autor, antes do ajuizamento da demanda judicial, instaurar previamente o procedimento de mediação, na forma do Decreto Legislativo 28 ou de legislação especial aplicável. Em caso de inobservância, poderá o réu suscitar a questão nos autos do processo judicial, bem como o juiz conhecê-la de ofício. Vale dizer, o processo judicial não prosseguirá enquanto não tiver sido tentada a mediação pelas partes, sempre que esta seja obrigatória (HILL, 2020, p. 06).

Após uma série de medidas perante a Corte de Justiça da União Europeia, foi constatado que o Decreto Legislativo nº 28, em que reconheceu a mediação obrigatória para admissibilidade de ação judicial, extrapolou o fundamento da Diretiva 2008/52/CE. Além disso, a Corte Constitucional italiana decidiu pela

inconstitucionalidade de alguns dispositivos do Decreto, como a implementação prévia e obrigatória do processo de mediação (PAUMGARTTEN, 2016, p. 122).

Em seguida, em 2013, foi publicado o Decreto 69/2013, em que modificou os artigos declarados inconstitucionais do Decreto Legs. 28, no entanto, manteve a mediação obrigatória como condição de admissibilidade de algumas ações judiciais, com o objetivo de desjudicializar o poder judiciário, que naquele momento, precisava de uma reestruturação.

Assim, o sistema jurídico italiano é caracterizado por implementar a mediação prévia de forma obrigatória. Contudo, gera anseio e dúvida sobre a possível violação de um direito fundamental de acesso à justiça e o princípio da tutela jurisdicional efetiva consagrados no artigo 6.º da CEDH, por impedir os cidadãos de proporem ação em tribunal sem antes utilizarem a mediação (JERÓNIMO, 2018, p. 115).

É notável que o destino que se pretendia alcançar, com a publicação da Diretiva 2008/52/CE, não foi atingido. A publicação do Decreto Legis. nº 28 acabou desconsiderando princípios constitucionais básicos. O processo que deveria facilitar e proporcionar soluções às partes, acabou criando empecilhos e burocracias. A Diretiva, com a previsão do art. 5º, item 2, acabou não afetando as legislações nacionais que já tivessem implementado a mediação obrigatória, desde que tal legislação não limitasse as partes a exercer o direito de acesso à justiça.

A Itália, ao transpor a Diretiva 2008/52/CE, lançou mão de artifícios processuais que extrapolaram a ideia de encorajamento ao uso de sistemas extrajudiciais contido na norma base comunitária, o que gerou profunda controvérsia quanto à aplicação da Diretiva (PAUMGARTTEN, 2016, p. 116).

A adoção de um sistema de mediação obrigatória, demonstra que o acesso à justiça e algumas das suas dimensões podem ser mitigados pelo legislador, por razões de celeridade processual ou de eficácia da própria justiça.

#### **4 O direito brasileiro sobre meios alternativos de resolução de conflito e o acesso à justiça**

O marco inicial do acesso à justiça, no direito brasileiro, iniciou a partir do Estado Liberal para o Estado Social. O acesso à justiça passou a ser reconhecido como direito e garantia fundamental de um sistema que garanta direitos de todos.

A partir do movimento Florença de acesso à justiça e das denominadas “ondas” trazidas por Cappelletti, as diretrizes processuais passaram a buscar soluções para os conflitos mais céleres, econômicas, simples e acessíveis aos jurisdicionados. Além dos prejuízos e percalços decorrentes da morosidade, vulnerabilidade e custos aos litigantes, é importante ressaltar a menção de Cappellette referente a proteção dos direitos coletivos e difusos, pois na maioria das vezes às tutelas não se resumem aos interesses individuais (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 10-25).

Em 1976, Frank Sander (SANDER apud NUNES, 2021, p. 02) já pontuava que os tribunais eram lentos, custavam muito, e, na maioria das vezes, eram inacessíveis aos litigantes que mais precisavam. Sander mencionava, já àquela época, a necessidade dos tribunais adotarem práticas alternativas nas resoluções dos conflitos, como arbitragem e mediação.

O autor Boaventura apontava prejuízos que os jurisdicionados poderiam ter em decorrência de utilizar-se apenas do judiciário como meio de acesso à justiça. O autor indica os “obstáculos sociais, econômicos e culturais para o acesso à justiça e destacava ser um tema que relacionava o processo civil e a justiça social entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica”. O acesso à justiça encontra percalços nas classes populares. Os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer menos os seus direitos e com isso passam a ter mais dificuldade em perceber problemas que afetam o mundo jurídico (SANTOS, 1986, p. 18-19).

Após o surgimento de novos meios e instrumentos de prestação jurisdicional, mais céleres, eficazes e menos custosos, viu-se diante de um novo conceito de acesso à justiça, ou pelo menos, de uma necessidade de mudança e ampliação do conceito adotado, sob pena de ser considerado insuficiente.

No Brasil, no início do século XXI, após crescimento elevado de processos judiciais, passaram a ser envidados esforços no sentido de perquirir outras formas de solução dos conflitos, de modo a reduzir a sobrecarga do Judiciário pátrio, chegando-se, entre outras possibilidades, à mediação e à conciliação (HILL, 2020, p. 07).

Deste modo, o surgimento dos meios alternativos de solução de conflitos, como os institutos da mediação e conciliação, possibilitam aos usuários o acesso concreto à justiça, que não só visa garantir o direito de demandar e ser demandado, mas o direito de ter seu conflito solucionado da melhor maneira possível, garantindo a obtenção da tutela jurídica para além da prestação jurisdicional apenas, efetivando e reconhecendo a legitimidade no exercício de direitos personalíssimos (SILVA, RAMIRES, 2020, p. 02).

O autor Oliveira Filho (OLIVEIRA FILHO, 2019. p. 104-105) entende que a ideia de acesso à justiça acabou ampliando-se com o decorrer do tempo. Deixou de ser entendida como acesso formal perante órgãos do judiciário. E continua o autor, de que trata-se, na verdade, de direito fundamental de "acesso aos meios judiciais ou extrajudiciais, contenciosos ou consensuais, de resolução de conflitos, bem como às informações necessárias acerca dos direitos e deveres inerentes ao exercício da cidadania".

Segundo Cândido Dinamarco, mais do que um princípio, o acesso à justiça destaca-se como "síntese de todos os princípios e garantias do processo, tanto no âmbito constitucional quanto infraconstitucional, em sede legislativa, doutrinária e jurisprudencial". (DINAMARCO, 1996. p. 303).

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, sem dúvida, assegura a inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à Justiça, determinando que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. É notório que a redação possui muitas interpretações em sua redação, tendo em vista que o contexto de acesso à justiça com o passar do tempo sofreu grandes modificações. Atualmente, existem diversos meios extrajudiciais que também garantem aos jurisdicionados uma solução célere e menos custosa. Para Reichelt, (REICHELT, 2019, p. 03) a consagração do direito fundamental ao acesso à justiça pode ser ancorada de diversas maneiras no texto constitucional brasileiro.

Tendo em vista os desafios atuais à instauração de um processo judicial efetivo e célere no Brasil, o presente texto propugna uma interpretação alargada da aludida garantia constitucional, de modo que se entenda como direito de todos não somente o acesso ao Poder Judiciário, mas também a obtenção de soluções adequadas para os conflitos (TOFFOLI, 2019, p. 14).

Nesse contexto, impõe-se uma referência à dimensão prestacional por parte do Estado. Na Constituição vigente, os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio. Além disso, verifica-se que, mesmo em outras partes do texto constitucional (inclusive fora do catálogo dos direitos fundamentais) se encontra uma variada gama de direitos a prestações, como é o caso do acesso à Justiça (SARLET, 2018, p. 192).

Segundo Jerónimo (JERÓNIMO, 2018, p. 124), “o direito de acesso aos tribunais não é um direito absoluto, sendo permitida a existência de mecanismos que tornem este acesso uma última ratio, sem que tal seja contrário à ideia de Estado de Direito”.

O Código de Processo Civil brasileiro, ao tratar das normas fundamentais, dispõe, em seu artigo 3º, § 2º, que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e, a seguir, no § 3º, prevê que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015). A lei não limita o acesso à justiça, mas possibilita outras alternativas às partes litigantes.

O respeito ao direito fundamental ao acesso à justiça pode ser exercido pelo seu titular não apenas em face de um conjunto de órgãos do Estado, mas também em face de outros sujeitos igualmente comprometidos com tais missões (REICHELDT, 2019, p. 05). E continua o autor, “o respeito ao acesso à justiça comporta também o direito a que sejam respeitadas normas jurídicas adequadas em um modelo de justiça multiportas, para além daquelas normas jurídicas aplicáveis no âmbito do processo”.

Assim, embora a garantia da atividade estatal possa ser estendida a outros grupos de atuação, que não apenas os meios existentes dentro dos tribunais, o acesso à justiça precisa ser respeitado em sua integralidade.

Limitar o direito das partes de acessarem o Poder Judiciário, como demonstrado na legislação italiana, é temerário. Em alguns países europeus o acesso à justiça é mitigado. Sem dúvida, os meios alternativos, em muitos casos, trazem benefícios para as partes e para o Estado. No entanto, o direito fundamental de acesso à justiça é um direito e uma garantia constitucional, não podem servir de barreira, mas sim de solução às partes litigantes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das colocações apresentadas, é possível extrair que o conceito de acesso à justiça ampliou-se e ganhou novos rumos e interpretações por parte dos doutrinadores. Os meios alternativos de resolução de conflitos são necessários e devem ser estruturados, com o fim de alcançar a harmonia entre método justo e resultado justo, pelo meio mais adequado, de acordo com cada tipo de demanda.

Embora os países membros da União Europeia incentivem a prática de adoção de métodos extrajudiciais para resolução de litígios, a Itália impôs a mediação obrigatória como condição de admissibilidade em eventual ação judicial, o que acabou limitando o acesso à justiça aos jurisdicionados.

O direito comparado nos revela, portanto, que vale a pena apostar nos métodos de solução consensual dos conflitos na atualidade, desde que não sejam extrapolados direitos e garantias constitucionais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, 2015. Código de Processo Civil. Art. 3º, §2 e §3. Disponível em: L13105 (planalto.gov.br)

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, Editor Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 11 e 32.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

HILL, Flávia Pereira. Passado e Futuro da mediação: Perspectiva histórica comparada. *Revista dos Tribunais Online*, v. 303, 2020, p. 479-502. Acesso em 24

de novembro de 2022. Disponível em: [repro-303-flavia-hill-passado-e-futuro-da-mediacao.pdf](#) (thomsonreuters.com.br)

JERÓNIMO, Maria. Reflexão sobre a Constitucionalidade da Mediação Pré-processual Obrigatória. **Revista Electrónica de Direito. RED**, v. 16, n. 2, p. 111-127, 2018. Acesso em 18 de novembro de 2022. Disponível em: [Artigo Maria Jerónimo-2.pdf](#) (up.pt)

OLIVEIRA FILHO, Silas Dias. Processo e Justiça: escopos do processo e dos meios adequados de resolução de conflitos. *Sistema e-Revista CNJ*, v. 3, n. 2, 2019. Acesso em 30 de novembro de 2022. Disponível em: [OLIVEIRA\\_FILHO\\_SILAS\\_DIAS\\_DE\\_Processo\\_e\\_justica-with-cover-page-v2.pdf](#) (d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net)

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A imposição da mediação como decorrência da política pública da União Europeia para a resolução consensual de conflitos. *Revista do Programa de Direito da União Europeia*, n. 7, p. 115-128, 2016. Acesso em 18 de novembro de 2022. Disponível em: [admin,+08-+Artigo-+A+imposição+da+mediação+como+decorrência+da+política+pública+da+UE\(2\).pdf](#)

REICHELDT, Luís Alberto. Reflexões sobre o conteúdo do direito fundamental ao acesso à Justiça no âmbito cível em perspectiva contemporânea. *Revista de processo*, v.296, p. 21-40, 2019. Acesso em 30 de novembro de 2022. Disponível em: [Reflexes\\_sobre\\_o\\_contedo\\_do\\_direito\\_fundamental\\_ao\\_acesso\\_justia\\_no\\_mbito\\_civil\\_em\\_perspectiva\\_contempornea.pdf](#) (puhrs.br)

SANDER, Frank E. A. Varieties of dispute processing apud NUNES, Dierle. *Novos designs tecnológicos no sistema de resolução de conflitos: ODR, e-acesso à justiça e seus paradoxos no Brasil*. *Revista dos Tribunais Online*. v. 314. p. 395-425, 2021. Acesso em 20 de abril de 2022. Disponível em [Dierle.RePro314-with-cover-page-v2.pdf](#) (d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net).

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 21, 1986. Acesso em 02 de agosto de 2022. Disponível em: [Library Genesis: Boaventura de Sousa Santos - Introdução à Sociologia da Administração da Justiça](#) (libgen.rs).

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Livraria do Advogado, 13. ed., 2018, Porto Alegre.

SILVA, Gabriella da Correa. RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. *A ampliação do acesso à justiça pelos meios alternativos de resolução de conflitos*. SILVA, 2020, p. 02. Acesso em 22 de abril de 2022. Disponível em: [A AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA PELOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO](#).



TOFFOLI, José Antonio Dias. Acesso à Justiça na Constituição de 1988 e métodos adequados de resolução de conflitos no Brasil. A vida dos direitos nos 30 anos da Constituição Federal. Escola Paulista de Magistratura, São Paulo, 2019. Acesso em 30 de novembro de 2022. Disponível em: 003818.pdf (mpsp.mp.br)



**17. TRIBUTAÇÃO DA FAMÍLIA EM ANÁLISE COMPARADA: POSSIBILIDADE DE DEDUÇÕES DE IMPOSTO DE RENDA PARA PESSOAS COM DUAS RESIDÊNCIAS NA ALEMANHA E ISENÇÃO DE IMPOSTO NO CASO DE VALORES RECEBIDOS PELO ALIMENTADO NO BRASIL**

*FAMILY TAXATION IN COMPARATIVE ANALYSIS: POSSIBILITY OF INCOME TAX DEDUCTIONS FOR PERSONS WITH TWO RESIDENCES IN GERMANY AND TAX EXEMPTION IN THE CASE OF AMOUNTS RECEIVED BY THE ALIMONY PAYEE IN BRAZIL*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-17>

*Edimilson Cardias Rocha<sup>1</sup>*

**RESUMO**

O presente estudo se propõe a fazer uma análise conjunta dos julgados BVerfGE 107, 27 do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e da ADI 5.422 do STF, sendo que ambos os casos tratam da tributação da família. O primeiro, atinente à possibilidade de deduções no imposto de renda relativo a pessoas que, por questões profissionais, são obrigadas a manter duas residências. Já o caso brasileiro (ADI 5.422), diz respeito ao afastamento da incidência de imposto de renda sobre valores decorrentes do direito de família recebidos pelo alimentado.

Palavras-chave: imposto de renda. Isenção. Mínimo existencial.

**ABSTRACT**

The present study proposes to make a joint analysis of the judgments BVerfGE 107, 27 of the Federal Constitutional Court of Germany and ADI 5,422 of the STF, both cases dealing with family taxation. The first concerns the possibility of income tax deductions for people who, for professional reasons, are obliged to maintain two residences. The Brazilian case (ADI 5,422) concerns the removal of the incidence of income tax on amounts arising from family law received by the fed.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Especialista em Direito Público e Processo Civil pela PUCRS. Procurador da Fazenda Nacional.

Keywords: Income tax. Exemption. Existential minimum.

## INTRODUÇÃO

Os julgados referidos no título tratam da incidência de imposto de renda sobre a família. O caso alemão BVerfGE 107, 27 (*Doppelte Haushaltsführung*), extraído da obra de Leonardo Martins (MARTINS, 2016, p. 233-238), o Tribunal Constitucional Federal julgou procedente duas reclamações constitucionais, com o intuito de afastar a aplicação da Lei do Imposto de Renda alemã (§ 913, nº 5, 3), por entender conflitivo com o disposto nos artigos 3 I combinado com o Art. 6 I GG da Lei Fundamental Alemã, que trata respectivamente do princípio da igualdade e da proteção da família.

Por sua vez, o caso brasileiro é a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.422, julgada procedente em junho de 2022, de modo a dar aos artigos 3º, § 1º, da Lei nº 7.713/88, ao arts. 4º e 46 do Anexo do Decreto nº 9.580/18 e aos arts. 3º, caput e § 1º; e 4º do Decreto-lei nº 1.301/73, interpretação conforme a constituição para afastar a incidência de imposto de renda sobre valores decorrentes do direito de família recebidos pelo alimentado.

O objeto em comum entre os dois casos é a incidência de imposto de renda sobre situações familiares. O caso alemão trata da incidência do imposto de renda sobre um orçamento doméstico em dobro, situações onde o indivíduo, por delegação ou designação profissional é alocado para atuar em localidade distinta de onde possui domicílio. Discutiu-se, portanto, a legalidade da dedução dos custos extras provocados por este segundo domicílio, já que a legislação alemã (Lei do Imposto de Renda alemã § 913, nº 5, 3) limitava a dedução a um período de dois anos.

Já o caso brasileiro foi julgado procedente por entender que valores decorrentes de alimentos oriundos do direito de família não configuram renda apta a ensejar a incidência do imposto, bem como a ocorrência de *bis in idem*.

Em ambos os casos se discutem o princípio da igualdade, proteção da família, mínimo existencial.

Passemos à análise.

## 1 ANÁLISE DOS JULGADOS

No julgado BVerfGE 107, 27, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, entendeu que o dispositivo § 913, nº 5, 3, seria incompatível com os artigos 3 I combinado com o Art. 6 I GG da Lei Fundamental Alemã. Vejamos o que tais dispositivos prescrevem prescreve:

§ 9 Custos de aquisição

(1) Custos de aquisição são [...] [...]. Custos de aquisição são também [...]

1. – 13. [...]

14. [...] [...]. O desconto dos gastos é limitado ao total de dois anos quando se tratar de uma atividade desempenhada na mesma localidade. (MARTINS, 2016, p. 233)

Artigo 3 (1) Todas as pessoas são iguais perante a lei.

Artigo 6 (1) O matrimônio e a família estão sob a proteção especial da ordem estatal.<sup>2</sup>

A discussão centrava-se na limitação temporal de dois anos fixada no dispositivo referido acima, para a dedução de gastos provocados na aquisição de um segundo orçamento doméstico. Gastos estes não provocados pelo contribuinte - ausência de voluntariedade -, mas oriundo de sua delegação ou designação profissional para atuar em localidade distinta de onde possui domicílio, ou seja, era um orçamento doméstico em dobro (*Doppelte Haushaltsführung*), uma vez que somado aos custos de sua moradia originária.

A corte entendeu que a limitação temporal era incompatível com os direitos fundamentais, pois para aferir a capacidade contributiva é relevante levar em consideração a utilização livre da renda ou a existência de um gasto coercitivo, oriundo de questões profissionais, os quais obrigam o contribuinte a manter duas residências (MARTINS, 2016, p. 234).

---

<sup>2</sup> Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 13 de nov. 2022.

Tal entendimento baseia-se na violação da igualdade, pois não existe motivação plausível para criar uma diferenciação entre contribuintes, principalmente quando não há livre utilização da renda por alguns, ou seja, não existem diferenças aptas a justificar uma tributação em dobro em casos onde os contribuintes são obrigados por questões profissionais a manterem duas residências.<sup>3</sup>

Conforme leciona Leonardo Martins, a liberdade de que dispõe o legislador para delimitar a mesma consequência jurídica é limitada no âmbito do direito tributário por duas diretrizes, a saber a capacidade contributiva e a consistência. A meta é tributar os contribuintes com igual carga tributária (justiça tributária horizontal), ao mesmo tempo em que tributação de renda superiores deve ser adequada em comparação com rendas menores (justiça tributária vertical) (MARTINS, 2016, p. 235).

O julgado alemão destaca que a capacidade contributiva é medida pelo legislador ordinário tendo por base o princípio líquido objetivo e subjetivo. No princípio objetivo as razões que levam o legislador a quebrá-la (capacidade contributiva) devem ser de monta, plenamente e racionalmente justificadas. Por sua vez, no princípio líquido subjetivo, a observância deve ser em razão do mínimo existencial do contribuinte e sua família.

Outros fatores além do mínimo existencial podem levar a diminuição da base de cálculo do imposto de renda, sendo que o Tribunal Constitucional Federal já desenvolveu parâmetros constitucionais para avaliar questões relacionadas a gastos com pensão como redutores da base de cálculo de imposto de renda, conforme julgados (cf. BVerfGE 89, 346 [353], em conexão a: BVerfGE 82, 60 [86 s.]; cf. também: BVerfGE 99, 216 [233], (MARTINS, 2016, p. 237).

Conclui o Tribunal alemão para quem a capacidade contributiva deve levar em consideração o uso da renda de maneira livre e aleatória ou se tal renda é obrigatória, devendo o legislador ordinário observar as diversas razões que ensejam o gasto, com base em direitos fundamentais atingidos. (MARTINS, 2016, p. 237).

---

<sup>3</sup> Os casos alemães referem a um professor universitário de Frankfurt que foi transferido para a Universidade Humboldt-Universität zu Berlin, sendo que sua esposa, também por razões profissionais, teve que ficar na antiga residência do casal. O outro caso é de um investigador de polícia, que foi designado para atuar em diversas localidades, também tendo que manter uma segunda residência. (MARTINS, 2016, p. 233).

Quanto ao julgado pelo STF na ADI 5.422, à semelhança do julgado alemão analisado acima, a tributação também recai sobre questões familiares, mais precisamente sobre os valores recebidos a título de pensão pelo alimentado.

A ação tem por objeto afastar a incidência do disposto no tendo por objeto o art. 3º, § 1º da Lei nº 7.713/88 e os arts. 5º e 54 do Decreto nº 3.000/99 (o decreto nº 3.000/99 encontra-se revogado pelo decreto 9.580/2018, o qual possui redação semelhante nos artigos 4º e 46):

Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, **os alimentos e pensões percebidos em dinheiro**, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados. (grifo nosso)

Art. 5º No caso de rendimentos percebidos em dinheiro a título de alimentos ou pensões em cumprimento de acordo homologado judicialmente ou decisão judicial, inclusive alimentos provisionais ou provisórios, verificando-se a incapacidade civil do alimentado, a tributação far-se-á em seu nome pelo tutor, curador ou responsável por sua guarda.

Art. 54. São tributáveis os valores percebidos, em dinheiro, a título de alimentos ou pensões, em cumprimento de decisão judicial ou acordo homologado judicialmente, inclusive a prestação de alimentos provisionais.

De início destaca-se a deficiência na delimitação do tema constante na inicial da ADI 5422, a qual limitou-se a pedir a invalidade da tributação de valores recebidos à luz do direito de família, ao passo que existem alimentos fixados com base no ilícito civil, questão não abarcada, e, portanto, não julgada na ADI, o que levou ao conhecimento parcial da ação.

De todo o modo, o STF afastou a incidência de imposto de renda relativos a alimentos que tenham origem no direito de família, com base nos seguintes argumentos de Relator Dias Toffoli:

A incidência do imposto de renda só pode se dar em decorrência de acréscimo patrimonial, devendo incidir apenas uma única vez, sob pena de *bis in idem*. No caso

em apreço, o tribunal considerou que o alimentante ao receber sua renda, já configura o fato gerador do imposto de renda, não podendo posteriormente a parte retirada dessa renda já tributada, ser novamente objeto de tributação, desta vez na esfera do alimentado, num verdadeiro *bis in idem*.

Outro argumento utilizado é que alimentos ou pensão oriundos do direito de família não são renda nem proventos aptos a ensejar a incidência do imposto, mas simples montantes retirados dos rendimentos do alimentante, não há nova riqueza.

É importante frisar que o STF entendeu que o disposto no artigo 4º, II da Lei 92.250/95, o qual possibilita a dedução da quantia paga pelo alimentante quando de sua declaração de imposto de renda, não é apto para afastar o entendimento do *bis in idem*. O tribunal entendeu se tratar de um benefício fiscal que beneficiaria apenas o alimentante, mas não ao alimentado, o qual continuaria obrigada ao pagamento do imposto.

Ambos os julgados merecem uma análise crítica.

O caso BVerfGE 107, 27 não deixou claro a extensão das despesas privadas que, para além do mínimo existencial, estariam aptas a não ensejar a incidência tributária, o que pode tornar a questão por demais genérica. Ademais, a possibilidade de manutenção de duas residências pode demonstrar acréscimo de renda (poder aquisitivo), situação a ensejar justamente a incidência do imposto que se busca afastar.

Todavia, em geral – externamente ao campo das obrigações alimentares familiares – não está bem claro se e em que extensão despesas privadas necessárias devam ser consideradas, por força constitucional, como redutoras de renda; como, por exemplo, revela a discussão em torno da tributação prévia ou *a posteriori* de aposentadorias. (cf. BVerfGE 105, 73 [82 ss.]). (MARTINS, 2016, p. 237).

A problemática de se estabelecer que despesas privadas, além do mínimo existencial, dão ou não ensejo à incidência do imposto sobre a renda é por demais tormentosa. A começar em se estabelecer o que estaria abrangido dentro de um mínimo existencial, lembrando que este possui uma natureza dúplice.



De outra parte, registra-se um elevado consenso, inclusive no campo da jurisprudência constitucional, no sentido de que o mínimo existencial, consoante já adiantado, apresenta simultaneamente uma dimensão negativa (tutela do mínimo contra intervenções do Estado e de particulares) e uma dimensão positiva, como direito a prestações. Tais aspectos, ainda que não se pretenda aprofundar a matéria, assumem particular relevância no campo da exigibilidade e proteção dos direitos fundamentais, como será objeto de análise em vários momentos da presente obra, para além das considerações já tecidas. (SARLET, 2021, p. 329)

O mínimo existencial que se busca proteger no julgado é na sua dimensão negativa, consistente na manutenção de uma intervenção mínima por parte do Estado.

Quanto ao argumento da não utilização da renda de maneira livre, este não pode afastar a incidência do imposto de renda, pois deve ter por fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica, e não a simples liberdade na utilização da renda, pensar o contrário pode levar a conclusões absurdas, pois são raras as exceções onde a renda do indivíduo não esteja comprometida com algum gasto vinculado ao seu mínimo existencial.

Ademais, o que seriam exatamente despesas obrigatórias aptas a isentar o contribuinte? Que gastos o legislador deve levar em consideração no momento de conceder a isenção?

Fazendo um comparativo entre o julgado alemão e o brasileiro, percebe-se que o exercício do poder de tributar, concedido ao Estado, deve se limitar a valores que, de fato, demonstrem manifestação de riqueza e acréscimo patrimonial, sob pena de obstar a fruição de direitos fundamentais dos cidadãos.

Calha ainda uma última crítica ao julgado BVerfGE 107, 27, pois o tribunal alemão não estimou a perda de arrecadação que uma decisão como esta pode gerar. Embora acredite que não existam muitas pessoas com o chamado orçamento doméstico em dobro (*Doppelte Haushaltsführung*), mesmo em tais hipóteses não se pode deixar de estimar as perdas da arrecadação, sob pena de frustrar outras

políticas públicas que se busca proteger, já que serviços públicos são suportados pelo contribuinte e prestados pelo Estado. (Holmes e Sunstein, 2019, p. 44).

Quanto ao caso brasileiro discutido na ADI 5422, este baseou-se em duas premissas: *bis in idem* e que os alimentos oriundos do direito de família não são renda apta a ensejar a sujeição do alimento ao imposto de renda.

A crítica inicial que se faz é a total ausência de *bis in idem*, pois em regra, nos termos da legislação brasileira, o alimentante não paga imposto de renda sobre os valores que transfere ao alimentado, este último sim, a depender do valor que recebe, irá pagar o imposto. Neste cenário, pode-se até discutir a correção do sujeito passivo, pois sujeitar o alimentado ao pagamento, sendo ele mesmo o necessitado, parece violar o princípio da capacidade contributiva.

De todo o modo, a lei 9.250/95, em seu artigo 4º, inciso II, afasta a ideia de dupla tributação.

Art. 4º. Na determinação da base de cálculo sujeita à incidência mensal do imposto de renda poderão ser deduzidas:

II – as importâncias pagas a título de pensão alimentícia em face das normas do Direito de Família, quando em cumprimento de decisão judicial, inclusive a prestação de alimentos provisionais, de acordo homologado judicialmente, ou de escritura pública a que se refere o art. 1.124-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil;

Percebe-se, portanto, que um dos principais argumentos utilizados na ADI 5422 é equivocado, pois há expressa determinação legal para a dedução dos valores pagos pelo alimentante.

A crítica a ser feita não é sobre a existência de *bis in idem*, já que essa demonstrou-se falsa, mas sim em isentar aquele que fornece os alimentos, e que em tese, está em melhor situação financeira que o alimentado, este último dependente do primeiro.

Se a ideia é isentar os valores relativos à pensão de alimentos, tal benefício deve recair sobre a parte mais vulnerável, no caso o alimentado. Esta é justamente a crítica tecida pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu voto divergente, ao observar que

na realidade a escolha do legislador foi em tributar aquele que recebe a pensão na figura da mulher (mãe), a qual tem a obrigação legal de apresentar a declaração, principalmente tratando-se de filhos menores de idade.

Quanto ao outro argumento que fundamentou o voto vencedor do Ministro Dias Toffoli de que alimentos ou pensões oriundos do direito de família não são renda nem proventos aptos a ensejar a incidência do imposto, também se mostra equivocado.

O próprio artigo 3º da Lei 7.713/88 já citado acima, assim como o Código Tributário Nacional, estabelecem que o imposto de renda incidirá sobre a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, sendo que a incidência independe da denominação, origem ou forma de percepção da receita.

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Portanto, legalmente não é possível excluir os alimentos ou pensão alimentícia oriunda do direito de família do conceito de renda, até mesmo porque ausente um conceito constitucional de renda, pois entender o contrário pode levar a não incidência de imposto de todas as despesas consideradas essenciais na constituição federal, conforme bem alerta o Ministro Gilmar Mendes em seu voto:

Com as costumeiras vênias, admitir essa construção seria abrir o flanco a que todas as despesas essenciais elencadas na Constituição, notadamente aquelas veiculadas como passíveis de custeio pelo salário mínimo (Art. 7º, IV, da CF/88) – para custeio de *moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário,*

*higiene, transporte e previdência social* – possam ser imediatamente excluídas como dedução do imposto de renda, sem qualquer intermediação legal.

Cabe frisar ainda que na forma em que restou julgada a ADI 5422, esta acabou concedendo uma isenção irrestrita, independentemente dos valores recebidos a título de pensão, em total ofensa à progressividade do imposto de renda.

Portanto, isentar ilimitadamente acaba por beneficiar a parte mais rica da população, tornando ainda mais regressivo o nosso sistema tributário (vide a tributação no consumo), em total afronta a capacidade contributiva e a progressividade.

Por fim, uma questão discutida de maneira apenas *obiter dictum* no julgado, diz respeito à questão de gênero. De fato, ao se analisar a incidência do imposto de renda sobre pensões alimentícias decorrentes do direito de família, chegamos à conclusão de que a parte penalizada aqui é um terceiro, que embora interessado, não poderia sofrer a tributação, pois não possui um acréscimo de disponibilidade econômica na relação, estamos falando na grande maioria dos casos da mulher e mãe do alimentado.<sup>4</sup>

A legislação penaliza a mulher, já que quem usufrui da dedução prevista na lei 9.250/95 é quem efetua o pagamento, o que na grande maioria dos casos é o homem, competindo a mulher declarar e pagar o tributo, pois responsável pelo alimentado, em muitos casos menor de idade.

Tal questão deveria ser observada pelo Congresso Nacional, que é o foro competente para dirimir este problema histórico.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família recebe proteção constitucional tanto na Alemanha (art. 6º da Lei fundamental), quanto no Brasil (art. 226 da Constituição), sendo pilares da sociedade e objeto de especial atenção pelo Estado.

---

<sup>4</sup> Maiores informações disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal%3B/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/imposto-de-renda/estudos-por-ano/gn-irpf-2021-2020.xlsx/view>. Acesso em 14 de nov. 2022.

Nessa quadra, a tributação, também como atividade estatal, deve observar certos parâmetros quando da sua incidência sobre situações familiares, sob pena de confrontar a própria constituição. Nesse sentido, situações como um orçamento doméstico em dobro, ou a tributação sobre valores oriundos do direito de família (pensão alimentícia), devem observar o princípio da igualdade tributário como gênero, e principalmente um mínimo existencial como forma de proteção social das famílias.

Assim, é preciso estabelecer com cuidado quais situações estariam albergadas no âmbito de proteção do mínimo existencial, sob pena de, a título de proteção, terminarmos como ocasionar uma litigância em massa com o intuito de evitar a incidência tributária.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 5.422. Relator: Min. Dias Toffoli. 06/06/2022. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=762441882>. Acesso em 14/11/2022.

Decisões do Tribunal Constitucional Federal. v. 107, p. 233 ss. (BVerfGE 107, 27). In: Martins, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**. v. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2016, p. 233-238.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **O Custo Dos Direitos – Por que a Liberdade Depende Dos Impostos**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, Martins Fontes, 2019, ePub.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.



**18. A EFICÁCIA DA CARTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA:  
CASOS DE CONFLITO OU SOBREPOSIÇÃO DE DIREITOS E DEVERES ENTRE O QUE  
ESTÁ PREVISTO NA CARTA E NAS CONSTITUIÇÕES DOS ESTADOS-MEMBROS POR  
DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA**

*THE EFFECTIVENESS OF THE EUROPEAN UNION CHARTER OF FUNDAMENTAL  
RIGHTS: CASES OF CONFLICT OR OVERLAPPING OF RIGHTS AND DUTIES  
BETWEEN WHAT IS PROVIDED FOR IN THE CHARTER AND IN THE CONSTITUTIONS  
OF THE MEMBER STATES BY DECISION OF THE EUROPEAN UNION COURT OF  
JUSTICE*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-18>

*Daniela Froener<sup>1</sup>*

**RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo principal fazer uma análise acerca da eficácia da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta), considerando o caso Melloni, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). O objetivo central é averiguar como o TJUE trata os casos em que pode haver conflito ou sobreposição de direitos e deveres entre o que está previsto na Carta e o que possa estar previsto nas constituições dos Estados-Membros da União Europeia (UE). Em sendo assim, é feito comentários sobre a condição do cidadão europeu na esfera do Direito Internacional, seguindo-se da análise do constitucionalismo europeu, da Carta e de sua eficácia frente à jurisprudência do TJUE, abordando-se, em específico, o caso Melloni.

Palavras-chave: União Europeia. Eficácia dos direitos. Tratados internacionais. Direitos fundamentais. Eficácia. Caso Melloni.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada. [daniela.froener@gmail.com](mailto:daniela.froener@gmail.com)

## ABSTRACT

The main objective of this article is to analyze the effectiveness of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, considering the Melloni case, judged by the Court of Justice of the European Union. The central objective is to find out how the Court deals with cases where there may be conflict or overlapping of rights and duties between what is provided for in the Charter and what may be provided for in the constitutions of the Member States of the European Union. In this way, the condition of the European citizen in the sphere of International Law will be addressed, followed by the analysis of European constitutionalism, the Charter, and its effectiveness in relation to the jurisprudence of the Court the Melloni case.

Keywords: European Union. Effectiveness of rights. International treaties. Fundamental rights. Effectiveness. Melloni case.

## INTRODUÇÃO

Nas palavras de Miguel Poiares Maduro, a União Europeia se trata de *"mais-valia constitucional e democrática face ao constitucionalismo nacional"*, e que revela um *"valor democrático acrescentado"* (MADURO, 2001, p. 120). Já Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia afirma que, além disso, a União Europeia é uma União de direitos, que reconhece e protege direitos fundamentais, nos termos do previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta), à qual o Tratado da União Europeia (TUE) agregou o mesmo valor jurídico dos Tratados, sendo que a vinculação da Carta é fato importante na construção europeia, mas que foi acompanhado por embates jurídicos decorrentes da colisão entre direitos nacionais e o direito europeu (CORREIA, 2014, p. 277).

Neste contexto, o caso Melloni<sup>2</sup> representa bem esta colisão. Os fatos foram que, em 1993, o *Tribunale di Ferrara* da Itália expediu dois mandados de detenção contra Stefano Melloni, haja vista a definição da data do seu julgamento pelo crime de falência fraudulenta; em 1996, como Melloni encontrava-se na Espanha, logo, a Audiência Nacional da Espanha, quando da análise do caso, considerou que poderia

---

<sup>2</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de fevereiro, Melloni, C- 399/11.



ser feita a extradição de Melloni para Itália, no entanto, fora concedida liberdade mediante caução e Melloni fugiu; em 1997, o *Tribunale di Ferrara* da Itália declarou que Melloni não tinha comparecido ao julgamento e ordenou que as notificações fossem direcionadas aos seus advogados; em 2000, Melloni foi condenado à pena de dez anos de prisão, mesmo sem ter estado presente no julgamento; em 2003, a decisão foi confirmada *Corte d'appello di Bologna*; em 2004, os advogados de Melloni interpuseram um recurso na *Corte Suprema di Cassazione*, que teve o provimento negado, neste mesmo ano, a *Corte d'appello di Bologna* emitiu mandado de detenção para execução da pena.

Passados quatro anos, Melloni foi detido pela polícia espanhola e o mandado de detenção, emitido em 2004, remetido à Audiência Nacional. Melloni se opôs a entregar-se às autoridades italianas, com base em dois fundamentos: primeiro, afirmou que, quando das fases de recursos, havia revogado o mandato outorgado aos procuradores que, até então, o estavam patrocinando, tendo outorgado um novo procurador, porém, o novo procurador não passou a receber as notificações do caso, que seguiram a serem enviadas aos procuradores antigos; e, por segundo, alegou que a lei processual italiana não previa a possibilidade de se interpor recurso das condenações proferidas na ausência do réu no julgamento e que a execução do mandado de detenção europeu deveria estar subordinada à condição de a República Italiana garantir a possibilidade de ser interposto recurso do acórdão que o condenou.

Quando da análise do caso, a Audiência Nacional decidiu entregar Melloni às autoridades italianas, haja vista não haver provas da primeira indagação; e, que os direitos de defesa tinham sido respeitados; assim, Melloni recorreu ao Tribunal Constitucional Europeu (TCE) alegando que teria sido violado o seu direito a um processo equitativo, bem como, o princípio da dignidade humana. Assim, temos o acórdão do caso Melloni, que é datado de 26 de fevereiro de 2014, e faz referência ao processo C-399/11, e se trata de pedido prejudicial apresentado pelo TCE frente ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), com o objeto de confirmar a

interpretação e a possível invalidade do artigo 4o-A, No 1, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI, alterada pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI<sup>3</sup>.

O TCE formulou três questões principais, a primeira era se o artigo 4o A, No 1, da Decisão Quadro 2002/584/ JAI, na sua redação em vigor dada pela Decisão Quadro 2009/299/JAI, deveria ser interpretado no sentido de que impediria as autoridades nacionais de executar um mandado de detenção europeu, pois a condenação em tela poderia ser objeto de novo julgamento, isso com o objetivo de garantir o direito de defesa daquela pessoa a quem recai o mandado. Se a resposta fosse afirmativa, indagou-se, por segundo, se o No 1 do artigo 4o A da Decisão Quadro 2002/584/JAI, seria compatível com o direito de ação efetiva e o direito de um processo equitativo, nos termos do Artigo 47 da Carta, bem como, com os direitos de defesa, também previstos na Carta, no Artigo 48, número 2. E, por terceiro, em sendo afirmativa a segunda questão, questionou-se se a interpretação dada ao Artigo 43 em conjunto com os Artigos 47 e 48 da Carta, permitia que um Estado-Membro sujeite a entrega de uma pessoa, condenada sem estar presente no julgamento, mesmo a condenação poder ser objeto de futuro recurso e possível revisão em outro Estado-Membro, a fim de evitar uma interpretação que causasse um limite ou desrespeito a um direito fundamental reconhecido pela constituição do Estado-Membro.

Ao julgar o caso, o TJUE afirmou que um Estado-Membro estaria autorizado a aplicar a norma de proteção dos direitos fundamentais de acordo com a sua constituição, caso esta seja superior à norma constante na Carta.

---

<sup>3</sup> Explicação de Pedro Miguel Alves ribeiro Correia e Inês Oliveira Andrade de Jesus sobre a alteração mencionada: *"Ora, a Decisão-Quadro 2009/299, que suprimiu o artigo 5o previsto na redação originária da Decisão-Quadro 2002/584, introduziu o artigo 4o -A, que se refere precisamente às decisões proferidas na sequência de um julgamento em que o interessado não compareceu pessoalmente. O referido artigo 4o -A acolhe casos facultativos de não execução do mandado de detenção europeu. Nos termos do No 1, o facto de o interessado não ter estado presente no julgamento que conduziu à condenação é um motivo facultativo de não execução do mandado de detenção europeu emitido para efeitos de execução de uma pena ou de uma medida de segurança privativas de liberdade. Esta faculdade prevê, contudo, quatro exceções que privam a autoridade judiciária da possibilidade de recusar a execução do mandado de detenção europeu em causa, que se opõem a que a autoridade judiciária de execução subordine a entrega de uma pessoa condenada sem ter estado presente no julgamento à possibilidade de uma revisão do julgamento, na presença da pessoa."* CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro. JESUS, Ines Oliveira Andadre de. O princípio do nível de proteção mais elevado: análise do artigo 53 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à luz do acórdão Melloni. *Estudios Constitucionales*, Año 12, Nº 2, 2014, pp. 275-300. ISSN 07180195.

Com base no caso acima exposto, pretende-se abordar neste artigo, a questão da eficácia da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, com a análise da sua capacidade de garantir os direitos que prevê às pessoas a que se destina. Ressalta-se que a questão é atual e traz à tona a necessidade de pensar acerca de algumas das questões clássicas de Direito Internacional Público, juntamente com questões atuais de Direito Constitucional Europeu.

## **1 A CONDIÇÃO DO CIDADÃO EUROPEU NA ESFERA DO DIREITO INTERNACIONAL**

A doutrina de Direito Internacional, até meados do século XX, tentou, por diversas vezes, e por diferentes maneiras, definir para quem eram dirigidas as normas de Direito Internacional, numa busca em descobrir quem eram os sujeitos titulares dos direitos tutelados pelo Direito Internacional. Predominantemente, concluiu-se que os indivíduos tutelados não figuravam na esfera jurídica internacional como "sujeitos de direitos", mas sim, como "objetos" (MASTROMARTINO, 2010, p. 416). Essa conclusão baseou-se na ideia de que o Direito Internacional era destinado a tutelar os Estados, sendo esses, portanto, seus únicos destinatários, estando os indivíduos subordinados aos Estados, logo, excluídos da referida tutela. Assim, os indivíduos tinham os seus direitos e deveres eficazes através dos poderes públicos operados pelos seus respectivos Estados, esses que, cumpriam com o que fora conveniado de forma internacional (MODUGNO, 1985, p. 253). Ainda, havia o argumento de que os indivíduos, em sua esfera pessoal, não conseguiriam fazer cumprir o que o Direito Internacional os prescrevia, logo, a atuação de um cidadão perante um tribunal internacional se daria, tão apenas, como reflexo da atuação do seu Estado. (MASTROMARTINO, 2010, p. 416).

Para Augusto Aguilar Calahorra, os fundamentos expostos até aqui incorporam uma "tese negativa" do Direito Internacional, pois negam aos cidadãos a subjetividade desse ramo do Direito. Ainda, afirma que essa "postura negativa" foi superada pela internacionalização dos Direitos Humanos, situação que ocorreu após o fim da II Guerra Mundial, destacando, ainda, a importância dos julgamentos de Nuremberg, que reconheceram a responsabilidade internacional dos indivíduos; o Estatuto da Corte Penal Internacional; a Declaração de Direitos Humanos das Nações

Unidas; e, o Convênio Europeu de Direitos Humanos; todos marcos históricos que mudaram a perspectiva do cidadão frente ao Direito Internacional (CALAHORRO, 2020, p. 392).

Segue o autor defendendo que *"a forma mais efetiva de assegurar a vinculação dos poderes públicos nacionais aos compromissos internacionais é permitir, a cada um dos cidadãos, que baseie suas pretensões subjetivas em direitos e deveres internacionais e invoque suas normas perante a jurisdição"*. Dessa forma, teríamos o resultado: a possibilidade de o próprio cidadão invocar ao Estado o cumprimento daquilo que fora previsto internacionalmente, por meio de convenções e tratados, sendo essa uma forma de vincular o próprio Estado aos seus compromissos internacionais. Ainda, essa possibilidade serviria para legitimar o ordenamento jurídico internacional. Concluí o autor que *"ou o cidadão pode desfrutar efetivamente dos direitos previstos pelas normas internacionais ou não é sujeito de nada"* (CALAHORRO, 2020, p. 392).

Em se tratando de Europa, o processo de integração europeia revolucionou, sob o prisma jurídico, a condição do cidadão na esfera internacional, pois, os consagrou como sujeito de Direito Internacional, tanto quanto os Estados-Membros. Assim, tanto os cidadãos, como os Estados-Membros, estão vinculados ao Direito europeu, esse que é a fonte autônoma com eficácia própria dos direitos e deveres, sendo que as suas relações são regidas por normas que se impõem a todos eles. O processo de integração europeu trouxe à tona a ideia da UE como comunidade de Direito, situação que elevou a força dos tratados constitutivos (DÍEZ-PICAZO, 2002). Essa comunidade de Direito é constituída sob dois princípios arranjados pelo TJUE, quais sejam: a primazia do Direito europeu e sua eficácia direta. Assim, pode-se entender que os cidadãos podem clamar por disposições europeias quando das suas pretensões subjetivas frente ao Estado, e que, em havendo contradição, a norma europeia deve prevalecer (CALAHORRO, 2020, p. 396).

A determinação dos cidadãos europeus como sujeitos de Direito europeu é o ponto de partida para a constitucionalização da UE, que acaba, assim, detendo ordenamento diferente do internacional. O ponto atual desta constitucionalização é a entrada em vigor da Carta, que trouxe dúvidas sobre a natureza da UE, isso, pois, não atribuiu, de imediato, direito aos cidadãos, que sequer podem invocá-la de pronto

na grande parte dos casos, sendo necessária a mediação do Estado-Membro, situação que pareceu reverter o status de subjetividade do cidadão europeu, adquirido no processo de integração europeia (CALAHORRO, 2020, p. 399).

## 2 O CONSTITUCIONALISMO EUROPEU

Antes de se adentrar às questões envolvendo a eficácia da Carta, cumpre fazer algumas notas sobre o constitucionalismo europeu. Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia afirma que os ordenamentos jurídicos-constitucionais são altamente complexos, haja vista a sua grande pluralidade de fontes, intérpretes, interesses e valores consagrados, sendo que a UE não seria exceção a esta regra. Para o Direito Constitucional Europeu, as tradições constitucionais nacionais têm grande importância, onde as ordens jurídicas nacionais conversam de forma concentrada (CORREIA, 2014, p. 279). Neste cenário, Nuno Piçarra agrega que *“o reconhecimento de que a UE se rege por uma constituição não significa de modo nenhum reduzir as constituições dos Estados-Membros ‘a uma dimensão intermédia de legitimação do fenómeno político na União Europeia’”,* pois, as constituições se revelam como estruturas próprias da constituição da UE (PIÇARRA, 2011, p. 12).

Segue Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia afirmando que *“o projeto europeu, hoje uma realidade firmada, é uma entidade constitucional pós-nacional ou supranacional, caracterizada por uma natureza sui generis”,* mas que sofre críticas, seja pela negação, por parte de alguns autores, da natureza constitucional da União, ante a ausência de um Estado-nação, e de outros, ante a ideia de que afirmar a existência de uma tradição constitucional comum aos Estados-Membros não seria possível, dados os diversos contextos sociopolíticos (CORREIA, 2014, p. 279). E Nuno Piçarra afirma que *“o facto de os três instrumentos jurídicos por que se dispersa o estatuto jurídico-político fundamental da UE (TUE, TFUE e CDFUE) também regularem as mesmas questões que qualquer constituição estadual regula, longe de induzirem a sua natureza constitucional, refletem-na”* (PIÇARRA, 2011, p. 11).

Em sendo assim, tem-se que o Tratado de Lisboa é materialmente constitucional, sendo que, com a sua assinatura, firmou-se um entendimento diferente de constitucionalismo, esse que poderia ser chamado de multinível, que

implica no diálogo entre os constitucionalismos nacionais e europeus. Tal situação induz a transferência de competências do Estados-Membros para a UE e a concorrência na aplicação de disposições normativas, o que induz ao aparecimento de conflitos, assim a atuação do TJUE e dos tribunais nacionais é essencial (CORREIA, 2014, p. 280).

### 3 A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA (CARTA)

A origem da Carta, em verdade, é distante do Tratado de Lisboa, pois remonta ao Conselho Europeu de Colônia de 1999, onde restou consignada uma Convenção para a realização da sua redação. Sendo assim, um Comitê foi formado, com objetivo de reforça da proteção dos direitos fundamentais da UE e o aumento da sua visibilidade e compreensão. A Convenção foi aprovada pelo Conselho Europeu de Biarritz em 2000, e obteve a aprovação prévia do Parlamento Europeu e da Comissão Europeia. No mesmo ano, a Carta foi então assinada e proclamada em Nice pelos representantes do Conselho, do Parlamento e da Comissão Europeia. Com o Tratado de Lisboa, a Carta tornou-se juridicamente vinculativa, apesar de não ter sido incorporada nos Tratados (CORREIA, 2014, p. 282).

Assim, a Carta é *“um texto proclamatório que não esgota a função garantidora do Tratado de Lisboa”* (CORREIA, 2014, p. 282), haja vista as normas e atuação do Tratado da União Europeia (TUE), o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que também realizam a aplicação dos direitos e liberdades, ainda, há de se levar em conta as tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros. Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia menciona que uma das vantagens da Carta é *“a visibilidade e a certeza jurídica, o reconhecimento do estatuto de cidadania da União e a autonomização dos direitos em relação ao vínculo económico, além da coerência sistemática e axiomática que proporcionou no ordenamento jurídico europeu.”* (CORREIA, 2014, p. 282).

Dentre as críticas que a Carta recebeu, algumas dizem respeito aos aparentes obstáculos a sua eficácia. O primeiro obstáculo apresentado pela doutrina é a

incisiva distinção entre princípios e direitos, conforme previsto do Artigo 52.5<sup>4</sup>, em sua versão de 2007. Aqui, a Carta afirma que os princípios devem ser “observados”, ao invés de “respeitados”, tal qual os direitos. Ainda, determina que os princípios devem ser aplicados via atos legislativos e executivos, sendo que as discussões sobre sua eficácia levada a apreciação dos Tribunais somente nos casos de necessária interpretação ou revisão. Porém, não há na Carta indicação do que seriam princípios e o que seriam direitos. Assim, a incerteza sobre os princípios, como a doutrina aponta, é prejudicial à eficácia de todos os direitos da Carta. (KROMMENDIJK, 2015, p. 321-356; PRECHAL, 2004, p. 177 ss.)

O segundo obstáculo seria o Artigo 51.1 da Carta, que limita o poder público das instituições da UE, e dos Estados-Membros, esses que atuariam como meros agentes da UE, sendo que, essa atribuição de competência aos Estados-membros acaba por limitar as suas atuações. (CALAHORRO, 2020, p. 400). A problemática da Carta de limitar o poder público dos Estados-Membros aparece quando da atuação desses na aplicação do Direito, isso, pois, os Estados-Membros podem o fazer a partir da base legal dos tratados ou de suas próprias constituições: no primeiro caso, os limites à atuação estão definidos na própria Carta; e, no segundo caso, são os direitos fundamentais do próprio Estados-Membros que representam limite, porém, não podem coincidir com o previsto na Carta. Assim, a importância de definir as competências da UE e dos Estados-Membros é de suma importância, antes de se falar em eficácia da Carta. Ainda, o Artigo 51.1<sup>5</sup> omite a questão da eficácia horizontal da Carta, o que a torna distante das características do processo de integração

---

<sup>4</sup> Artigo 52. Âmbito e interpretação dos direitos e dos princípios. (...) “5. As disposições da presente Carta que contenham princípios podem ser aplicadas através de actos legislativos e executivos tomados pelas instituições, órgãos e organismos da União e por actos dos Estados-Membros quando estes apliquem o direito da União, no exercício das respectivas competências. Só serão invocadas perante o juiz tendo em vista a interpretação desses actos e a fiscalização da sua legalidade.” Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em: <https://infoeuropa.euocid.pt/registo/000040181/documento/0001/>. Acessado em 26 de nov. de 2022.

<sup>5</sup> Artigo 51.o Âmbito de aplicação “1. As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados.” Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em: <https://infoeuropa.euocid.pt/registo/000040181/documento/0001/>. Acessado em 26 de nov. de 2022.

européia acima comentados (CARTABIA, 2009, p. 19; JACOBS, 2001, p. 331; PERNICE, 2015, p. 541-562).

Outra discussão doutrinária acerca da Carta está na aplicação do Artigo 53<sup>6</sup>. Para alguns autores<sup>7</sup> o Artigo 53 prevê o princípio do nível mais elevado de proteção de direitos fundamentais, sendo este um critério a ser utilizado nas resoluções de conflitos, porém, para outros autores<sup>8</sup>, a norma apenas afirmaria o princípio do primado do direito da UE. Para os primeiros, em caso de conflito, o que deve ser aplicado é a regra mais benéfica ao indivíduo, logo, a Carta só é aplicada se consegue oferecer um maior nível de proteção. (CORREIA, 2014, p. 282).

#### 4 A QUESTÃO DA EFICÁCIA DA CARTA NA JURISPRUDÊNCIA

O caso escolhido para análise é interessante, e conversa com o tema do artigo, justamente por considerar a colisão entre o nível de garantia da Carta e das constituições dos Estados-Membros.

No caso Melloni, especificamente sobre o Artigo 53, o TJUE decidiu aplicar o direito adequado ao caso concreto, independente de oferecer o nível de proteção mais elevado. Assim, é possível dizer que o TJUE recorreu ao princípio da proporcionalidade, procurando conferir ao caso a proteção mais adequada. Aqui, vale referir que o TCE não defendeu ser a legislação espanhola mais protetora ao indivíduo. Ainda, o TJUE arguiu que um Estado-Membro estaria autorizado a aplicar a norma de proteção dos direitos fundamentais de acordo com a sua constituição, caso esta seja superior à norma constante da Carta. Nesse ponto, entretanto, a doutrina defende que, nos termos do Artigo 51.1 da Carta, as garantias constitucionais não seriam aplicadas quando os Estados-Membros estão frente à

---

<sup>6</sup> Artigo 53.o Nível de proteção *“Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.”*. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em: <https://infoeuropa.euocid.pt/registo/000040181/documento/0001/>. Acessado em 26 de nov. de 2022.

<sup>7</sup> Ver: Leonard Besselink, Maria Luísa Duarte e Fausto Quadros.

<sup>8</sup> Ver: Ingolf Pernice, Jonas Liisberg, Erich Vranes e Joseph Weiler.



aplicação do direito da UE, assim, imperioso seria determinar em que casos isso pode ocorrer (DE WITTE, 1999, p. 859), caso contrário, estaríamos diante de uma situação onde a aplicação do Direito Europeu restaria à margem da discricionariedade dos Estados-Membros, que poderiam impor o nível de garantias mais elevado das suas constituições (CARMONA CONTRERAS, 2016, p. 20 ss.; SARMIENTO, 2013, p. 1267-1304).

Para Augusto Aguilar Calahorro, a situação acima narrada *"torna complicada a determinação sobre quando os Estados aplicam ou não o direito europeu e quando os direitos da Carta têm ou não eficácia num caso concreto"*; de forma que se chegou a uma realidade onde não há segurança, pois, a aplicação da Carta fica dependendo da análise de caso a caso, sendo que toda e qualquer discussão acabaria por ser direcionada à margem da discricionariedade dos Estados-Membros pela aplicação da Carta ou da sua constituição. O mesmo autor indica que *a "atuação do poder público estatal se encontra imediatamente configurada como um agente europeu de aplicação ou implementação da norma europeia, diretamente vinculado pela norma europeia e limitado pelos direitos fundamentais da Carta"*, apesar de acreditar que a limitação do poder da Carta diminui a sua eficácia (CALAHORRO, 2020, p. 404-405).

A evolução do entendimento do TJUE acerca da aplicação da Carta ficou evidente em casos julgados recentemente, dentre os quais menciona-se o caso Bauer<sup>9</sup>, onde houve o reconhecimento do direito às férias remuneradas, mesmo sem previsão expressa nas Diretivas, mas por conta de previsão na Carta, essa que poderia ser aplicada diretamente, não necessitando de concretização via disposição da UE ou do direito nacional, situações que demonstrou a eficácia direta horizontal dos direitos sociais da Carta. (CALAHORRO, 2020, p. 409).

Com base na evolução da jurisprudência sobre a temática da eficácia da Carta, Augusto Aguilar Calahorro menciona que os direitos previstos na Carta se bastam por si mesmos para conceder direitos aos particulares, pode ser invocado sem necessidade de regras de concretização; são direitos fundamentais que não dependem das normas de execução para a sua invocação, portanto, são imperativos,

---

<sup>9</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de novembro de 2018, Processos C569/16 e C570/16, Bauer.

logo, deve-se reconhecer a imperatividade da própria Carta. (CALAHORRO, 2020, p. 404-405).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao ser atribuída à Carta a força jurídica dos Tratados, o TUE fundamentalizou, formal e materialmente, tal catálogo de direitos, sendo indiscutível, então, a sua força vinculativa, porém, tal situação pode ter contribuído para a existência de conflitos constitucionais. Em termos de conflitos, o Artigo 53 da Carta apresentaria resolução, porém, vem sendo interpretado de forma diversa pela doutrina. Analisando o caso Melloni, é possível avaliar que o TJUE não exclui a possibilidade de existirem normas nacionais que confirmem mais proteção aos indivíduos, logo, podemos concluir que a jurisprudência feita no caso Melloni vai no sentido de assegurar uma preferência pela aplicação das normas que provejam uma garantia maior, independentemente de serem nacionais ou comunitárias.

Em relação à eficácia, temos que é clara a diferença do Direito Europeu ao Direito Internacional público: a subjetividade jurídica, onde o cidadão europeu pode invocar as disposições europeias em defesa de pretensão subjetivas, sendo a ideia de um sujeito de direito extra estatal a essência do processo de integração europeu. Em relação ao caso Melloni, vemos que, de acordo com o Artigo 51.1, o nível de garantias constitucionais não se aplica quando os Estados-Membros aplicam o direito da UE, logo quando o Direito Europeu atua de forma a uniformizar, o nível de garantia deveria ser aquele previsto na Carta. Entretanto, em 2018, o TJUE apresentou mudança radical de entendimento, ao julgar o caso Bauer, entendendo por aplicar o direito as férias anuais remuneradas, não por ser mais benéfico, mas por expressa previsão da Carta.

Pelo exposto, vê-se que o diálogo entre tribunais é complexo e envolve um sistema multinível de proteção de direitos e o desenvolvimento de um diálogo entre categorias jurídicas, sendo que, a validade do Direito Europeu passa pela validade das disposições das suas cartas de direitos.

## REFERÊNCIAS

MADURO, Miguel Poiares. "O superavit democrático europeu", in *Análise Social*, Vol. XXXVI (158-159), 2001.

PIÇARRA, Nuno (Coord.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa Aspectos Centrais*, Coimbra, Almedina, 2011.

CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro. JESUS, Ines Oliveira Andadre de. O princípio do nível de proteção mais elevado: análise do artigo 53 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à luz do acórdão Melloni. *Estudos Constitucionais*, Ano 12, n. 2, 2014.

CALAHORRO, Augusto Aguilar. A eficácia da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia à luz da jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça. *Joaçaba*, v. 21, n. 2, 2020.

MASTROMARTINO, Fabrizio. "La soggettività degli individui nel diritto internazionale". *Diritto e questioni pubbliche*. n. 10, 2010.

MODUGNO, Franco. *Legge-ordinamento giuridico. Pluralità degli ordenamenti*. Milán: Giuffré, 1985.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Constitucionalismo de la Unión Europea*. Madrid: Civitas, 2002.

KROMMENDIJK, Jasper. "Principled silence or mere silence on principles? The role of the European Charters Principles in the case law of the Court of Justice". *European Constitutional Law Review*. n. 11, 2015.

PRECHAL, Sacha. "Rights v. Principles, or how to remove fundamental rights from the jurisdiction of the courts". In: ZWAAN, Jaap W. de et al. (ed.). *The European Union: An ongoing process of integration – Liber amicorum Alfred E. Kellerman*. La Haya: TMC Asser Press, 2004.

CARTABIA, Marta. "Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously". *European Constitutional Law Review*. n. 5, 2009.

JACOBS, Francis. "Human rights in the European Union: the role of the Court of Justice". *Euro-pean Law Review*, n. 26, 2001.

PERNICE, Ingolf. "Multilevel constitutionalism and the crisis of democracy in Europe". *European Constitutional Law Review*, n. 11, 2015.

DE WITTE, Bruno. "Direct effect, supremacy, and the nature of the legal order". In: CRAIG, Paul; DE BURCA, Gráinne. The evolution of EU Law. Oxford, New York: Oxford University Press, 1999.

CARMONA CONTRERAS, Ana. "El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales". Revista Espanhola de Direito Constitucional, v. 107, 2016.

SARMIENTO, Daniel. "Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights protection in Europe". Common Market Law Review, v. 50, 2013.

**PARTE II**  
**DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS**



## 19. A PROTEÇÃO CLIMÁTICA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

*CLIMATE PROTECTION IN THE LIGHT OF GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL  
COURT JURISPRUDENCE*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-19>

*Victória Maltchik Salles Jung<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

Este estudo visa analisar brevemente o julgamento em bloco dos casos 1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, todos referentes à Lei Federal sobre alterações climáticas publicada na Alemanha em dezembro de 2019. Para isso, far-se-á comentários comparativos com a Política Nacional sobre Mudança do Clima, Lei 12.187/2009, a qual estabelece os princípios e objetivos brasileiros sobre a temática. A importância do tema surge a partir do entendimento de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado se trata tanto de um direito quanto de um dever fundamental, bem como deve ser cuidado pela e para a população no decorrer das gerações.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Meio ambiente; Mudança climática; Objetivos internacionais; Efetividade.

### **ABSTRACT**

This study aims to briefly analyse the block judgment in cases 1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, all referring to the Federal Climate Change Act published in Germany in December 2019. For this, comparative comments will be made with the National Policy on Climate Change, Law 12.187/2009, which establishes the Brazilian principles and objectives on the subject. The importance of the topic arises from the understanding that the

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, com bolsa CNPq. Membro do Grupo de Pesquisas Avançadas em Direito Tributário (GTAX-PUCRS). E-mail: victoria.maltchik@acad.pucrs.br.

ecologically balanced environment is both a right and a fundamental duty and must be cared for by and for the population throughout generations.

Keywords: Fundamental rights; Environment; Climate change; International objectives; Effectiveness.

## INTRODUÇÃO

Tanto na Alemanha quanto no Brasil, o meio ambiente ecologicamente equilibrado não é considerado um direito fundamental diretamente. De acordo com (MATIAS; MATTEI, 2014, p.233-234 ) a ideia de que o artigo 20 da Lei Fundamental alemã, o qual aborda a defesa do meio ambiente, não é um direito fundamental direto é pacificada.

Não sendo reconhecido na qualidade de direito fundamental, o meio ambiente ecologicamente equilibrado não prevalece em relação aos demais bens constitucionais fundamentais, sendo excluído, também, da proteção das cláusulas pétreas, as quais são abordadas no artigo 79, inciso III, da Lei alemã:

Além disso, a determinação do art. 20a LF não é preferencial aos demais princípios e bens constitucionais e, como não está protegida pela cláusula pétrea do art. 79 III LF, situando-se em nível inferior ao princípio da dignidade humana (art. 1 LF) e aos princípios do Estado Democrático de Direito do art. 20 LF18 . (MATIAS; MATTEI, 2014, p.233-234)

No Brasil, a defesa do meio ambiente está disposta no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), isto é, também não se encontra expressamente no rol do artigo 5º enquanto um direito fundamental.

Nessa oportunidade, frisa-se as diferenças entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos humanos fundamentais: (i) **direitos humanos**, são direitos positivados, tendo como fonte os tratados internacionais, haja vista seu alto grau de essencialidade na vida dos titulares, transcendendo, dessa forma, o direito interno de cada Estado soberano (SARLET, 2018, p. 29); (ii) **direitos fundamentais**, apesar de também estarem escritos, positivados, esses direitos estão dispostos nas



constituições de cada Estado, estando a sua fundamentalidade vinculada ao direito interno de cada país (SARLET, 2018, p. 29); e, (iii) **direitos humanos fundamentais**, nem todos os direitos humanos foram recepcionados pelas constituições dos Estados signatários de determinado tratado internacional. Se, no entanto, o direito em discussão for recepcionado, através do procedimento específico a ser seguido, pela CF/88, por exemplo, a sua eficácia poderá ser formalmente reconhecida (SARLET, 2018, p. 29).

Para o filósofo alemão Immanuel Kant (2004), a Terra deve ser considerada como unidade, fazendo com que a desobediência de determinado direito traga prejuízos a todos. Dessa forma, o pensador coloca o direito cosmopolita (*jus cosmopoliticum*) como o último estágio do direito, no qual se absorve as demais esferas anteriores. Desse modo, transcende-se a ideia de subordinação de apenas determinada nação (KANT, 2004).

É sabido que tanto a Alemanha como o Brasil participaram de várias conferências internacionais cujos objetivos era a colaboração para com a defesa do meio ambiente. Com essas premissas, não há como desconsiderar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto um direito cosmopolita. Por outro lado, como o assunto é objeto de discussões, propõe-se o meio ambiente ecologicamente equilibrado, no mínimo, enquanto um direito humano fundamental, encontrando respaldo, para isso, em (SARLET, 2021, pp. 91), que discorre ser viável a atribuição de fundamentalidade de determinados direitos sociais e ecológicos.

Segundo Norberto Bobbio (1992), os movimentos ecológicos são as reivindicações mais relevantes dos direitos humanos de terceira geração, ratificando, portanto, a relevância do assunto. Ao mesmo tempo, o meio ambiente ecologicamente equilibrado também trata-se de dever fundamental, conforme aponta José Nabais (1998, p. 101):

[...] todos os deveres fundamentais são, em certo sentido, deveres para com a comunidade (e, portanto, deveres dos membros desta ou dos cidadãos), isto é, diretamente ao serviço da realização de valores assumidos pela coletividade organizada em estado como valores seus.

Em síntese, é sabido que (i) os sujeitos de direitos também são sujeitos de deveres, (ii) os quais devem manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que (iii) se está diante de um direito fundamental. Não suficiente, a manutenção do meio ambiente sadio também é um dever para com as gerações futuras. Em Ingo Sarlete Tiago Fenstereifer (2021, p. 68) tem-se que:

[...] Na perspectiva ecológica, a solidariedade apresenta natureza normativa multidimensional (intrageneracional, intergeracional e interespecies) e projeta-se, assim, também em face dos habitantes de outras nações, das futuras gerações e mesmo dos animais não humanos e da Natureza como um todo, implicando um conjunto de deveres estatais e deveres fundamentais (atribuídos aos particulares) em matéria ambiental, os quais, nesse último caso, serão objeto de análise mais deitada no Capítulo 4.

Todavia, mesmo sabendo que cabe a todos a manutenção de um meio ambiente sadio para as presentes e futuras gerações, ainda está-se diante de um desequilíbrio de detenção de poder entre o Estado e os particulares, pertencendo ao primeiro a maior custódia. Muitos desastres naturais são vivenciados pela sociedade, sendo parte deles decorrentes da ação ou omissão estatal. Em função disso, analisar-se-á, a seguir, a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemão sobre o tema, além das leis sobre alterações climáticas publicadas na Alemanha e no Brasil.

## **1 O JULGAMENTO ALEMÃO**

Inicialmente, cumpre situar o caso discutido na decisão de número 1 BvR 2656/18, que julgou em bloco outras demandas similares: foram apresentadas reclamações constitucionais pela sociedade, apoiada por associações ambientais, sob o fundamento de que a lei alemã sobre mudança climática, pacote de proteção climática aprovado em 2019, não atingirá os efeitos almejados até a data prevista. Isso afronta, segundo os reclamantes, o mínimo existencial e à dignidade da pessoa

humana, além da manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações (TCFA, 2021).

A Lei Fundamental atacada conta com a meta de redução de emissões de gases geradores do efeito estufa (BUNDESTAG, 1949). A intenção decorre do artigo 20 da Lei, que foi elaborado com base no acordo de Paris (DUQUE, 2021). O impasse surge porque o atingimento da meta requer urgência e, em razão do exíguo prazo, impactos nas liberdades individuais apareceram, já que muitos aspectos da vida humana acarretam na emissão de gases poluentes (DUQUE, 2021).

Ao mesmo tempo que os magistrados entenderam não haver violação do dever de proteção do Estado alemão contra as alterações climáticas, constataram que a Lei precisa ser mais detalhada, sobretudo no cronograma previsto (TCFA, 2021; DW, 2021a). Muitos políticos comemoram o resultado da decisão; Olaf Scholz, ministro das finanças da Alemanha, e Svenja Schulze, ministra do meio ambiente, já pensam em medidas, mediante projeto de lei, para aconselhar o governo federal nas omissões da legislação discutida pelo Tribunal (DW, 2021b).

### **Comparação entre legislações e relação com o caso julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão**

Diferentemente da Alemanha, o legislador brasileiro trouxe maior ênfase ao meio ambiente ecologicamente equilibrado quando da elaboração do artigo 225 da Carta Magna. Visando uma melhor visualização, aponta-se o texto constitucional de ambos Estados:

#### **Lei Fundamental Alemã**

##### Artigo 20a

[Proteção dos recursos naturais vitais e dos animais]

Tendo em conta também a sua responsabilidade frente às gerações futuras, o Estado protege os recursos naturais vitais e os animais, dentro do âmbito da ordem constitucional, através da legislação e de acordo com a lei e o direito, por meio dos poderes executivo e judiciário. (BUNDESTAG, 1949)

### **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento) II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento) III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento) IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento) V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento) VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII

- proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento) VIII - manter regime fiscal favorecido para os biocombustíveis destinados ao consumo final, na forma de lei complementar, a fim de assegurar-lhes tributação inferior à incidente sobre os combustíveis fósseis, capaz de garantir diferencial competitivo em relação a estes, especialmente em relação às contribuições de que tratam a alínea "b" do inciso I e o inciso IV do caput do art. 195 e o art. 239 e ao imposto a que se refere o inciso II do caput do art. 155 desta Constituição. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 123, de 2022) § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores,

peças físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. (Regulamento) (Regulamento) § 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. § 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas. § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 96, de 2017) (BRASIL, 1988).

A semelhança reside, porém, no fato de que nenhum dos dispositivos expressa os objetivos internacionais para combate à degradação ambiental. A Lei Fundamental Alemã entrou em vigor no ano de 1949 (SARLET, 2019), isto é, antes da ocorrência das mais famosas conferências internacionais, as quais ganharam força a partir das décadas de 70 e 80 (SARLET; FENSTEREIFER, 2021). A partir desse cenário, o direito constitucional ambiental foi inserido, com a 42ª alteração da legislação constitucional em 1994, na Lei Fundamental alemã (MATIAS; MATTEI, 2014). O juízo de valor aqui feito ao dispositivo alemão é a ausência de especificações sobre a forma de promoção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, as quais são trazidas de maneira mais robusta pelo poder constituinte brasileiro.

Além disso, é necessário mencionar que o Brasil passou a tratar do tema antes, pois no ano de 1981 já estava em vigor a Lei 6.938, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente. A intenção foi estabelecer os objetivos brasileiros em relação às pautas ambientais. Entretanto, a Política Nacional é vaga, ocupando tão somente de

listar quais são os instrumentos dela (artigo 9º). Noutros termos, a legislação carece de conceitos e plano de ação para o atingimento das metas desejadas. Poucos anos depois, com a Constituição Cidadã, de 1988, o constituinte passou a se preocupar com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, que veio consagrado no artigo 225.

Apesar da boa redação dada ao artigo 225, o Brasil está distante de cumprir as metas ambientais as quais se propôs. Já a Alemanha, mesmo com dificuldades a serem repensadas, está melhor no cenário internacional, conforme pode-se perceber de sua adesão às fontes de energias renováveis, manejo dos resíduos sólidos e etc. Parte disso acontece porque o Tribunal Constitucional Alemão possui grande influência no sistema jurídico do país, contando com efetiva participação popular.

O pós-guerra e nazismo demonstraram a relevância de mecanismos de defesa dos direitos fundamentais para além do próprio Poder Judiciário alemão, elevando, assim, a cooperação da sociedade nas revisões das normas (GOMES, 2010). Paralelamente, o movimento pós-positivista conta com muitos críticos. Sob a fundamentação de que o papel do Poder Legislativo não pode ser confundido com o do Judiciário, começou-se a intitular a desenfreada criação de leis pelo Tribunal de "Ativismo Judicial", não sendo clara a separação entre interpretação e criação do direito (GOMES, 2010).

Não obstante os comentários sobre a atuação do Tribunal Constitucional Federal alemão, feitos de modo geral, a decisão proferida no caso discutido, parcial inconstitucionalidade sobre a lei de mudança climática, foi acertada. Isso porque, como visto, a legislação não explica com exatidão como as emissões de gases do efeito estufa devem ser reduzidas até 2030. Os magistrados, a fim de sanar essa omissão, deram ao Poder Legislativo até o final deste ano, 2022, para traçar metas mais precisas para o período depois de 2023 (TCFA, 2021).

Especificamente nessa situação, eventual configuração de ativismo judicial é afastada, já que a lei não foi declarada nula, mas tão somente exortou o legislador a corrigir a questão. Ademais, a legislação voltou para correção daquele que a criou, isto é, não foi alterada pelo próprio Tribunal Constitucional Alemão.

O Supremo Tribunal Federal (STF), guardião da Constituição Federal brasileira, não julgou ações que versassem sobre a inconstitucionalidade da Política Nacional

sobre Mudança Climática. O julgamento que ocorreu recentemente era referente ao Fundo do Clima, criado em 2011, sendo argumentado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)708 a omissão do poder público no âmbito das políticas climáticas (PROJETO MANUELZÃO, 2022)

A diferença é que a omissão debatida no STF não foi sobre a lei que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima, mas sim sobre o agir do ente público, que não estaria cumprindo com as suas obrigações. Tanto o julgamento do caso alemão, quanto do caso brasileiro, as decisões não foram alteraram, até porque nem poderiam, as leis diretamente; o que houve foi o encaminhamento ao Poder responsável pelas alterações necessárias, sendo apontado, tão somente, que as condições antes existentes eram insuficientes para se chegar nos objetivos quistos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O meio ambiente ecologicamente equilibrado, mesmo sem estar expressamente disposto enquanto um direito (humano) fundamental nas constituições dos países estudados, ele pode, mediante interpretação extensiva, ser considerado como tal. Assim, ele deve ser observado na qualidade de direito-dever fundamental, a fim de garantir uma harmonia para as presentes e futuras gerações.

No decorrer do trabalho, verificou-se que tanto a Alemanha quanto o Brasil possuem leis de combate às mudanças climáticas, visto que ambos Estados são signatários de tratados internacionais, os quais objetivam o freamento dos avanços da poluição. Ainda que o Brasil conte com a Lei 6.938/1981, Política Nacional do Meio Ambiente, ela não é suficiente para acolher as necessidades do país. Isso porque a legislação é enxuta, não descrevendo detalhadamente conceitos nem se ocupando de expor planos de ação ambiental.

Semelhantemente, a Alemanha também possui uma lei com objetivos para combater os avanços da mudança climática. No entanto, muitos jovens e ativistas se preocupam com ela, sob a alegação de que não é combatente o bastante para atingir os objetivos até a data estimada. Em face disso, procurou-se o Tribunal Constitucional Alemão com o instituto de sanar as lacunas da lei. A decisão proferida

no caso 1 BvR 2656/18 teve impacto em outros similares, os quais foram julgados em bloco.

Em síntese, constatou-se que a legislação específica sobre combate à mudança climática deverá retornar ao Poder Legislativo para que façam especificações referentes ao plano de ação para atingimento das metas. A crítica que existe na atuação do Tribunal Constitucional Alemão é referente ao ativismo judicial, que desde a Segunda Guerra Mundial vem ocorrendo em diversos países.

Não obstante, defende-se afastado o ativismo judicial no caso analisado, haja vista que os magistrados germânicos tão somente devolveram a matéria ao Poder competente para fazer as alterações na lei. A participação do Poder Judiciário alemão, dessa maneira, apenas se limitou a dizer que a lei em vigor não atendia todos os detalhes imprescindíveis para se obter os resultados pensados. Por isso, compreende-se acertada a conclusão dos nobres julgadores.

Feitas essas considerações, salienta-se a relevância do presente debate para sociedade, haja vista os problemas ambientais enfrentados no mundo nos últimos anos. Sugere-se, por derradeiro, que, assim como o trabalho iniciado pelos alemães, se faça uma revisão legislativa para adequar à Lei brasileira, Política Nacional de Mudança Climática, para que se atribua maior clareza e melhor descreva as atitudes a serem adotadas em prol do meio ambiente sadio. Tudo isso, pensando na tutela do direito humano fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

. **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm) > Acesso em: 18/05/2022.



BUNDESTAG, D. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**, 1949[2022]. Disponível em <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> Acessado em 17/10/2022.

COELHO, J. S. C. S. **Sustentabilidade ambiental e ordem internacional cosmopolita: uma reflexão sobre a atualidade do projeto kantiano de Paz Perpétua**. 2013. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Goiás, Goiás, 2013.

DUQUE, M. S. **A proteção climática como direito fundamental transgeracional na visão do TCF alemão**, 2021. Disponível em <<https://cdea.tche.br/site/?p=5551> > Acessado em 05/09/2021.

DW, Deutsche Welle. **Alemanha deve melhorar metas climáticas, decide tribunal**, 2021a. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/alemanha-deve-melhorar-suas-metas-clim%C3%A1ticas-decide-tribunal/a-57373619>> Acessado em 02/09/2022.

DW, Deutsche Welle. **Lei climática alemã não vai longe o suficiente, determina tribunal superior**, 2021b. Disponível em <<https://www.dw.com/en/german-climate-law-is-partly-unconstitutional-top-court-rules/a-57369917>> Acessado em 02/09/2022.

GOMES, F. B. O modelo alemão de controle de constitucionalidade. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 26, n. 2, pp. 153-180, 2010. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/e1ff91a8c7b5ca24065fefa82261ff0b.pdf>> Acessado em 30/09/2022.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995.

MATIAS; J. L. N.; MATTEI, J. Aspectos comparativos da proteção ambiental no Brasil e na Alemanha. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 34.2 pp. 227-244, 2014. Disponível em <<https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/12049> > Acessado em 14/09/2022.

NABAIS, J. C. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

PROJETO MANUELZÃO. **STF reconhece proteção do meio ambiente como dever constitucional**, 2022. Disponível em: <<https://manuelzao.ufmg.br/stf-reconhece-protacao-do-meio-ambiente-como-dever-constitucional/>> Acessado em 26/09/2022.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

. **A Lei Fundamental da Alemanha aos 70 anos – vale apenas comemorar**, 2019. Disponível em:  
<<https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/direitos-fundamentais-lei-fundamental-alemanha-aos-70-anos-vale-apenas-comemorar>> Acessado em 02/09/2022.

SARLET, I. W.; FENSTEREIFER, T. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

. **Direito Constitucional Ecológico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

TCFA, Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. **1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20**, 2021. Disponível em  
<<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=24.03.2021&Aktenzeichen=1%20BvR%202656%2F18>> Acessado em 02/09/2022.

## 20. O DIREITO AO SWITCH OFF À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

*THE RIGHT TO SWITCH OFF IN THE LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-20>

*Thaís Fidelis Alves Bruch*<sup>1</sup>

### RESUMO

O objetivo geral do presente trabalho consiste em analisar a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia tombado sob o número C-55/18. Os objetivos específicos consistem, primeiro, em apresentar um panorama sobre o sistema de controle de jornada; segundo, discorrer acerca da importância da limitação do tempo da jornada de trabalho; e, terceiro, tratar dos principais aspectos do direito a desligar e da Resolução [2019/2181(INL)]. Ao final, concluiu-se que o direito ao descanso se mantém fundamental na sociedade digital, inclusive quando o trabalho é prestado de forma telepresencial. A pesquisa, em sua essencialidade bibliográfica, deu-se com o método indutivo, quando da investigação; passando-se ao método analítico por ocasião da escolha das informações, e, no momento da confecção deste relatório em forma de *paper*, utiliza-se novamente o método indutivo.

Palavras-chave: TJUE , Sistema de Controle; Duração da Jornada, Direito a Desligar.

### ABSTRACT

The general objective of this work is to analyze the decision of the Court of Justice of the European Union registered under the number C-55/18. The specific objectives are to present, first, an overview of the working hours control system; secondly, to discuss the importance of limiting the time of the working day; and, third, to address

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito na PUC/RS. Procuradora do Trabalho (MPT/MPU). Ex-Procuradora Federal. Membro do Coletivo MP Transforma. Membro do IPEATRA (Instituto de Pesquisa e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho). Integrante do Grupo de Trabalho sobre Nanotecnologia e Trabalho do MPT. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. e-mail: thaisfidelis@gmail.com.

the main aspects of the right to disconnect and Resolution [2019/2181(INL)]. In the end, it was concluded that the right to rest remains fundamental in the digital society, even when the work is provided in a telepresence way. The research, in its bibliographic essentiality, took place with the inductive method, during the investigation; moving on to the analytical method when choosing the information, and, at the time of writing this report in paper form, the inductive method is used again.

Keywords: TJUE, Control System; Duration of Journey, Right to Disconnect.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe-se a explorar, criticamente, a decisão emanada do Tribunal de Justiça da União Europeia inserta nos autos C-55/2018, de autoria da *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO)* em face de *Deutsche Bank SAE*.

Para tal desiderato, busca-se realizar um breve apanhado acerca do andamento do processo em referência, delineando-se os principais atos processuais e normas em discussão.

Em seguida, objetiva-se abordar as questões referentes à limitação da jornada de trabalho, especialmente a importância da implantação de um sistema de registro do tempo de trabalho para a tutela do direito aos descansos. Nesse caminho, procura-se investigar se essas garantias continuam relevantes na sociedade digital, na qual sofre uma pujante incidência das ferramentas tecnológicas.

Traçados esses pontos, tenciona-se expor conceitos doutrinários-chaves ao desenvolvimento deste, centrados na temática do direito fundamental a desligar-se ou à desconexão, notadamente na modalidade do teletrabalho.

A pesquisa bibliográfica ocorreu através do método indutivo no período de investigação e na confecção do relatório em forma de *paper*, empregando-se o método analítico na fase de extração de informações e dados.

## 1 CONTEXTUALIZAÇÃO: DA DECISÃO C-55/18 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

A decisão da Corte Europeia C-55/2018 tinha por propósito responder ao requerimento prejudicial, com espeque no artigo 267 do Tribunal Federal da União Europeia, formulado pela Audiência Nacional<sup>2</sup> da Espanha, através da decisão de 19 de janeiro de 2018, no processo movido pela *Federación de Servicios de Comisiones Obreras* (CCOO) contra *Deutsche Bank SAE*.

O aludido pedido de decisão prejudicial pretendia obter o esclarecimento quanto à interpretação: (i) do artigo 31º, n. 2<sup>3</sup>, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; (ii) dos artigos 3º<sup>4</sup>, 5º<sup>5</sup>, 6º<sup>6</sup>, 16º<sup>7</sup> e 22º<sup>8</sup> da Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, pertinente a alguns itens acerca da organização

---

<sup>2</sup> "La Audiencia Nacional tiene su sede en Madrid y es un órgano jurisdiccional único en España con jurisdicción en todo el territorio nacional, constituyendo un Tribunal centralizado y especializado para el conocimiento de determinadas materias que vienen atribuidas por Ley. Fue creada en virtud de Real Decreto Ley 1/1977 (BOE de 5 de enero de 1977)".

<sup>3</sup> "Artigo 31º Condições de trabalho justas e equitativas (...) 2. Todos os trabalhadores têm direito a uma limitação da duração máxima do trabalho e a períodos de descanso diário e semanal, bem como a um período anual de férias pagas".

<sup>4</sup> "Art. 3º. Descanso diário. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que todos os trabalhadores beneficiem de um período mínimo de descanso de 11 horas consecutivas por cada período de 24 horas".

<sup>5</sup> "Art. 5º. Descanso semanal. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que todos os trabalhadores beneficiem, por cada período de sete dias, de um período mínimo de descanso ininterrupto de 24 horas às quais se adicionam as 11 horas de descanso diário previstas no artigo 3º. Caso condições objectivas, técnicas ou de organização do trabalho o justifiquem, pode ser adoptado um período mínimo de descanso de 24 horas".

<sup>6</sup> "Artigo 6º. Duração máxima do trabalho semanal. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que, em função dos imperativos de protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores: a) A duração semanal do trabalho seja limitado através de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas ou de convenções colectivas ou acordos celebrados entre parceiros sociais; b) A duração média do trabalho em cada período de sete dias não exceda 48 horas, incluindo as horas extraordinárias, em cada período de sete dias".

<sup>7</sup> "Artigo 16º. Períodos de referência. Os Estados-Membros podem prever: a) Para efeitos de aplicação do artigo 5º (descanso semanal), um período de referência não superior a 14 dias; b) Para efeitos de aplicação do artigo 6º (duração máxima do trabalho semanal), um período de referência não superior a quatro meses".

<sup>8</sup> "Artigo 22º. Outras disposições. 1. Os Estados-Membros podem não aplicar o artigo 6º, respeitando embora os princípios gerais de protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores, desde que tomem as medidas necessárias para assegurar que: a) Nenhuma entidade patronal exija a um trabalhador que trabalhe mais de 48 horas durante um período de sete dias, calculado como média do período de referência mencionado na alínea b) do artigo 16º, a menos que tenha obtido o acordo do trabalhador para efectuar esse trabalho (...)".

do tempo de trabalho; (iii) dos artigos 4º, n. 1º, artigo 11º, n. 3º, 16º, n. 3º, da Diretiva 89/391/CEE do Conselho, concernente à aplicação de instrumentos direcionados ao incremento da segurança e da saúde dos obreiros.

A discussão posta pela citada Federação, autora do processo, diz respeito à ausência de implementação, por parte da instituição bancária empregadora, de um sistema de registro da duração diária do tempo de trabalho desenvolvido pelos trabalhadores.

De fato, em meados de 2017, a agremiação de nível inferior e ligada à Federação demandante na Espanha, ajuizou perante à corte competente, no caso, a Audiência Nacional, uma ação de índole coletiva contra a *Deutsche Bank*, com vistas a receber o reconhecimento judicial de que a empregadora, com fundamento na interpretação do 35º, item 5, do Estatuto dos Trabalhadores e, ainda, com base na terceira disposição adicional do Real Decreto 1561/1995, deveria disponibilizar um sistema de registro diário do tempo de trabalho, o qual possibilitasse a constatação do "*cumprimento, por um lado, dos horários de trabalho previstos e, por outro, da obrigação de transmitir aos representantes sindicais as informações relativas às horas extraordinárias realizadas mensalmente*" (INFOCURIA, 2019).

Além dos preceitos citados da legislação espanhola e o pedido de interpretação sob o enfoque dos dispositivos apropriados das Diretivas adrede mencionadas e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a associação profissional ancorou sua tese nos termos da Convenção nº 1 que trata da duração do tempo de trabalho na indústria, e da Convenção nº 30 que cuida de idêntico tema no comércio e escritórios. Por sua vez, a antítese do banco empregador encontraria respaldo no

---

<sup>9</sup> Medidas destinadas a melhorar a segurança e a saúde dos trabalhadores no trabalho. "Artigo 4º, 1. Os Estados-membros adoptarão as disposições necessárias para garantir que as entidades patronais, os trabalhadores e os representantes dos trabalhadores sejam submetidos às disposições jurídicas necessárias à aplicação da presente directiva".

<sup>10</sup> "Artigo 11º. Consulta e participação dos trabalhadores. (...) 3. Os representantes dos trabalhadores com funções específicas em matéria de protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores têm o direito de pedir à entidade patronal que tome as medidas adequadas e lhes apresente propostas nesse sentido, de modo a minimizar qualquer risco para os trabalhadores e / ou a eliminar as fontes de perigo.

<sup>11</sup> "Artigo 16º. Directivas especiais – alterações – alcance geral da presente directiva. 3. O disposto na presente directiva aplica-se plenamente à globalidade dos domínios abrangidos pelas directivas especiais, sem prejuízo das disposições mais restritivas e/ou específicas incluídas nessas directivas especiais."

conteúdo dos Acórdãos nº 246/2017 (Rec. 81/2016) e nº 338/2017 (Rec. 116/2016), ambos proferidos pelo Tribunal Supremo Espanhol<sup>12</sup>, os quais indicam que o direito do referido país "não prevê essa obrigação de aplicação geral" (INFOCURIA, 2019).

Ao analisar a argumentação contraposta e as provas elencadas, a Audiência Nacional pontuou que a *Deutsche Bank* adotava um mecanismo informático, o qual apontava tão somente as faltas de um dia inteiro de trabalho (como férias, licenças e outros), não detendo uma ferramenta que assentasse a permanência do trabalhador em suas atividades laborativas e, por consequência, calculasse a duração da jornada regular e o eventual quantitativo. Pontuou, ademais, que o banco em questão optou por não adotar as indicações da Inspeção do Trabalho e Seguridade Social das províncias espanholas de Madri e Navarra, no sentido de consignar diariamente os interregnos laborativos de cada trabalhador, ensejando a lavratura de auto de infração como proposta de sanção, que foi retirada por decisão do Tribunal Supremo (INFOCURIA, 2019).

Em síntese, as decisões deste último tribunal entendem que, primeiro, o registro deve se ater apenas às horas extras realizadas e não a todo o interstício laborado, a cada dia, pelo trabalhador; segundo, o próprio art. 22º da Diretiva 2003/88 caminhará nesse sentido; terceiro, a lei espanhola dispõe sobre a necessidade de anotação apenas para trabalhadores em condições especiais, não havendo norma genérica que preveja tal obrigação; quarto, a consignação da duração do trabalho individualizada e diária consubstanciar-se-ia em manipulação de dados pessoais, com potencial de incursão da empresa na vida privada dos obreiros; quinto, não haveria que se falar em afronta às normas sociais espanholas; e, por último, não militaria a presunção da prática de jornada extraordinária quando não se perfaz o registro do tempo de trabalho ordinário; restaria, contudo, um quadro probatório com maior nível de dificuldade para empregador, na hipótese do trabalhador demonstrar, por outros meios, a existência de horas extras (INFOCURIA, 2019).

---

<sup>12</sup> "El Tribunal Supremo tiene su sede en Madrid y es un órgano jurisdiccional único en España con jurisdicción en todo el territorio nacional, constituyendo el tribunal superior en todos los órdenes (civil, penal, contencioso-administrativo y social), salvo lo dispuesto en materia de garantías y derechos constitucionales, cuya competencia corresponde al Tribunal Constitucional".

Diante do cenário de dúvida que recairia na matéria, ou seja, se a interpretação conferida pelo Tribunal Supremo estaria em consonância com o quadro regulamentador da União Europeia no tema (observância (i) aos períodos mínimos de descanso, sejam eles diários ou semanais; (ii) aos limites de duração semanal de trabalho e, (iii) o direito dos representantes dos trabalhadores obterem informações no ponto, a Audiência Nacional, remetera ao Tribunal de Justiça da União Europeia para manifestação.

De início, fica claro o reconhecimento ao direito fundamental à limitação de tempo de trabalho e, por decorrência lógica, a períodos de descanso e à necessidade de instrumentos de controle da duração da jornada. Eis a manifestação do Tribunal de Justiça Europeu, no aspecto:

A título preliminar, há que recordar que o direito de cada trabalhador à **limitação da duração máxima do trabalho** e a **períodos de descanso diário e semanal** constitui não só uma regra do **direito social da União** que **reveste especial importância** como está **expressamente consagrado** no artigo 31º, n.º 2, **da Carta**, à qual o artigo 6.º, n.º 1, TUE reconhece o **mesmo valor jurídico que os Tratados** (INFOCURIA, 2019, grifos nossos).

A mesma Corte prosseguira, enfatizando que as normas das indigitadas Diretivas nºs. 2003/88 e 89/391 (cujos artigos foram oportunamente descritos nas notas de rodapé predecessoras<sup>13</sup>) revelam e concretizam tal **direito fundamental**, atraindo interpretação das regras em conformidade àquele.<sup>14</sup> Nessa toada, para que se garanta a eficácia do direito em análise, ressaltou-se a necessidade de interpretação adequada aos mandamentos - previamente reproduzidos - das Diretivas, não a efetuando, de modo restritivo, em relação à pessoa do trabalhador.

Destacou-se a relevância dos parâmetros elencados na Diretiva 2003/88, os quais impõe *"exigências mínimas destinadas a promover a melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores através da aproximação das disposições*

---

<sup>13</sup> Ver notas 4 a 12.

<sup>14</sup> A decisão reporta-se ao acórdão de 11 de setembro de 2014, A, -112/13, EU:C:2014:2195, n.º 51 e à jurisprudência, referida, bem como ao acórdão de 6 de novembro de 2018, *Bauer e Willmeroth*, C-569/16 e C-570/16, EU:C:2018:871, n.º 85).



*nacionais relativas, nomeadamente, à duração do tempo de trabalho*<sup>15</sup>. Ressaltou-se, outrossim, que, embora remanesça aos Estados-Membros certo espaço para regulamentar de forma diversa a temática, isso não pode equivaler à omissão em adotar meios efetivos de controle da jornada de trabalho, pois, ao assim proceder, esvaziar-se-ia o direito fundamental aos limites de trabalho e ao descanso.

Nesse norte, a Corte Europeia (2003) registrou que: *"há que recordar que o trabalhador deve ser considerado a parte fraca na relação de trabalho, pelo que é necessário impedir que a entidade patronal lhe possa impor uma restrição dos seus direitos"*. Portanto, a ausência de implementação de um sistema de controle torna impossível de aquilatar, de modo fidedigno, as horas laboradas. Assim, a existência do controle é essencial para a efetividade do direito.

Em arremate, o TJUE decidiu que, *"para assegurar o efeito útil dos direitos previstos pela Diretiva 2003/88 e do direito fundamental consagrado no artigo 31º, n.º 2, da Carta, os Estados-Membros"* (PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2003) a interpretação dada pelo Tribunal Supremo não pode estar em confronto com a obrigação imposta *"às entidades patronais a obrigação de estabelecer um sistema objetivo, fiável e acessível que permita medir a duração do tempo de trabalho diário prestado por cada trabalhador"*. Eis o relato da decisão publicada em 14 de maio de 2019.

## **1.1 A RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU E O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL A DESLIGAR (SWITCH OFF) DO TRABALHO**

A duração do tempo de trabalho e a necessidade de limitação da jornada de trabalho sempre foram temas muito caros às normas trabalhistas; estando, inclusive, ligados à própria gênese do Direito do Trabalho e figurando como objeto da primeira convenção da Organização Internacional do Trabalho. O transcurso dos anos e todas as modificações tecnológicas que sobrevieram não alteraram esse horizonte; ao

---

<sup>15</sup> Idem. Ver a citação de decisões, nesse item: Acórdãos de 26 de junho de 2001, BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, n. o 37; de 10 de setembro de 2015, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras*, C-266/14, EU:C:2015:578, n. o 23; e de 20 de novembro de 2018, *Sindicatul Familia Constanța e o.*, C-147/17, EU:C:2018:926, n. o 39).

revés, as chamadas 4ª e 5ª Revoluções Tecnológicas trouxeram novos contornos e desafios para a garantia para o direito ao descanso.

Um dos desafios veio à tona com a pandemia da Covid-19, a qual consolidou a modalidade do teletrabalho, seja ele prestado na residência do trabalhador ou em locais diversos indicados pelo empregador. Com isso, no âmbito europeu, editou-se a Resolução do Parlamento, de 21 de janeiro de 2021, recomendando-se à Comissão Europeia o direito a desligar.

Encontra-se, como um dos fundamentos da supracitada Resolução, a jurisprudência do TJUE, *"relativa aos critérios de determinação do tempo de trabalho, incluindo o tempo de permanência e o serviço de chamada, à importância do tempo de descanso, à obrigação de medir o tempo de trabalho"* (UNIÃO EUROPEIA, 2021), e a própria decisão do Processo C-55/18, ora vistoriada.

Conforme a doutrina especializada, *"embora a prestação de serviço do empregado teletrabalhador ocorra fora do espaço físico do empregador, é possível identificar-se o elemento da subordinação, típico das relações de emprego"* (FINCATO; LEMONJE, 2019). Logo, se o poder de direção do empregador pode ser exercido através de instrumentos informatizados, e o trabalhador permanece sendo subordinado, incidem automaticamente as normas protetivas trabalhistas, consoante a dicção do artigo 6º<sup>16</sup> e o Capítulo II-A, dispendo sobre o teletrabalho, inserto pela Lei nº 13.467/2017, todos da CLT.

Assim, na era tecnológica, na qual estamos em rede e hiperconectados, o reconhecimento do direito "ao não trabalho" precisa ser tratado também sob o viés jurídico, ratificando-se a importância da *"proteção do limite da jornada de trabalho, consagrada, vale lembrar, desde o Tratado de Versalhes, 1919, com reforço que lhe fora dado pela Declaração dos Direitos do Homem, em 1948"* (MAIOR, 2003). Imperioso, nessa toada, garantir aos trabalhadores o direito a desligar-se de suas atividades laborativas, conferindo-lhes o direito fundamental ao descanso e a todos os demais interesses fundamentais que dele dependam, porquanto não há como desfrutar do lazer, da cultura, da educação, da família, entre outros, caso não haja tempo para serem exercidos.

---

<sup>16</sup> "Art. 6º - Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.

Os avanços da tecnologia da informação e comunicação, muito embora tenham proporcionado muitas facilidades aos seres humanos (encurtando distâncias; promovendo encontros virtuais; otimizando tarefas repetitivas etc.), causou uma ligação excessiva entre a vida privada e o trabalho, dificultando a separação dessas duas dimensões. E, ao não se tutelar o espaço de desconexão, teremos um quadro de sobrecarga de trabalho, cujas consequências são o surgimento dos danos à saúde – física e mental -, impedindo que o ser humano desenvolva seu projeto de vida (DORNELLES; MARDERS, 2020).

O direito à desconexão e a desligar-se do trabalho reveste-se de fundamentalidade, e, por essa razão, fala-se em vinculação *"também dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento da sua dimensão objetiva, deixando de considerá-los meros direitos subjetivos dos indivíduos perante o Estado"* (SARLET, 2021). Ou seja, evidencia-se que os direitos fundamentais são aplicados também nas relações privadas, como se dá nas relações laborais, afirmando-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (SARLET, 2021).

Portanto, o direito fundamental à desconexão do labor consiste na garantia individual do trabalhador de desligar-se do cumprimento das diretrizes do empregador ou de ficar à sua disposição, respeitando-se os períodos de descanso previstos legalmente; permitindo-se, nessa senda, o gozo dos atos da vida privada e da própria vida em sociedade (MOLINA, 2020).

Dito de outro modo, a observância do horário de trabalho, mesmo para aqueles que se encontrem trabalhando de forma remota, com o estabelecimento de uma jornada constitucional e legalmente definidas para o teletrabalhador, assegura a eficácia dos basilares direitos individuais e sociais. E eis a razão pela qual o Parlamento Europeu emitiu a Resolução sobre o Direito de Desligar.

No corpo das justificativas do dito documento, extrai-se importantes dados, tais como (i) *"o estudo da Eurofound afirma que 27 % dos inquiridos que trabalham a partir de casa declararam ter trabalhado no seu tempo livre para satisfazer as exigências do trabalho; que, ainda, (ii) o Centro Internacional de Investigação do Cancro classificou as radiações radioelétricas como possivelmente cancerígenas; sendo que, segundo informações prestadas pela OMS, (iii) "a nível mundial, mais de 300 milhões de pessoas sofrem de depressão e perturbações mentais comuns*

*relacionadas com o trabalho e 38,2 % da população da União sofre de um qualquer transtorno mental a cada ano*"; e, novamente, colaciona conclusões de autoria da Eurofound, (iv) as quais revelam os trabalhadores em domicílio possuem duas vezes mais de chances de laborar em períodos que suplantem de 48 horas semanais, bem como a descansar em interregnos inferiores a 11 horas entre cada jornada, em comparação com os empregados que se encontram nas dependências da empresa; destacando que (v) quase 30% dos que trabalham remotamente afirmaram trabalhar em seus períodos de descanso, quase que diariamente ou em várias vezes por semana, número muito superior se comparado aos empregados que estão na empresa, menos de 5%; (vi) e os teletrabalhadores *"têm também maior probabilidade de fazer horas extraordinárias"* (PARLAMENTO EUROPEU, 2021).

Nesse contexto, o Parlamento Europeu, por intermédio da Resolução mencionada alhures, busca encorajar a Comissão *"a apresentar um regime jurídico com vista a definir requisitos mínimos para o teletrabalho em toda a União, assegurando que este último não afete as condições de emprego dos teletrabalhadores (...)"* (PARLAMENTO EUROPEU, 2021). Para tal desiderato, indica que as diretiva a ser confeccionada deve respeitar os termos da Diretiva (UE) 2019/1152, que cuida das condições de trabalho transparentes e previsíveis; e da Diretiva (UE) 2019/1158, a qual trata da conciliação entre a vida familiar e profissional dos pais; e das duas Diretivas que servem de fundamento para decisão da TJUE investigada no presente artigo, quais sejam, a 2003/88/CE, cujo tema recai em determinados itens da organização do tempo de trabalho; e a 89/391/CEE do Conselho, que impõe o cuidado com a segurança e saúde dos trabalhadores.

A Resolução em apreço sublinha que todo o arcabouço em matéria social e de emprego tem condições de serem transpostos e, por decorrência lógica, aplicados e executados na presente era de transição digital. Isso quer dizer que as conquistas de direitos humanos – obtidas, em muitos casos à custa do sangue de muitas pessoas – não devem ser desconsideradas, sob o pretexto de uma narrativa do "novo mundo" que impõe novas regras (PARLAMENTO EUROPEU, 2021).

Ao contrário, as normas atinentes à *"duração máxima do trabalho, aos períodos mínimos de descanso, aos regimes de trabalho flexíveis e às obrigações de informação"* (PARLAMENTO EUROPEU, 2021) permanecem válidas e vigentes.

Ao final, calha recordar do alerta de Byung-Chul Han, em sua obra *Sociedade do Cansaço*:

Na sociedade do trabalho e do desempenho de hoje, que apresenta traços de uma sociedade coativa, cada um carrega consigo um campo, um campo de trabalho. A característica específica desse campo de trabalho é que cada um é ao mesmo tempo detento e guarda, vítima e algoz, senhor e escravo. **Nós exploramos a nós mesmos**. O que explora é ao mesmo tempo o explorado. Já não se pode distinguir entre algoz e vítima. Nós nos otimizamos rumo à morte, para melhor poder funcionar. Funcionar melhor é interpretado, fatalmente, como melhoramento de si mesmo.

(...)

Na época do relógio de ponto era possível estabelecer uma clara separação entre trabalho e não trabalho. Hoje edifícios de trabalho e salas de estar estão todos misturados. **Com isso torna-se possível haver trabalho em qualquer lugar e a qualquer hora** (HAN, 2017, grifos nosso).

Finda-se com o entendimento de que o dever do empregador de implementar controle de jornada de trabalho, a fim de possibilitar o direito à informação do tempo de trabalho dispendido em função da empresa, assim como das horas extras eventualmente praticadas, tudo a garantir a eficácia do direito a desligar-se e usufruir os períodos de descanso, se encontra hígido na sociedade digital.

Nesse cenário, os fundamentos da decisão Processo C-55/18 prolatada pelo TJUE servem, igualmente, de suporte para o “não trabalho” aos teletrabalhadores, haja vista que tecnologia é apenas uma forma/um meio para prestação” do trabalho e não uma carta branca para o descumprimento dos direitos fundamentais, ao argumento de um novo território, que estaria livre das amarras dos valores constitucionais, duramente erguidos após o período pós-guerra.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta investigação pretendeu apresentar o reconhecimento ao direito fundamental à limitação de tempo de trabalho, aos períodos de descanso e à

necessidade de instrumentos de controle da duração da jornada.

Verificou-se que um dos fundamentos para edição da Resolução do Parlamento Europeu, que trata do direito a desligar-se consiste nos fundamentos da decisão do Processo C-55/18, que foi objeto de aquilatação, revelando que o uso de um sistema de controle permanece de suma importância para a eficácia do aludido direito fundamental na era do trabalho remoto.

Conclui-se que a alteração na forma de desenvolvimento do trabalho, qual seja, o teletrabalho, não afasta a incidência do dever do empregador de garantir o descanso do tempo de trabalho, cuja garantia torna-se essencial para o usufruto de diversos direitos humanos fundamentais individuais e sociais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm#:~:text=Art.%205%C2%BA%20%2D%20A%20todo%20trabalho,caracterizada%20a%20rela%C3%A7%C3%A3o%20de%20emprego](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm#:~:text=Art.%205%C2%BA%20%2D%20A%20todo%20trabalho,caracterizada%20a%20rela%C3%A7%C3%A3o%20de%20emprego). Acesso em: 15 out. 2022.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/>. Acesso em: 14 out. 2022.

CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Directiva do Conselho 89/391/CEE. Medidas destinadas a melhorar a segurança e a saúde dos trabalhadores no trabalho. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, 12 jun. 1989. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989L0391&from=PT>. Acesso em: 14 out. 2022.

DORNELLES, Letícia; MARDERS, Fernanda. O direito à desconexão do trabalho: um direito humano fundamental. *In: Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, volume temático, ano ix, n. 89, p. 16-27, jun. 2020. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/179990>. Acesso em: 15 out. 2022.

ESPAÑA. **Poder Judicial España**. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Audiencia-Nacional/>. Acesso em 14 out. 2022.

FINCATO, Denise Pires; LEMONJE, Julise Carolina. A telemática como instrumento de labor: teletrabalho e hiperconexão. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, v. 64, n. 1, p. 119-136, jan./abr. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em:

<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/63698>. Acesso em: 30 abr. 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i1.63698>.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**. 2. ed. ampl. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região**, Campinas, n 23, 2003. Disponível em: [https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do\\_direito\\_%C3%A0\\_desconex%C3%A3o\\_do\\_trabalho..pdf](https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf). Acesso em: 15 out. 2022.

MOLINA, André Araújo. Dano Existencial por violação dos direitos fundamentais ao lazer e à desconexão do trabalhador. *In*: **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, volume temático, ano ix, n. 89, p. 35-57, jun. 2020. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/179990>. Acesso em: 15 out. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2003/88/CE de 4 de novembro de 2003. Relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, 18 nov. 2003. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0088&from=HU>. Acesso em: 14 out. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU. Resolução do Parlamento Europeu, de 21 de janeiro de 2021. Contém recomendações à Comissão sobre o direito a desligar (2019/2181(INL)). **Jornal Oficial da União Europeia**, 21 jan. 2021. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021IP0021&from=PT>. Acesso em: 14 out. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na Perspectiva Constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. (2000/C 364/01). **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, 18 dez. 2000. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Acesso em 14 out. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-55/18. **InfoCuria Jurisprudencia**, 14 maio 2019. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=214043&pageIn dex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1453910>. Acesso em: 11 out. 2022.





## 21. A JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NA UNIÃO EUROPEIA: A OBRIGAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME O DIREITO NACIONAL

*THE JUDICIALIZATION OF SOCIAL RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION: THE OBLIGATION OF INTERPRETATION IN CONFORMITY WITH NATIONAL LAW*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-21>

*Douglas Hengen<sup>1</sup>*

### RESUMO

O estudo versa sobre a análise do caso número C-569/16<sup>2</sup> julgado pela Corte, em virtude de pedido de interpretação prejudicial encaminhado pelo Tribunal Federal de Trabalho da Alemanha. No caso em apreço, o empregador recusou-se a pagar indenização pelas férias anuais não-gozadas pelo trabalhador aos sucessores antes de sua morte ou demissão, sendo que o trabalhador não teria feito o pedido de gozo das férias no período em que a lei interna estabelece. Em suma, o pedido de interpretação formulado pela Corte alemã, envolveu dois pontos a serem avaliados: As disposições do Direito da União têm aplicação direta na jurisdição nacional dos Estados Membros e, portanto, o juiz nacional deve garantir a aplicação do disposto nos instrumentos normativos do direito comunitário em detrimento da legislação nacional? E, o afastamento do direito nacional em prevalência do direito comunitário deve ser feito em demandas em que há dois particulares envolvidos? A decisão do TJUE, para ambas as questões considerou ser o direito as férias remuneradas, além de princípio do direito social da União, direito expressamente previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 31.º, n.º 2), que deve ser aplicado com caráter imperativo e incondicional, podendo ser afastada, se necessário, a legislação nacional que negue a efetivação integral desse direito, inclusive quanto ao direito de indenização pelas férias remuneradas não-usufruídas pelo trabalhador. O direito a indenização foi garantido não só ao trabalhador que fora demitido, como

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, bolsista CAPES/PROEX. Advogado. Membro do Grupo de Estudos Trabalho e Sindicalismo.

<sup>2</sup> TJUE - Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) - 6 de novembro de 2018. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-569/16&language=pt>. Acesso 25 Out 2022

também para os familiares de trabalhador falecido que não teve a oportunidade de usufruir do seu direito. Ademais, a Corte ponderou que, ainda que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 51º, nº 1) afirme que suas disposições têm por destinatários as instituições, os órgãos e os organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, os particulares devem ser diretamente obrigados a respeitar certas disposições da referida Carta, como aquelas que garantem o direito as férias remuneradas. O julgado analisado serviu como exemplo de como funciona a judicialização de demandas em busca de garantia de direitos sociais dentro da União Europeia, especificamente, no âmbito de atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual não tem, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, vocação para enfrentar os desafios de implementação dos direitos fundamentais internacionalmente garantidos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Sociais – Obrigação de interpretação conforme o direito nacional – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Invocabilidade no âmbito de um litígio entre particulares.

### **ABSTRACT**

The study deals with the analysis of case number C-569/16 judged by the Court, due to a request for preliminary interpretation forwarded by the Federal Labor Court of Germany. In the present case, the employer refused to pay compensation for the annual leave not taken by the worker before his death or dismissal, and the worker would not have made the request for the enjoyment of the leave in the period in which the internal law establishes. In short, the request for interpretation made by the German Court involved two points to be evaluated: The provisions of Union Law have direct application in the national jurisdiction of the Member States and, therefore, the national judge must guarantee the application of the provisions of the normative instruments Community law to the detriment of national legislation? Should the removal of national law in preference to community law be done in cases where there are two individuals involved? The CJEU decision, for both issues, considered that the right to paid holidays, in addition to the principle of Union social law, is a right expressly provided for in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (article 31, paragraph 2), which it must be applied with an imperative and

unconditional character, and national legislation that denies the full realization of this right, including the right to compensation for paid vacations not taken by the worker, may be removed, if necessary. The right to compensation was guaranteed not only to the worker who had been dismissed, but also to the relatives of the deceased worker who did not have the opportunity to enjoy their right. Furthermore, the Court considered that, although the Charter of Fundamental Rights of the European Union (Article 51, paragraph 1) states that its provisions are addressed to the institutions, organs, and agencies of the Union, in compliance with the principle of subsidiarity, individuals must be directly obliged to respect certain provisions of the said Charter, such as those guaranteeing the right to paid leave. The judgment analyzed served as an example of how the judicialization of claims in search of guaranteeing social rights within the European Union works, specifically, within the scope of action of the Court of Justice of the European Union, which does not, like the European Court of Rights Human Rights, a vocation to face the challenges of implementing internationally guaranteed fundamental rights.

**KEYWORDS:** Social policy – Obligation to interpret according to national law – Charter of Fundamental Rights of the European Union – Invoking in the context of a dispute between individuals

## **INTRODUÇÃO**

O caso escolhido para análise do presente trabalho trata-se do número C-569/16, julgado pela Corte, em virtude de pedido de interpretação prejudicial encaminhado pelo Tribunal Federal de Trabalho da Alemanha. No imbróglio, o empregador recusou-se a pagar indenização pelas férias anuais não-gozadas pelo trabalhador aos sucessores antes de sua morte ou demissão, sendo que o trabalhador não teria feito o pedido de gozo das férias no período em que a lei interna estabelece. Em síntese, o pedido de interpretação formulado pela Corte alemã, envolveu dois pontos a serem avaliados: As disposições do Direito da União têm aplicação direta na jurisdição nacional dos Estados Membros e, portanto, o juiz nacional deve garantir a aplicação do disposto nos instrumentos normativos do direito comunitário em detrimento da legislação nacional? E, o afastamento do direito

nacional em prevalência do direito comunitário deve ser feito em demandas em que há dois particulares envolvidos? A decisão do TJUE, para ambas as questões considerou ser o direito as férias remuneradas, além de princípio do direito social da União, direito expressamente previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 31.º, n.º 2), que deve ser aplicado com caráter imperativo e incondicional, podendo ser afastada, se necessário, a legislação nacional que negue a efetivação integral desse direito, inclusive quanto ao direito de indenização pelas férias remuneradas não-usufruídas pelo trabalhador. O direito a indenização foi garantido não só ao trabalhador que fora demitido, como também para os familiares de trabalhador falecido que não teve a oportunidade de usufruir do seu direito. Ademais, a Corte ponderou que, ainda que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 51º, nº 1) afirme que suas disposições têm por destinatários as instituições, os órgãos e os organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, os particulares devem ser diretamente obrigados a respeitar certas disposições da referida Carta, como aquelas que garantem o direito as férias remuneradas. O julgado analisado serviu como exemplo de como funciona a judicialização de demandas em busca de garantia de direitos sociais dentro da União Europeia, especificamente, no âmbito de atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual não tem, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, vocação para enfrentar os desafios de implementação dos direitos fundamentais internacionalmente garantidos.

## **1 COTEJO TEÓRICO E ANÁLISE DA DECISÃO**

Elencado o caso objeto do presente estudo, importa realizar o cotejo teórico dos elementos que perpassam a discussão envolvida no julgado número C-569/16 do TJUE, com especial atenção aos direitos fundamentais sociais, assim como ao direito fundamental as férias, elencado no artigo 7º, inciso XVII da Constituição Federal Brasileira.

Passa-se, portanto, à breve análise crítica acerca da aplicação direta, das disposições de direito da União Europeia, na jurisdição nacional dos Estados Membros e, se o juiz nacional deve garantir a aplicação do disposto nos instrumentos

normativos do direito comunitário em detrimento da legislação nacional. E, se o afastamento do direito nacional em prevalência do direito comunitário deve ser feito em demandas em que há dois particulares envolvidos. Ato contínuo, estando o teor artigo 31º, inciso 2º, da Carta, questionado quanto ao período de sua aplicabilidade, tecem-se, à luz do princípio de interpretação da máxima efetividade e efetivação dos direitos fundamentais sociais, ponderações acerca da aplicação dos ditames legais da comunidade face ausência de disposição específica no ordenamento interno do estado membro.

## **2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO JULGADO C-569/16 DO TJUE**

O caso trazido à baila tem como discussão de fundo à interpretação do artigo 7.º da Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho, e do artigo 31.º, n.º2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

A ação foi proposta por duas viúvas em face dos empregadores de seus maridos falecidos, que se recusaram a pagar-lhes valor a título de férias anuais remuneradas não gozadas pelos respectivos cônjuges antes de falecerem. O Direito do Trabalho é, garantidamente, uma das principais áreas em que as normas aprovadas pela União Europeia são passíveis de ser invocadas no âmbito de litígios entre particulares.

O fato de as diretivas, que resultam de jurisprudências constantes do Tribunal de Justiça, não produzirem efeito direto de caráter horizontal, pode torná-las suscetíveis a violações ou potenciais prejudicialidades a eficácia concreta dos direitos sociais fundamentais nos litígios que os órgãos jurisdicionais são chamados a decidir. Porém, este problema pode ser mitigado, ou mesmo neutralizado, se uma disposição do ordenamento jurídico da União com a categoria de fonte primária, mais precisamente uma disposição da Carta, possuir as qualidades necessárias para ser diretamente invocada no âmbito de uma demanda em que figuram particulares nos polos.

Como outros direitos sociais fundamentais consagrados na carta europeia, o direito de todos os trabalhadores a um período anual de férias pagas, previsto no

artigo 31.º, nº 2, destina-se a regular relações laborais que são, em sua maioria, relações de direito privado. À semelhança, no Brasil, o direito as férias é um direito fundamental social, previsto no art. 7º, inciso XVII, da Carta Magna.

Não obstante a já referida ausência de caráter horizontal na jurisprudência constante do Tribunal de Justiça sobre as diretivas, que são diversas em direitos sociais da União Europeia, é possível verificar que elas são favoráveis as disposições da Carta que possuem natureza imperativa e autossuficiente, e que podem ser invocadas de plano mesmo em litígios que envolvam particulares e possuem normas internas que apresentam disposições conflitantes.

O cerne para a reflexão que deve ser feita é, em minha humilde opinião, o fato de os direitos fundamentais consagrados na Carta Europeia deverem, em princípio, ser efetivados na prática e poderem ser protegidos quando diretamente invocados nos órgãos jurisdicionais nacionais. Contudo, é imperioso reconhecer que nem todas as disposições da Carta possuem uma tutela judicial equivalente. Assim, quando o Tribunal de Justiça necessita verificar se uma de suas disposições pode, ou não, ser invocada diretamente num órgão jurisdicional nacional para obstar à aplicação de disposições nacionais que com ela estejam em conflito, deve atender à letra dessa disposição, conjugando-a com os dispositivos legais positivados que sejam equivalentes e estejam em consonância.

O presente processo em questão nos propicia uma incursão interessante ao campo das possibilidades de invocação de determinado dispositivo da comunidade em um litígio entre particulares, em detrimento de uma disposição nacional que tenha posição diametralmente oposta. No âmbito do Direito da União, o artigo 31.º, nº 2, da Carta, prevê *que todos os trabalhadores têm direito [...] a um período anual de férias pagas*. Já o artigo 7.º da Diretiva 2003/88, quando versa sobre as férias anuais dos trabalhadores, está redigido nos seguintes termos:

1. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que todos os trabalhadores beneficiem de férias anuais remuneradas de pelo menos quatro semanas, de acordo com as condições de obtenção e de concessão previstas nas legislações e/ou práticas nacionais.

2. O período mínimo de férias anuais remuneradas não pode ser substituído por retribuição financeira, exceto nos casos de cessação da relação de trabalho.

O artigo nº 17 da diretiva prevê que os Estados-Membros podem estabelecer derrogações a algumas das suas disposições. Todavia, essas derrogações não são admitidas ao seu artigo 7.º, elencado acima.

Já no âmbito do Direito Alemão, os dispositivos legais aplicáveis ao caso aventado seriam o § 7, nº 4, da *Bundesurlaubsgesetz* (Lei Federal relativa às Férias), que prevê: *Caso deixe de poder gozar toda ou parte das férias, devido à cessação da relação de trabalho, o trabalhador tem direito a uma compensação financeira*. E, o § 1922, nº 1, do *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil), que determina, no capítulo que versa sobre a sucessão: *Por morte de uma pessoa (sucessão), o seu património (herança) é transmitido no seu todo para uma ou mais pessoas (herdeiros)*.

No litígio, O Tribunal Federal do Trabalho alemão (*Arbeitsgericht*) ressaltou que o artigo 7.º da Diretiva 2003/88 deve ser interpretado no sentido de que se opõe as legislações ou práticas nacionais que preveem que, caso a relação de trabalho cesse por morte do trabalhador, o direito a férias anuais remuneradas se extingue sem dar lugar a uma retribuição financeira por férias anuais remuneradas não gozadas. Esse órgão jurisdicional pontou sobre a possibilidade de ocorrência da mesma aplicação se der quando o direito nacional excluir que essa retribuição financeira possa fazer parte da herança.

Ressalta o julgador que, quando conjugados o § 7, nº 4, da BUrlG e o § 1922, nº 1, do BGB implicam, na verdade, que o direito a férias do trabalhador se extingue com a sua morte e não pode, portanto, ser convertido num direito a uma retribuição financeira nem fazer parte da herança. O referido órgão jurisdicional esclarece, a este propósito, que qualquer outra interpretação dessas disposições seria *contra legem* e não poderia, portanto, ser acolhida.

A controvérsia estabelecida residia na questão se o direito fundamental às férias subsistiria mesmo após o seu falecimento, tendo em vista que o objetivo do direito seria fornecer ao trabalhador um período para descanso e lazer, que não poderia mais ser atingido em decorrência de sua morte, questiona-se o órgão jurisdicionado se a extinção do direito a férias ou à retribuição financeira por férias

anuais remuneradas não gozadas deveria ser assegurado mesmo assim, conforme previsto na Diretiva 2003/88 e pela Carta, que visava proteger o direito também dos herdeiros do trabalhador.

Neste contexto, o órgão analisou sobre a possibilidade de o artigo 7.º da Diretiva 2003/88 e o artigo 31.º, nº 2, da Carta poderem, por si sós, ter o efeito de obrigar o empregador a pagar uma retribuição financeira aos herdeiros do trabalhador.

Verifica-se, de plano, que os documentos normativos elaborados pela EU têm como escopo promover a coesão social na comunidade, garantindo um nível suficiente de proteção social, e legitimando o caráter essencial do trabalho inserido no conjunto de diretrizes sociais que devem ser tutelados. A história, como já tivemos a oportunidade de pontuar, mostra que o trabalho, em razão de sua evolução social, não pode ser tido como castigo, dor, pena ou como qualquer outro qualificativo que possa classificá-lo em sua vertente etimológica (CARDOSO, 2002, p. 12-16).

Em uma análise sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, registra-se, de início, que dentre os princípios orientadores da interpretação constitucional, destaca-se o princípio da divisão de Poderes e o correlato princípio da conformidade funcional (SARLET, 2020, p. 987-988). Isto é, o controle constitucional deve ser executado sem implicar no desrespeito ao sistema organizatório-funcional do Estado, haja vista a separação de competências legislativa, executiva e judicial (CANOTILHO, 2003, p. 546). Embora tal princípio seja especialmente relevante no que tange à autorrestrição por parte da jurisdição constitucional (SARLET, 2020, p. 988), interessa mantê-lo em vista quando da análise de alegação de inobservância de reserva legal.

Na medida em que reconhece a todo o trabalhador o direito a um período anual de férias remuneradas, como no caso do artigo 31.º, nº 2, já citado, há um estabelecimento de condições irrevogáveis que possuem o condão de serem aplicadas diretamente no âmbito de um litígio entre particulares, com o intuito de afastar a aplicação de disposições nacionais que privam os trabalhadores desse direito. As legislações ou práticas nacionais que determinam que, tendo a relação de trabalho cessado por morte do trabalhador, o direito a férias anuais remuneradas extingue-se sem dar lugar a uma retribuição financeira por férias anuais



remuneradas não gozadas, se apresentam em plena dissonância com o direito estabelecido pela comunidade, que visa assegurar, no quadro das suas competências, a proteção jurídica para os sujeitos de direito, que decorre, no caos em tela, do artigo 31.º, nº 2, da Carta, possuindo plena eficácia dessa disposição, não admitindo aplicação de qualquer disposição nacional em contrário. A conclusão lógica é de que o dispositivo legal da Carta, basta a si próprio, na medida em que consagra um direito fundamental social a todos os trabalhadores.

Contudo, é imperioso observar que o TJUE já concluiu que as disposições da Carta não possuem todas a mesma aptidão para serem diretamente invocadas em litígios entre particulares (ASSOCIATION DE MÉDIATION SOCIALE N.º 46, 2014, pág. 305-336). No caso de se verificar que uma disposição da Carta tem uma intensidade normativa diminuta, a proteção do direito fundamental aí consagrado exige a intervenção do legislador da União e/ou dos legisladores nacionais, pelo que não pode, por si só, produzir um efeito jurídico diretamente operacional no âmbito de um litígio nacional. Nessa situação, o Tribunal de Justiça deve então necessariamente ter em conta a vontade manifestada pelos autores da Carta de confiar ao legislador da União e/ou aos legisladores nacionais o cuidado de especificar o conteúdo e as condições de aplicação dos direitos fundamentais aí consagrados.

### 3 SÍNTESE CONCLUSIVA

Ante todo o exposto, conclui-se que o artigo 7.º da Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, que diz respeito a aspetos da organização do tempo de trabalho, deve ser aplicado, ainda que no sentido de que se opõe as legislações ou práticas nacionais, como as que foram trazidas no caso elencado, que preveem que, caso a relação de trabalho cesse por morte do trabalhador, o direito a férias anuais remuneradas se extingue sem dar lugar a uma retribuição financeira por férias anuais remuneradas não gozadas e que, por conseguinte, impossibilitam o pagamento dessa retribuição aos herdeiros do *de cuius*.

Além disso, um órgão jurisdicional nacional, chamado a dirimir um litígio entre um particular e uma entidade de direito público, está obrigado, quando não lhe seja

possível interpretar o direito nacional aplicável em conformidade com o disposto no artigo 7.º da Diretiva 2003/88, a assegurar, no quadro das suas competências, a proteção jurídica que para os sujeitos de direito decorre dessa disposição e a sua plena eficácia, não aplicando, se necessário, qualquer disposição nacional em contrário.

## REFERÊNCIAS

BAILLEUX, A. La Cour de justice, la Charte des droits fondamentaux et l'intensité normative des droits sociaux», *Revue de droit social*, La Charte, Bruges, 2014, n.º 3, pp. 283-308, em especial pp. 294 e 295.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Jair Aparecido. Contrato realidade no direito do trabalho. São Paulo: Nacional de Direito, 2002.

CARIAT, N. L'invocation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les litiges horizontaux: état des lieux après l'arrêt Association de médiation sociale. *Cahiers de droit européen*, Larcier, Bruxelas, 2014, n.º 2, pp. 305-336.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2012.

EU. Acórdão Association de médiation sociale (n.º 45). 2014. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/ALL/?uri=CELEX:62017CC0193>. Acesso em 20 nov 2022.

EU. C-555/07, EU:C:2010:21. 2021.

EU. Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003

PEERS, S., Hervey, T., Kenner, J. e Ward, A., *The EU Charter of Fundamental Rights: A commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 833-868.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre os Princípios Orientadores da Interpretação Constitucional. In: MITIDIÉRO, Daniel; ADAMY, Pedro (Org.). *Direito, Razão e Argumento: A Reconstrução dos Fundamentos Democráticos e Republicanos do Direito Público com base na Teoria do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 973-989.

TJUE - Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) - 6 de novembro de 2018. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-569/16&language=pt>. Acesso 25 Out 2022

WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, Europa Law Publishing, Groningue, 2016.



## 22. A RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO SINDICAL EM FACE DO EXCESSO DO MEIO UTILIZADO PARA SUA GARANTIA

*THE RESTRICTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT OF FREEDOM OF UNION ASSOCIATION DUE TO THE EXCESS OF THE MEANS USED TO GUARANTEE IT*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-22>

*César Augusto Hülsendeger<sup>1</sup>*

### RESUMO

Indústria gráfica alemã aplicou instrumento de dispensa a 130.000 empregados após greve de 4.300 empregados. Foi demandada no Tribunal Trabalhista Federal a pagar as verbas rescisórias correspondentes. O Tribunal considerou desproporcional o uso do instrumento em relação ao número de empregados que participaram da greve, condenando a empresa ao pagamento das verbas. A empresa apresentou Reclamação Constitucional perante o Tribunal Federal Constitucional, recebida apenas para analisar a restrição ao direito fundamental de associação. Reclamação julgada improcedente por aplicação do princípio da proporcionalidade. Análise da possibilidade de restrição a direito fundamental pelo princípio da proporcionalidade, com fundamento na doutrina de direitos fundamentais e na própria manifestação do Tribunal alemão.

Palavras-chave: direitos fundamentais; restrição; proporcionalidade; direito de associação; coalizão.

### ABSTRACT

German printing industry applied dismissal instrument to 130,000 employees after strike of 4,300 employees. It was sued in the Federal Labor Court to pay the corresponding severance pay. The Court considered the use of the instrument disproportionate in relation to the number of employees who participated in the strike, condemning the company to pay the funds. The company filed a Constitutional

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela PUCRS; Jornalista pela FAMECOS/PUCRS. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS. Especialista em Gestão Pública e Controle Externo pela ESGC Francisco Juruena/TCE-RS e em Direito Público pelas Faculdades IDC. Advogado OAB/RS nº 127.591.

Complaint before the Federal Constitutional Court, received only to analyze the restriction on the fundamental right of association. Complaint dismissed by application of the principle of proportionality. Analysis of the possibility of restricting a fundamental right by the principle of proportionality, based on the doctrine of fundamental rights and on the German Court's own statement.

Keywords: fundamental rights; restriction; proportionality; right of association; coalition.

## INTRODUÇÃO

Na decisão BVERFGE 84, 212, Martins (2019, p. 150-157) relata que indústria do setor gráfico, seguindo decisão da sua associação profissional, dispensou 130.000 empregados utilizando-se do instituto da dispensa<sup>2</sup> (*Aussperrung*). Essa disputa, ocorrida em 1978, deu-se em torno de uma greve contra cláusulas da convenção coletiva sobre a introdução e aplicação de sistemas informatizados de produção de texto, que acabaria por custar milhares de empregos nesse setor. O Tribunal Trabalhista Federal (*Bundesarbeitsgericht*, BAG) proveu recurso interposto por ex-empregados da empresa, condenando-a ao pagamento de certas verbas rescisórias, fundamentado na desproporcionalidade do uso da dispensa<sup>3</sup>, porque apenas 4.300 empregados aderiram à greve parcial, comprometendo muito menos a produção do que a dispensa de 130.000<sup>4</sup>.

Na Reclamação Constitucional ao *Bundesverfassungsgericht* (BVG, Tribunal Constitucional Federal), a empresa alegou violação de seus direitos

---

<sup>2</sup> Conforme Martins (2019, p. 150), é o meio de disputa trabalhista coletiva, do lado do empregador, equivalente à greve, do lado dos empregados. Além de não regulamentada, sua legitimidade jurídica é bastante polêmica, pois comprometeria "a paridade negocial que a greve visa a alcançar entre as partes do dissídio coletivo".

<sup>3</sup> Que, em tese, seria legítimo para garantir a autonomia coletiva junto à celebração de acordos coletivos (MARTINS, ib.).

<sup>4</sup> A teor do texto de Martins, teria havido uma greve dos empregados em relação às cláusulas sobre a introdução dos sistemas informatizados. O fato não está detalhado pelo comentarista, que se fixou na decisão do BVG, não do BAG. Pesquisa via *internet* no sítio do BAG (<https://www.bundesarbeitsgericht.de/>, acesso em 04 nov. 2022), para localizar a manifestação judicial originária da Reclamação Constitucional em comento, não retornou resultados anteriores a 2010.

fundamentais derivados dos artigos 2 I; 20 II e III; 3 I; 5 I 2; 9 III; 14 I 1; e 109 II da *Grundgesetz* (GG, Lei Fundamental da República Federal da Alemanha). O BVG não admitiu a Reclamação Constitucional em face do art. 109, II, por considerar “não ser esse nem um direito fundamental, nem um ‘direito igual a direito fundamental’” (MARTINS, 2019, p. 150), mas admitiu a Reclamação reconhecendo uma intervenção (do BAG) só na área de proteção do art. 9, significando que a dispensa faria parte dessa. No entanto, considerou a intervenção justificada, pela falta de proporcionalidade da medida adotada pelos empregadores, julgando improcedente a Reclamação Constitucional.

O presente trabalho comentará a decisão sob o prisma da possibilidade de restringir direito fundamental e da utilização do princípio da proporcionalidade para negar a Reclamação, apresentando: o texto dos dispositivos da GG com os quais a Reclamante fundamentou sua Reclamação; uma breve manifestação – eminentemente conjectural – acerca da estratégia que a Reclamante teria utilizado para questionar a decisão do BAG; breves linhas sobre o direito de associação protegido pelo Art. 9 III GG; comentário propriamente dito acerca da decisão do BVG, considerando a possibilidade de restrição de direito fundamental e o uso do princípio da proporcionalidade para operar essa restrição; e breves comentários – novamente, com base em conjecturas – acerca de alguns dos fundamentos da Reclamante para a sua Reclamação.

Escolheu-se essa decisão por versar sobre tema já tratado em na cadeira de Constituição e Relações do Trabalho I do curso de Mestrado, acerca da liberdade de associação sindical, prevista no art. 8º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) e que, ao contrário do previsto na GG, não é pleno no Brasil.

Ao final, apresentar-se-á uma breve conclusão a respeito do tema tratado.

Antes de adentrar ao comentário propriamente dito, chama-se a atenção que se usará, para designar a Lei Fundamental Alemã e os Tribunais envolvidos, siglas a partir das suas denominações em alemão (BAG, BVG, GG), conforme já destacado antes, e a notação de dispositivos da Lei Fundamental conforme a norma alemã.

## 1 DISPOSITIVOS DA GG ARGUMENTADOS PELA RECLAMANTE

### **Artigo 2**

#### **[Direitos de liberdade]**

I. Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

### **Artigo 20**

#### **[Princípios constitucionais – Direito de resistência]**

II. Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

III. O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito

### **Artigo 3**

#### **[Igualdade perante a lei]**

I. Todas as pessoas são iguais perante a lei.

### **Artigo 5**

#### **[Liberdade de opinião, de arte e ciência]**

I. [...]. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura.

II.

### **Artigo 9**

#### **[Liberdade de associação e coalizão]**

[...]

III. É garantido a todas as pessoas e profissões o direito de constituir associações destinadas a defender e melhorar as condições econômicas e de trabalho. Consideram-se nulos os ajustes tendentes a restringir ou a impedir esse



direito, bem como ilegais as medidas com esse fim. Medidas segundo os artigos 12a, 35 §2, 35 §3, 87a §4 e artigo 91 não podem ser orientadas contra conflitos de trabalho, levados a cabo por associações no sentido da primeira frase, para a defesa e melhoria das condições econômicas e de trabalho.

#### **Artigo 14**

##### **[Propriedade – Direito de sucessão – Expropriação]**

I. A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. [...]

#### **Artigo 109**

##### **[Regime orçamentário da Federação e dos Estados]**

[...]

II. A Federação e os Estados cumprem conjuntamente as obrigações da República Federal da Alemanha provenientes dos atos jurídicos da Comunidade Europeia, com base no artigo 104 do tratado de fundação da Comunidade Europeia, para o cumprimento da disciplina orçamentária e levam em conta nesse âmbito as exigências do equilíbrio da economia em seu todo.

## **2 A RECEPÇÃO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL PELO BVG**

Conforme Martins (2019, p. 150, NR 199), foram arguidas violações da liberdade de imprensa (Art. 5 I 2), do princípio da igualdade (Art. 2 I GG), do princípio democrático e do vínculo das três funções estatais<sup>5</sup> aos direitos fundamentais (Art. 20 II e III GG), o que, na opinião do Autor, visaria, na “aplicação conjunta com o Art. 2 I GG, [...] a fortalecer a área de proteção do direito geral de personalidade protegido por aquele direito fundamental subsidiário” (MARTINS, ib.).

Parece-nos<sup>6</sup> que a estratégia da Reclamante foi questionar a decisão do BAG por:

---

<sup>5</sup> Os “poderes” Executivo, Legislativo e Judiciário.

<sup>6</sup> Como Martins não traz mais detalhes da petição que originou a Reclamação Constitucional, nossas manifestações a respeito dos argumentos da Reclamante quanto aos fundamentos da Reclamação são meras conjecturais.

1º) desrespeito à liberdade geral (Art. 2 I GG), argumentando que sua liberdade no uso de instrumento compatível – ao menos em seu entendimento<sup>7</sup> – para defender-se da atitude dos empregados foi violada pela decisão judicial;

2º) direito de resistir a manifestações ilegais/inconstitucionais oriundas de órgãos estatais (Art. 20 II e III GG), por reputar inconstitucional a decisão do BAG;

3º) desrespeito à igualdade geral perante a lei (Art. 3 1 GG), entendendo ter sido tratada desigualmente pela decisão juslaboral;

4º) desrespeito à liberdade de imprensa (Art. 5 I 2 GG), **provavelmente** sob o entendimento de que, por ser uma indústria gráfica, por emulação seria enquadrável como “imprensa”<sup>8</sup>;

5º) desrespeito à liberdade de associação (Art. 9 III), por entender que a decisão do BAG teria restringido esse direito<sup>9</sup> ao atender ao pleito dos empregados;

6º) desrespeito ao direito de propriedade (Art. 14 I 1); e

7º) desrespeito ao previsto quanto ao regime orçamentário estatal (Art. 109 II), **provavelmente** por entender descumpridas normas europeias quanto ao equilíbrio econômico<sup>10</sup>.

Ao fim e ao cabo, o Primeiro Senado do BVG recebeu a Reclamação apenas quanto ao Art. 9 III, por considerar haver questão constitucional envolvendo esse dispositivo. Mas acabou por indeferi-la, conforme se tratará adiante, por entender não haver violação ao dispositivo.

### 3 O DIREITO DE ASSOCIAÇÃO DO ART. 9 III GG: BREVÍSSIMAS LINHAS

As associações, na Alemanha, são tratadas por lei especial (Lei para a Regulação do Direito de Associação Público [HESSE, 1995, p. 317] ou Lei das Federações [MARTINS, 2019, p. 124]) como “[...] toda associação para a qual uma maioria de pessoas, naturais ou jurídicas, para um período longo, uniu-se para uma

---

<sup>7</sup> Como dito nas NR 1 e 2, é um dispositivo considerado legítimo, embora essa legitimidade seja polêmica.

<sup>8</sup> Novamente, essa análise é apenas conjectural, sem fundamento no material analisado, mas encontra base no que diz Hesse (1995, p. 305 e ss.) a respeito do direito de liberdade de imprensa.

<sup>9</sup> Segunda frase do dispositivo.

<sup>10</sup> Id. nota 5.

finalidade comum e submeteu-se a uma formação de vontade organizada" (HESSE, ib.).

O dispositivo da Lei Fundamental em comento trata especificamente da liberdade de associação **sindical**, ou, no Direito alemão, liberdade de *coalizão*<sup>11</sup> (MARTINS, 2019, p. 131), a qual Hesse (1995, p. 319) trata como "caso especial da liberdade de associação geral". Diferentemente do previsto na CRFB, na Alemanha o direito de liberdade sindical é plenamente garantido, os empregados e empregadores sendo "fundamentalmente livres do exercício de influências estatal" (*sic*) (HESSE, ib.).

O propósito da coalizão é a proteção e fomento do trabalho e da atividade econômica e das condições dessas: salário, jornada de trabalho, férias, medidas de combate ao desemprego e – o que é o fulcro da decisão objeto deste comentário –, proteção do emprego na introdução de novas tecnologias (HESSE, ib.; MARTINS, ib.).

#### **4 A DECISÃO DO PRIMEIRO SENADO DO BVG: RESTRIÇÃO AO DIREITO DE ASSOCIAÇÃO POR APLICAÇÃO DE PROPORCIONALIDADE**

Resumidamente, o BVG aceitou a Reclamação por entender haver matéria constitucional envolvendo a questão, mas indeferiu-a por concluir que o Art. 9 III não foi violado, aplicando o princípio da proporcionalidade para restringir o direito fundamental de associação da empresa quanto ao uso de instrumento passível de utilização. Isso porque o BAG efetivamente restringiu um direito fundamental, daí exurgindo a questão constitucional acolhida pelo BVG para analisar se a decisão juslaboral era válida ou não em termos de proteção a direitos fundamentais.

Mas essa restrição é possível? Sob que condições?

Os doutrinadores na área de direitos fundamentais dizem não haver hierarquia entre esses, todos reclamando igual proteção estatal. O que ocorre, por vezes, são colisões entre uns e outros, resolvidas mediante técnicas de interpretação constitucional, para se achar a melhor solução **para o caso concreto**.

Segundo Hesse (1998, p. 250-251),

---

<sup>11</sup> Equivalente próximo do direito fundamental do art. 8º da CRFB.

Liberdades jurídico-fundamentais são liberdades jurídicas e, como tais, sempre determinadas materialmente, isto é, porém, limitadas. Limitação de direitos fundamentais é determinação desses limites; ela determina o alcance material do direito de liberdade respectivo.

[...]

**Cada direito fundamental encontra seu limite principalmente lá onde termina seu alcance material.** Esse limite é, uma vez, uma questão do seu “âmbito da norma”, isto é, daquela parte da – muitas vezes, juridicamente já moldada –, “realidade”, que é o objeto da garantia [...]

(Grifamos).

Portanto, o doutrinador alemão diz ser possível restringir um direito fundamental de acordo com a “realidade” moldada juridicamente. E o caminho para tais restrições – quando viáveis – é apontado por Canotilho (2003, p. 1275): o conhecimento do âmbito de proteção das normas constitucionais que consagram os direitos em “colisão”, determinando-se os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção e qual a forma da restrição a ser aplicada.

Esse choque quando da aplicação dos direitos fundamentais na realidade, relativamente à gradação de sua aplicabilidade e eficácia, dependerá “sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto”, conforme Sarlet (2015, p. 280 e 289). O que não significa, segundo esse doutrinador, negar-lhes “essa condição privilegiada [de direitos fundamentais] [...] [pois] significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade” (SARLET, 2015, p. 280).

Nesse passo, considerando a posição dos direitos e os objetos por eles protegidos, doutrinadores entendem possível restringir-se a aplicação de um direito fundamental em relação a outro em cada situação fática. Conforme Barroso (2013a, p. 359), “os limites dos direitos fundamentais, quando não constem diretamente da Constituição, são demarcados em abstrato pelo legislador e **em concreto pelo juiz constitucional**” (grifamos).

Portanto, possível a restrição operada por ambos os Tribunais alemães e, seguindo entendimento de Sarlet (2015, p. 155), considera-se que as decisões cabem

na função atribuída aos direitos fundamentais como deveres de proteção do Estado contra agressões àqueles, **inclusive de particulares**, adotando medidas positivas para proteger o exercício efetivo desses direitos. Esses deveres estatais são diretamente vinculados à tutela dos direitos fundamentais (obrigações vinculativas que garantem os direitos e que não implicam direitos subjetivo a medidas de proteção), restringindo direitos e reduzindo o âmbito da liberdade individual, restrição vinculada à necessidade de proteção de bens fundamentais visando a maximizar os direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 156).

Especificamente quanto ao caso em comento, veja-se o que diz Martins (2019, p. 133-134) acerca do âmbito de proteção do Art 9 III GG:

Nesse sentido, protegidas são a [...] preparação e **execução de medidas, em princípio, legítimas de luta trabalhista**, nomeadamente, do lado dos empregados: **greve**, boicote, bloqueios e ocupações de instalações. Por sua vez, do lado dos empregadores, **representam**, igualmente, **medidas em princípio legítimas de luta trabalhista**: [...], a demissão defensiva com efeitos suspensivos da relação de emprego, [...] e a "alteração contratual em massa" (do alemão *Massenänderungskündigung*), ou seja, a alteração unilateral de centrais cláusulas relevantes da relação contratual de trabalho.

[...]

Por sua vez, representam típicas intervenções estatais na maioria dos casos: [...] a restrição à demissão como medida de luta trabalhista do empregador.

(Grifamos)

Mas como se aplicou a proporcionalidade neste caso?

Conforme Sarlet (2021, p. 222), o princípio da proporcionalidade nasceu no direito administrativo prussiano e até hoje é vinculado ao controle de atos do Poder Público, visando a coibir excessos desse quando intervém na esfera privada dos cidadãos. Evoluindo para "servir de critério de aferição também da legitimidade constitucional dos atos legislativos e mesmo de decisões judiciais", no campo dos direitos fundamentais como direitos de defesa opera como limite à possibilidade de intervenção no âmbito de proteção desses (id., ib.).

Na lição de Barroso (2013b, p. 168), o princípio da proporcionalidade "pode

operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça no quadro concreto”.

Ávila (2021, p. 209) diz que o postulado – como prefere (id., ib., p. 208 e ss.) – da proporcionalidade opera para analisar a **proporção** entre o gravame imposto por um ato e o fim perseguido por esse ato, avaliando ganhos e perdas, vantagens e desvantagens, restrição de um direito e promoção de um fim. Pois, conforme o doutrinador (ib., p. 223) adota-se um meio para “atingir uma finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo”, adoção que tem a restrição a direito fundamental como efeito colateral. Assim, o princípio – ou postulado – da proporcionalidade visa a um balanceamento entre direitos fundamentais em colisão, quer entre dois direitos aplicáveis, quer entre o mesmo direito aplicável a dois sujeitos diversos, como foi o caso em comento.

Com fulcro nessas lições de doutrinadores brasileiros e alemão, pode-se dizer que ambos os Tribunais alemães aplicaram apropriadamente a proporcionalidade, balanceando os efeitos do uso de um direito fundamental com o fim perseguido pela Lei Fundamental Alemã quanto ao âmbito de proteção desse mesmo direito, qual seja, a proteção das relações de trabalho contra excessos de parte a parte.

Note-se que em nenhum momento os Tribunais **negam** a possibilidade de a Reclamante utilizar a *aussperrung*, somente consideram que a **utilização** (ou o fim pretendido com o direito) desse meio – como já dito, juridicamente polêmico, mas que o BVG entende protegido como direito fundamental – foi desproporcional. A Reclamante, ao utilizar o instrumento, atingiu um universo cerca de **300% maior** do que aquele que efetivamente participou da greve **parcial** contra a cláusula de introdução<sup>12</sup> da – então – inovação tecnológica na produção de textos<sup>13</sup>, criando um gravame muitas vezes maior em relação ao fim a que o instrumento se destina: proteger a empresa e o seu direito de associação contra os excessos de um movimento grevista.

---

<sup>12</sup> V. comentário da decisão do BVG em MARTINS, 2019, p. 150, especialmente o penúltimo parágrafo.

<sup>13</sup> A adoção das chamadas “redações informatizadas” nos jornais brasileiros no final da década de 1980 também deu ensejo a questionamentos por parte dos jornalistas, sem chegarem à greve, quanto à demissão de profissionais, especialmente em razão das demissões que estavam ocorrendo nos bancos, que foram pioneiros na informatização de suas operações

O BAG considerou que a produção foi muito mais afetada pela medida adotada pela empresa do que a greve de 4.300 empregados – posição referendada pela decisão do BVG –, o que causou uma **desproporção** acentuada na aplicação de um instrumento “da disputa entre capital e trabalho” (MARTINS, 2019, p. 151) igualmente protegido pela liberdade de associação profissional do Art. 9 III GG. E tanto a decisão do BAG quanto a do BVG mantiveram incólume o núcleo do direito fundamental protegido pelo dispositivo da Lei Fundamental, que é a liberdade de associação profissional – ou de coalizão – e os instrumentos e medidas a ela inerentes para proteger e fomentar as condições de trabalho e econômicas. Porém, o BVG ressaltou que essa liberdade pode ser limitada para proteger direitos de terceiros ou outros direitos de dignidade constitucional (BVerfGE 84, 212, itens 1 e 3 das Ementas, *in* MARTINS, 2019, p. 151).

Dessarte, considerando o até aqui exposto, ambas as decisões restringiram direito fundamental em conformidade com as normas aplicáveis ao caso e usando o princípio – ou postulado – da proporcionalidade.

## 5 BREVE COMENTÁRIO ACERCA DE ALGUNS FUNDAMENTOS DA RECLAMANTE

Como visto anteriormente, a Reclamante baseou sua ação em violação a sete dispositivos da Lei Fundamental, dois dos quais chamam a atenção: o desrespeito à liberdade de imprensa (Art. 5 I 2 GG) e ao previsto quanto ao regime orçamentário estatal (Art. 109 II).

Conforme já dito alhures, conjectura-se<sup>14</sup> que o fundamento na liberdade de imprensa se deva ao fato de a Reclamante ser uma indústria **gráfica** que **imprime** materiais (utiliza de **imprensa**) e entender estar protegida por esse direito fundamental. Porém, tal argumento não se sustenta, tanto que não foi acolhido pelo BVG.

Ao comentar o dispositivo, Hesse (1995, 305 e ss.) diz que esse se aplica à imprensa entendida como “todos os impressos produzidos em reprodução em

---

<sup>14</sup> Pois não há informação suficiente na decisão comentada, nem no texto de Martins, nem pesquisa na página do BAG trouxe qualquer retorno sobre o assunto; porém, algumas ilações são possíveis com base nos próprios dispositivos citados.

massa, que são **determinados e adequados para informar** ou produzir **efeito informador de opinião**" (grifamos). Ou seja, a liberdade de imprensa protegida pelo Art. 5 I 2 GG é aquela da imprensa **formadora de opinião** (jornais, especialmente, e seus jornalistas), tanto que Hesse liga esse direito ao de liberdade de opinião. Portanto, corretamente, em nosso entender, o BVG descartou esse argumento, pois não se tratava de empresa **jornalística** – **jornal** impresso – ou de editora de livros (também estaria sob a proteção do dispositivo), mas de indústria de imprensa **gráfica**, que produz impressos de **qualquer tipo**, não apenas jornais, livros e revistas, como sua atividade econômica.

Já o argumento com base no Art. 109 II não foi admitido pelo fato de o dispositivo não tratar de direito fundamental ou de direito igual a direito fundamental (MARTINS, 2019, p. 150-151). Provavelmente – e novamente ressalva-se que este comentário se baseia em mera conjectura e no conhecimento do autor deste trabalho sobre Direito Financeiro e Orçamentário –, a Reclamante buscou levar a discussão para o âmbito do equilíbrio econômico, que tem normas a respeito de disciplina orçamentária para esse equilíbrio.

Contudo, a norma em comento, não acolhida como fundamento da reclamação pelo BVG, não se aplica não só por **não ser** direito fundamental (ou equiparado a), mas por tratar das finanças **estatais**, não privadas. Nem mesmo sob o argumento de que o desequilíbrio do orçamento de uma empresa – no caso, pelo pagamento das verbas rescisórias aos empregados dispensados – afetaria a economia nacional (provavelmente pela falência da empresa ou pela sua necessidade de créditos junto ao sistema financeiro) se pode entender haja a decisão do BAG violado esse dispositivo.

Em bom português – e rogando escusas pela liberalidade –, a Reclamante "forçou a barra" nesse argumento.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste trabalho, pode-se concluir, com alguma segurança, baseado na doutrina trazida, pela possibilidade de restrição de direitos fundamentais.

Viu-se que as decisões – tanto a do BAG, quanto a do BVG – restringiram **um**



direito fundamental em aplicação a **dois** sujeitos diferentes: um, a empresa; outro, o conjunto de seus empregados. E nenhuma das decisões afastou o direito para nenhum dos sujeitos; ao contrário, reafirmaram esse direito e o instrumento utilizado pela empresa para defendê-lo, embora a polêmica jurídica que o envolve. No entanto, o BVG referendou a posição do BAG de que o **uso** desse instrumento – a *aussperrung* – foi desproporcional em relação ao **fato concreto** em quem foi utilizado: defesa contra greve **parcial**, da qual participaram cerca de 4.300 empregados, enquanto a empresa acabou por afastar 130.000. Desse modo, embora tenha conhecido da Reclamação Constitucional, o BVG a indeferiu, pela desproporcionalidade no uso de instrumento a garantir direito fundamental que protege tanto empregados quanto empregadores.

Mais adiante, comentou-se acerca de dois dos dispositivos da GG nos quais se fundou a Reclamação, explicando-se – ressaltando-se as conjecturas envolvidas, repete-se – porque não teriam sido aceitos pelo BVG.

Finalmente, espera-se ter conseguido, de forma breve e sucinta, apresentar nosso entendimento sobre uma decisão importante acerca de direito fundamental de associação sindical, o qual não é pleno no Brasil, conforme já explicitado em trabalho produzido para a cadeira de Constituição e Relações de Trabalho I deste Programa de Pós-Graduação em Direito (HÜLSENDEGER, 2022).

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA, República Federal da. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Ed. atual. de jan.20211. Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz\\_pt.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf)>. Acesso em 16 ago. 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 20 ed. (rev. e atual.). São Paulo: Malheiros, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013a.

\_\_\_\_\_. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 1 reimp. Belo Horizonte:

Fórum, 2013b.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. E Teoria da Constituição. 7. ed. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: safE, 1998. (Tradução da 20 ed. alemã de *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, de 1995, por Luís Afonso Heck).

HÜLSENDEGER, César Augusto. **Inc. II do art. 8º da CRFB**. O Último Paradigma do Autoritarismo no Direito do Trabalho. Mimeo. 2022.

MARTINS, Leonardo. BVERFG 84, 212 (*AUSSPERRUNG*). Reclamação Constitucional contra decisão judicial, 26/06/1991. Liberdade de associação sindical. Art 9 III GG. *In*: MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 3: Direitos fundamentais ao casamento e à família; liberdade de associação; garantias constitucionais processuais. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2019. P. 150-157.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12. ed. (rev. atual. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. Linhas Mestras da Interpretação Constitucional. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. (rev. e atual.). 2 t. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

## 23. O DIREITO A UM MÍNIMO EXISTENCIAL: ANÁLISE DE DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA

*THE RIGHT TO AN EXISTENTIAL MINIMUM: ANALYSIS OF A DECISION ISSUED BY THE CONSTITUTIONAL COURT OF GERMANY*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-23>

*Manoela Siqueira Neumann<sup>1</sup>*

### RESUMO

O presente comentário visa a analisar decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (BVerfG, Julgamento do dia 09 de fevereiro de 2010 - 1 BvL 1/09) acerca da legitimidade constitucional de reforma legislativa do sistema de seguridade social, conhecida como legislação *Hartz-IV*. O comentário parte da perspectiva da necessidade de garantia, pelo Poder Judiciário, da eficácia de preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, sem que, para isso, sejam violados os princípios do Estado de Direito e, em especial, o da separação dos poderes. O trabalho está dividido em duas partes: na primeira delas, far-se-á uma breve análise dos aspectos centrais do caso em comento destacando os fundamentos da decisão considerados mais relevantes, com a finalidade de, na segunda parte, demonstrar como o Tribunal Constitucional Federal, ao considerar inconstitucional a legislação, procurou se manter no âmbito das suas funções definidas constitucionalmente, na medida em que, ao invés de atuar como legislador positivo, apenas tratou de reconhecer que a legislação não estava de acordo com o mínimo existencial.

Palavras-chave: Mínimo existencial. Dignidade da pessoa humana. Legislador positivo. Separação de poderes.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogada. E-mail: manoela.neumann@gmail.com; amadadonadello@hotmail.com.

## ABSTRACT

This commentary aims to analyze the decision handed down by the Federal Constitutional Court of Germany (BVerfG, Judgment of the First Senate of 9 February 2010 - 1 BvL 1/09), regarding the constitutional legitimacy of the legislative reform of the social security system, known as the Hartz-IV legislation. The commentary starts from the perspective of the need for the Judiciary to guarantee the effectiveness of fundamental precepts such as the dignity of the human person and the existential minimum, without violating the principles of the rule of law and, in particular, of the separation of powers. The work is divided into two parts: in the first part, a brief analysis will be made of the central aspects of the case under discussion, highlighting the grounds of the decision considered most relevant, with the purpose of, in the second part, demonstrating how the Constitutional Court Federal, by considering the legislation unconstitutional, sought to remain within the scope of its constitutionally defined functions, insofar as, instead of acting as a positive legislator, it only tried to recognize that the legislation was not in accordance with the existential minimum.

Keywords: Existential minimum. Dignity of human person. Positive legislator. Separation of powers.

## 1 BREVE ANÁLISE DO JULGAMENTO REALIZADO PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO SOBRE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O caso ora em análise trata-se de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG, 1 BvL 1/09*), em ação ajuizada por famílias beneficiárias do Seguro Social fornecido pelo Estado, sob o fundamento de que o valor recebido para fins de sustento de seus filhos menores de 14 anos seria insuficiente para garantir sua subsistência<sup>2</sup>. Sustentam, assim, que o valor do seguro (na época correspondente à 207 Euros<sup>3</sup>), implicaria em violação aos

---

<sup>2</sup> BVerfG, Judgment of the First Senate of 9 February 2010 - 1 BvL 1/09 -, paras. 1-220, [http://www.bverfg.de/e/ls20100209\\_1bvl000109en.html](http://www.bverfg.de/e/ls20100209_1bvl000109en.html). Acesso em 14 de novembro de 2022.

<sup>3</sup> "From 1 January 2005, hence, children until completing the age of 14 belonging to the joint household in the old Länder including Berlin (East) initially received Euro 207 in social benefit per month, and Euro 276 from the beginning of the age of 15." BVerfG, Judgment of the First Senate of 9 February 2010 - 1

preceitos fundamentais da dignidade humana e do mínimo existencial, os quais contem previsão expressa na Lei Fundamental alemã.

A Corte Constitucional alemã analisou a constitucionalidade das disposições contidas no 4º Ato para Serviços Modernos no Mercado de Trabalho ("*Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt*")<sup>4</sup> de 24 de dezembro de 2003 ("*Hartz IV*"), que abrange a assistência em virtude do desemprego e assistências e benefícios sociais de caráter geral, conforme definidos no Segundo Livro do Código Social ("*Sozialgesetzbuch Zweites Buch - SGB II*")<sup>5</sup> e sua compatibilidade com o artigo 1º, §1 da Lei Fundamental alemã, que determina a inviolabilidade da dignidade humana, e impõe, ao Estado, o dever de usar seu poder para a sua proteção, e ao artigo 20, § 1, que estabelece o Estado Social e Democrático de Direito<sup>6</sup>.

De modo bastante resumido, passa-se a destacar os seguintes fundamentos da decisão como mais relevantes para a análise ora proposta, visto que dão o devido contorno às questões constitucionais que serão melhor analisadas na sequência.

Os Julgadores que compunham o Tribunal Constitucional Federal Alemão na época em que proferida a decisão, destacaram em seus votos que a garantia do mínimo existencial é um direito fundamental, considerado como uma dimensão da dignidade da pessoa humana, que deve ser respeitada e protegida, nos termos do artigo 1º, §1 em conjunto com o artigo 20, §1 da Lei Fundamental<sup>7</sup>.

Ainda, assentaram que a legislação deve tratar da orientação acerca dos benefícios a serem pagos, e, em relação às respectivas necessidades concretas e aos meios de se efetivar tais bens, estes não podem ser inferidos diretamente da Constituição, sendo que o legislador tem o dever de defini-los tomando como base as despesas necessárias à existência digna das pessoas. Para tanto, devem utilizar

---

BvL 1/09 -, paras. 1-220, [http://www.bverfg.de/e/ls20100209\\_1bvl000109en.html](http://www.bverfg.de/e/ls20100209_1bvl000109en.html). Acesso em 14 de novembro de 2022.

<sup>4</sup> BVerfGE – 01/09, parágrafo 1º. Disponível em: [http://www.bverfg.de/e/ls20100209\\_1bvl000109en.html](http://www.bverfg.de/e/ls20100209_1bvl000109en.html). Acesso em 14 de novembro de 2022.

<sup>5</sup> BVerfGE – 01/09, parágrafo 60 e 66. Disponível em: [http://www.bverfg.de/e/ls20100209\\_1bvl000109en.html](http://www.bverfg.de/e/ls20100209_1bvl000109en.html). Acesso em 14 de novembro de 2022.

<sup>6</sup> BVerfG, Judgment of the First Senate of 9 February 2010 - 1 BvL 1/09 -, paras. 1-220, [http://www.bverfg.de/e/ls20100209\\_1bvl000109en.html](http://www.bverfg.de/e/ls20100209_1bvl000109en.html). Acesso em 14 de novembro de 2022.

<sup>7</sup> BVerfG, Judgment of the First Senate of 9 February 2010 - 1 BvL 1/09 -, paras. 1-220, [http://www.bverfg.de/e/ls20100209\\_1bvl000109en.html](http://www.bverfg.de/e/ls20100209_1bvl000109en.html). Acesso em 14 de novembro de 2022.

métodos transparentes e apropriados, condizentes com à realidade (SARLET; KRONBAUER, 2021, p. 02-04).

Concluíram, assim, que os dispositivos legais questionados seriam incompatíveis com a garantia fundamental à proteção do mínimo existencial, bem como que a definição dos montantes padrão do benefício. Isso porque, além de não atenderem de forma clara os requisitos constitucionais no procedimento de apuração, também não são suficientes para garantir completamente as necessidades específicas da população, pois não tratam de casos especiais de forma concreta (SARLET; KRONBAUER, 2021, p. 17-21).

Não obstante a declaração da inconstitucionalidade dos referidos dispositivos – e aqui a decisão merece ainda mais a nossa atenção - o Tribunal destacou que não pode substituir o legislador para definir as formas adequadas de apuração de valores padrões para o benefício, nem como estipular critérios de análise de casos especiais, motivo pelo qual, concedeu um prazo ao legislador para que este preenchesse as lacunas legais e corrigisse a legislação, sendo que as pessoas que necessitassem dos benefícios até esta data não seriam prejudicadas, recebendo os benefícios por meio da análise individual dos casos, com prestações em espécie, mesmo antes da promulgação da nova disposição (SARLET; KRONBAUER, 2021, p. 17-21).

Cumprir destacar que, muito embora trata-se de decisão proferida no ano de 2010, os fundamentos nela adotados e as conclusões ali sedimentadas permitem a realização de importantes reflexões jurídicas, que ultrapassam os limites do direito alemão.

Conforme entende SARLET (SARLET; KRONBAUER, 2021, p. 17-21), o reconhecimento do mínimo existencial como direito fundamental intrinsecamente interligado com a dignidade da pessoa humana marca importante avanço jurídico e social, dado que assegura, às pessoas com necessidades, condições materiais mínimas indispensáveis à existência e à participação mínima na vida social, política e cultural.

Ademais, restou reconhecido que este direito não pode ser desconsiderado pelo Poder Legislativo, mas cabe a este - e não apenas ao Judiciário – o dever de proteção deste direito mediante a definição de forma concreta das necessidades a

serem tuteladas e sua regular atualização pela legislação; assim como o dever positivo, de prestações que garantam a efetivação de tais direitos, como no caso do fornecimento do seguro social em valor condizente com a realização da dignidade da pessoa humana, assegurando o mínimo existencial (SARLET; KRONBAUER, 2021, p. 17-21).

Uma vez apresentada a contextualização inicial do caso objeto do julgamento em questão, passa-se a tecer uma análise dos elementos considerados essenciais da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão ora comentada, percebidos como justificção do posicionamento que foi adotado pela Corte. Serão feitos, ainda, alguns comentários com a finalidade de comparação do entendimento adotado acerca do mínimo existencial, bem como da postura não-ativista adotada pelos Julgadores, com a realidade que vem sendo praticada na ordem constitucional brasileira.

## **2 DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MÍNIMO EXISTENCIAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DA DECISÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO**

Da análise fática acima delineada fica evidente que os pontos centrais objetos da referida decisão dizem respeito à: dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e separação de poderes. Acerca destes pontos que passaremos a discorrer.

O primeiro e evidente fundamento utilizado pela decisão do Tribunal Constitucional alemão a ser ora pontuado, diz respeito a importância dada à dignidade da pessoa humana, e a preocupação com a proteção e garantia do mínimo existencial. Verifica-se que os julgadores realizam um juízo de correspondência entre os critérios de concessão do benefício do seguro social, seu valor e reduções em casos específicos, com as normas definidas na Lei Fundamental alemã a respeito da dignidade da pessoa humana.

Destacou-se na decisão que a exigência da garantia de um estado de bem-estar, nos termos do que prevê a Lei Fundamental, impõe ao legislador a tarefa de assegurar, a todos, um nível mínimo de subsistência digno - exigência fundamentada

no Art. 1º da Lei Fundamental, em conexão com o Art. 20, § 1, que trata da dignidade da pessoa humana.

Conforme leciona SARLET (2012, p. 58), as prescrições sobre direitos fundamentais presentes na Lei Fundamental alemã apresentam um caráter muito mais pragmático e sistemático em relação aos termos definidos na nossa Constituição Federal, não cometendo a atecnicidade de misturar direitos objetivos e subjetivos como acontece com nossa Constituição.

O mínimo existencial, definido como a garantia mínima de subsistência das pessoas, que demanda tanto uma proteção negativa contra a intervenção do Estado, quanto a garantia positiva pelas prestações estatais (TORRES, 1989, p. 35), deve ser um dos critérios para verificar se um direito social (saúde, educação, assistência social, dentre outros) deve ter eficácia promovida por parte do Poder Público no caso concreto.

No Brasil, o que se percebe pela análise da jurisprudência do STF<sup>8</sup>, é que não há elementos suficientes para se afirmar que há um posicionamento da Corte claro e inequívoco no sentido de que o mínimo existencial seria um direito fundamental independente dos demais, implícito à Constituição da República de 1988 (CR/88). Mas sim, que o mínimo existencial seria equivalente ao núcleo composto por parcelas de direitos fundamentais necessário à vida de acordo com a dignidade da pessoa humana (SILVA, 2017, p. 204) - havendo proximidade, neste ponto, com o entendimento do Tribunal Constitucional Alemão.

Outro ponto que merece destaque, ainda com relação ao mínimo existencial como concretização da dignidade da pessoa humana, é o fato de que o Tribunal Constitucional Alemão fundamentou seu entendimento no direito absoluto à dignidade de cada indivíduo, que é indisponível, mas requer sua concretização e constante atualização pelo legislador.

Fica evidente na decisão o respeito pela atuação do legislador, que possui uma margem de discricionariedade em relação à determinação do montante que seja capaz de satisfazer o "mínimo existencial" (SARLET; KRONBAUER, 2021, p. 19). Entretanto, a decisão deixa claro que as políticas estabelecidas precisam atender um

---

<sup>8</sup> Destaquem-se os processos AgrRE 763.667; AI 598212; ADPF 347; AI598212; AgrRE 727.864; AgrRE 745.745; RE 581352 AgR



mínimo de subsistência por meio de uma garantia uniforme, sob direitos fundamentais, abrangendo “tanto a existência física da pessoa, ou seja, alimentação, vestuário, utensílios domésticos, alojamento, aquecimento, higiene e saúde”<sup>9</sup>, quanto “a salvaguarda da possibilidade de cultivar relações interpessoais e de um grau mínimo de participação na vida social, cultural e política, na medida em que, o ser humano, como pessoa, existe, necessariamente, nas relações sociais”.<sup>10</sup>

Vale tecer maiores considerações também ao fundamento relacionado à observância da divisão de competências entre os Poderes, respeitado em prol da realização do princípio da Separação de Poderes, a qual ficou visível na solução encontrada pelo Tribunal Constitucional alemão, que manteve-se adstrito ao texto da Lei Fundamental, respeitando, o grau de conformação e discricionariedade característico da atividade do legislador, mas não deixando de fixar o conteúdo normativo dos direitos fundamentais em jogo (SARLET; KRONBAUER, 2021, p. 06).

Relativamente ao direito brasileiro, o artigo 2º, da Constituição Federal de 1988 – CF define que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”<sup>11</sup>. Ou seja, a norma em tela retrata os poderes como independentes e harmônicos entre si, deixando claro que sua finalidade é a garantia de uma relação equilibrada e em concordância entre estes, na medida em que almeja um ideal de coexistência funcional entre os poderes (ÁVILA, 2012, p. 05-06).

Assim, para que se mantenha a estabilidade do sistema, torna-se imprescindível que cada Poder aja dentro de suas funções, respeitando seus limites, não invadindo o campo de atuação dos demais.

Conforme ensina SARLET (2021, p.19-20), este âmbito de separação e limitação entre a atuação do Tribunal Constitucional como guardião da Constituição e a discricionariedade e função do legislador é limítrofe, na medida em que, nos termos da maioria das Constituições de Estados democráticos, a função das cortes constitucionais se limita à análise da constitucionalidade da legislação, não havendo

---

<sup>9</sup> BVerfGE – 01/09, parágrafo 133

<sup>10</sup> BVerfGE – 01/09, parágrafo 135

<sup>11</sup> BRASIL. [1988] Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 maio 2021.

qualquer disposição acerca da possibilidade da indicação (ou exigência) do que o legislador deveria fazer.

Ao deixar de estipular novas condições em substituição às normas em questão, deixando esta tarefa a cargo do legislador, o Tribunal Constitucional alemão atuou no âmbito de sua competência, dando a devida observância ao princípio da separação de poderes, também fundamental à concretização do princípio democrático, e afastando-se do chamado "ativismo judicial", tão presente nas atuais decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro<sup>12</sup>.

Adota-se, no presente comentário, a ideia de que ocorre violação ao princípio separação de poderes no momento em que um dos Poderes ultrapassar o seu núcleo de ação próprio, interferindo na atividade de outro. Desse modo, o Judiciário, ao realizar a atividade explicitamente definida, deve respeitar os limites de sua função, no sentido de não atuar como legislador positivo. E é exatamente o que ocorreu no caso em tela.

Ao assim agir, o Tribunal alemão além de preservar a necessária harmonia entre os Poderes, logrou também observar a manutenção das funções de cada um dos Poderes, uma vez que, decidir casos que versem acerca de mecanismos para a eficácia concreta dos direitos fundamentais – como no presente – há sempre o risco de o Judiciário adentrar nas competências exclusivas do Legislador.

Mais um ponto que pode ser destacado da referida decisão, diz respeito à aplicação de termos como "dignidade da pessoa humana", "mínimo existencial" ou ainda "separação de poderes", que apresentam conteúdo abstrato e são comumente utilizadas pelas decisões judiciais sem um rigoroso ônus argumentativo, como forma de contemplar as mais variadas situações.

No caso em questão, O Tribunal Constitucional alemão tratou de fundamentar de forma pormenorizada suas razões e justificações para a invocação dos princípios constitucionais da proteção da dignidade humana e do mínimo existencial e, mesmo assim, limitou-se a declarar a inconstitucionalidade das normas, sem invadir o campo do Legislativo, no sentido de criar comandos normativos inexistentes no direito vigente. Isso demonstra o respeito à divisão dos

---

<sup>12</sup> Vale lembrar do teu emblemático caso "Raposa Serra do Sol" no qual o STF estabeleceu critérios para demarcação de terras indígenas, atuando como legislador positivo.

poderes e ao sistema como um todo, mantendo-se a coerência necessária ao bom andamento de um Estado de Direito (SARLET; KRONBAUER, 2021, p. 21).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso em que julgou inconstitucional a legislação que previa o Seguro Social pago aos cidadãos alemães em situações especiais – dentre elas no período de desemprego – em valor considerado insuficiente para garantir a subsistência, violando os preceitos fundamentais da dignidade humana e do mínimo existencial, é um exemplo de controle de constitucionalidade com respeito à separação de Poderes.

Além de alcançar de forma brilhante o ônus argumentativo necessário para demonstrar a efetiva incompatibilidade da legislação com os princípios da dignidade da pessoa humana realizado através da observância do mínimo existencial, os julgadores do Tribunal Constitucional Alemão conseguiram proferir decisão de modo à chamar o Legislador para, em exercendo seu papel democraticamente estabelecido, regulamentar a situação sem adentrar no âmbito da discricionariedade do Poder Legislativo e sem incorrer em hipótese de ativismo judicial, atuando como legislador positivo.

Embora reconhecendo a inconstitucionalidade sem a correspondente pronúncia de nulidade e remetendo ao legislador a tarefa de corrigir os aspectos tidos como constitucionalmente ilegítimos, verificou-se que a decisão ora analisada ainda logrou deixar assentado que, tratando-se de um direito fundamental e, em especial, do mínimo existencial, onde está em causa a dignidade da pessoa humana, a decisão final sobre eventual violação de tal direito segue sendo sua, “dada a vinculação de todos os atores estatais aos direitos fundamentais, ademais dos seus correspondentes deveres de proteção, que, no caso da dignidade humana, encontram-se expressamente estabelecidos no artigo 1º da LF”<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> BRASIL. [1988] Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 maio 2021.

Outro aspecto a ser destacado nesta conclusão – e que não vemos com frequência nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, diz respeito ao fato de que a decisão analisada, levando em conta as exigências do princípio do Estado de Direito, incluiu na sua fundamentação que o legislador não demonstrou, de modo transparente e acessível ao cidadão, quais os critérios que motivaram as suas opções que levavam as reduções dos benefícios sociais em casos especiais.

Com isso, além de não adentrar nas competências do Legislativo, deixando de atuar como legislador positivo – conforme visto acima – o Tribunal Constitucional Alemão também conferiu o devido destaque ao dever de coerência (no sentido de fundamentação) da legislação igualmente exigência que dá concretude ao estado democrático de direito e ao respeito aos direitos fundamentais, assim como deve ser feito nas decisões judiciais, que também guardam mesmo dever de fundamentação das suas decisões aos seus jurisdicionados.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. 5ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Tributário Constitucional. 29ª ed., revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 72/2013. Malheiros: São Paulo, 2013.

BRASIL. [1988] **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 maio 2021.

BRASIL. [1942] **Lei De Introdução Às Normas Do Direito Brasileiro**. Brasília, DF: Executivo, 1942. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em 14 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.931/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 06 jun. 2018. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314542313&ext=.pdf>. Acesso em 01 junho 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 948.634/RS**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 20 de outubro de 2020. Data de publicação: 18 nov. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344996344&ext=.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 13ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARLET, I. W., KRONBAUER, E. L. **Revista do Direito** [ISSN 1982-9957]. Santa Cruz do Sul, n. 63, p. 02-25, jan. 2021. <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>. Acesso em 15 de novembro de 2022.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações particulares**. 1 ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 204 e ss

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: jul/set 1989.



## 24. O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E O PRECEDENTE CLIMÁTICO DA SUPREMA CORTE DA IRLANDA

*THE FUNDAMENTAL RIGHT TO A BALANCED ENVIRONMENT AND THE CLIMATE PRECEDENT OF THE SUPREME COURT OF IRELAND*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-24>

*Lourenço Kantorski Lenardão<sup>1</sup>*

### RESUMO

O presente texto se propõe a fazer uma análise da decisão da Suprema Corte da República da Irlanda no caso *Friends of the Irish Environment vs. The Government of Ireland*. Primeiramente, o caso é apresentado e são traçados os pontos convergentes e as controversas entre as partes. O ponto explorado são as incompatibilidades entre a Lei de Ação Climática e Desenvolvimento de Baixo Carbono irlandesa de 2015 e o Plano Nacional de Mitigação proposto em 2017 pelo Governo. O Plano foi julgado ilegal, por não cumprir as diretrizes impostas pela referida Lei. Após, aborda-se a negativa da Suprema Corte em apreciar as questões de direitos fundamentais apresentadas pela parte autora, por tratar-se de uma ONG, que não teria essa legitimidade no ordenamento jurídico do país. Por fim, é feita uma crítica ao não-reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente. Nesse ponto, foi possível concluir que a decisão representou um retrocesso ecológico ou ambiental, pois deve ser considerada sob a ótica multinível e a Irlanda está inserida no sistema internacional e regional de direitos humanos que tutela o direito ao meio ambiente e à estabilidade climática.

Palavras-chave: Direito ambiental; Litigância climática; Direito Europeu; Suprema Corte da Irlanda; Meio ambiente equilibrado.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Bolsista de mestrado CNPq. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Advogado. E-mail: lourenco.lenardao@edu.pucrs.br.

## ABSTRACT

This paper aims to analyse the decision of the Supreme Court of the Republic of Ireland in the case *Friends of the Irish Environment v. The Government of Ireland*. Firstly, the case is presented and the convergent and controversial points between the parties are outlined. The point explored is the incompatibilities between the Irish Low Carbon Climate Action and Development Act 2015 and the National Mitigation Plan proposed in 2017 by the Government on its demand. The Plan was judged to be illegal as it did not comply with the guidelines imposed by that Act. Then, the issue of the Supreme Court's refusal to hear the fundamental rights issues presented by the plaintiff is addressed, as it is an NGO, which would not have such legitimacy in the country's legal system. Finally, a critique is made of the non-recognition of the fundamental right to the environment. At this point, it was possible to conclude that the decision represented an ecological or environmental step backwards, since it should be considered from a multi-level perspective and Ireland is part of the international and regional human rights system that protects the right to the environment and climate stability.

Keywords: Environmental law; Climate litigation; European law; Supreme Court of Ireland; Balanced environment.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar o precedente da Suprema Corte da República da Irlanda no caso *Friends of the Irish Environment (FIE) vs. The Government of Ireland*, que data de 31 de julho de 2020. No julgamento da apelação número 205/2019, a Suprema Corte reformou decisão do Tribunal Superior (*High Court*)<sup>2</sup>, para declarar o Plano de Mitigação Climática do Governo da Irlanda incompatível com a Lei de Ação Climática e de Desenvolvimento de Baixo Carbono desenvolvida pelo país em 2015, em decorrência dos compromissos firmados no Acordo de Paris. Por meio da Lei, previu-se o objetivo de alcançar uma economia sustentável, de baixo carbono,

---

<sup>2</sup> De acordo com Art. 34, 3, 1 da Constituição Irlandesa de 1934, o Tribunal Superior se trata de um tribunal de Primeira Instância "de plena jurisdição original e poder para determinar todas as questões e questões de direito ou de fato, civil ou criminal"



em um modelo de resiliência climática, até o final do ano de 2050 (IRLANDA, 2015, p. 5).

O caso se insere no fenômeno da litigância climática, que tem origem no final do Século XX nos Estados Unidos, tendo exponencial expansão nas última duas décadas, em um contexto no qual as novas tecnologias despontam e auxiliam a dimensionar a influência da ação humana em catástrofes climáticas e na mudança da temperatura global (OTTO, p. 342). A judicialização de questões referentes ao clima emerge como importante estratégia para o cumprimento de tratados internacionais nos quais os Estados contraem obrigações de mitigação climática. Nesse contexto, a litigância climática, compreendida aqui em sentido amplo<sup>3</sup>, abrange “todos os processos judiciais ou administrativos envolvendo, direta o indiretamente, questões relacionadas às mudanças climáticas globais” (ABI-EÇAB, 2021, p. 113-114).

No cenário europeu, a decisão emerge após o precedente paradigmático do Caso Urgenda vs. Estado dos Países Baixos, no qual a Suprema Corte dos Países Baixos, após negativa do Estado de prestar informações à Fundação Urgenda sobre como iria reduzir as emissões gases do efeito estufa, emitiu decisão obrigando o governo a cortar as emissões dos gases de efeito estufa do país em 25% até 2020, em relação aos níveis de 1990. (VAN DER WEEN; DE GRAAF, 2020, P. 369). O julgado holandês é citado como referência pela ONG Friends of the Irish Environment de ação do Poder Judiciário na Governança Climática em um tribunal europeu. De outro lado, após da decisão irlandesa, dentro dessa temática destaca-se o julgamento do Caso Neubauer *et al* vs. Alemanha. Nesse julgamento, movido por diversos particulares, em sua maioria jovens, foi decidido que vários dispositivos da Lei Federal Sobre Mudanças Climáticas de 2019 não distribuía, de forma proporcional, os danos da crise climática entre as gerações presentes e futuras, por prever metas apenas até 2030 (SARLET; WEDY; FENSTERSEIFER, 2021, p. 2). Assim, observa-se que o caso em

---

<sup>3</sup> Aqui deve ser destacada a diferenciação feita pela doutrina entre litigância climática em sentido estrito e litigância climática em sentido amplo. No primeiro grupo, estão os litígios em que a mudança climática consiste em seu objeto central. No segundo grupo, enquadram-se um largo espectro de litígios que, inclusive, podem não ter a questão do clima como objeto, mas a decisão tomada implica na situação climática global (PEEL; OSOFSKY, 2020, p. 8:23.).

estudo se encontra inserido em um contexto de litígios climáticos semelhantes nos tribunais constitucionais europeus.

O processo foi movido inicialmente pela *Friends of Irish Environment*, com base nos direitos fundamentais à vida e à integridade física, presentes expressamente na Constituição Irlandesa, que conduziram ao reconhecimento de um direito fundamental implícito ao meio ambiente saudável. Além disso, no sistema europeu, apresenta como importantes os art. 2 e 8 do i, de 2003. Ele determina que os Estados têm uma obrigação positiva de cumprir suas funções de forma compatível as suas obrigações perante a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que já trabalha, em sua jurisprudência, o tema da proteção ambiental (BAIII, 2020, p. 7).

Passando para o Plano, argumentou-se que o Plano Nacional de Mitigação de 2017 desrespeitava a Lei de 2015, principalmente em seu art. 4º, que previa que "Um Plano Nacional de Mitigação deve: a) especificar de que maneira é proposto alcançar os objetivos nacionais de transição" (IRLANDA, 2015, p. 6). Alegava-se que o Plano apresentado de 2017 era muito vago, e deixava de prever metas de curto prazo. Tendo em vista que os efeitos de emissões de gases do efeito estufa só pode ser percebidos em um prazo de 30 a 40 anos, concluiu-se como inviável abandonar medidas urgentes para atingir os objetivos almejados até 2050 (KELLEHER, 2021, p. 141). Em 19 de setembro de 2019, o Tribunal Superior da Irlanda, em julgamento de primeira instância, rejeitou os pedidos da FIE considerando que o Plano de Mitigação Nacional estava dentro das instruções previstas na Lei de 2015. Isso porque a Lei teria concedido ampla discricionariedade ao Governo sobre como atingir a meta de constituir uma economia de baixo carbono até 2050 (KELLEHER, 2020, p. 7).

Restou a possibilidade de a parte autora recorrer à Suprema Corte, que julgou o caso em 31 de julho de 2020. O julgamento foi emitido pelo Justice Clark, C.J. e sua posição foi acolhida pelos demais sete Ministros. Em seu voto, primeiramente rejeitou a decisão do Tribunal Superior para declarar que o Plano de Mitigação Nacional não estava em conformidade com a legislação irlandesa de 2015, descrevendo pontos em que o Plano se mostrava vago e insuficiente na mitigação climática para alcançar os objetivos do país. Além disso, a Corte decidiu que a FIE, como entidade da sociedade civil, não possui legitimidade para pleitear direitos fundamentais no regime Irlandês, uma vez que isso está restrito aos indivíduos

titulares desses direitos. Por fim, ao debruçar-se sobre a existência de um direito ao meio ambiente saudável, de forma implícita na Constituição, decidiu que não é possível reconhecê-lo, pois se trataria de um direito muito vago, ou já compreendido pelos direitos à vida e à integridade física.

Deste modo, pode-se antecipar que a decisão foi um marco nos litígios climáticos europeus, no qual diversos aspectos merecem análise. Ora em movimento de mais rigidez em relação à crise climática, ora atenuando seu impacto dentro do regime de direitos fundamentais da Irlanda.

## **1 PONTOS DE CONCORDÂNCIA E PONTOS DE DISPUTA ENTRE AS PARTES**

Referindo-se aos litígios climáticos em sentido estrito, é possível afirmar que sua natureza é estrutural. Isso por conta da dimensão estrutural do problema que enfrentam. A crise climática se desenvolve em escala global, estando na agenda da política internacional principalmente a partir dos anos 1990, quando foi firmada Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas em 1992. Portanto, trata-se de um problema estrutural. Conforme Vitorelli (2018, p. 340), é comum que as controvérsias estruturais contenham diversos pontos sensíveis, sendo policêntricas. É o que se observa no presente caso.

### **1.1 A ciência por trás das mudanças climáticas**

Um ponto que merece destaque no contencioso é que o Governo da Irlanda e a FIE concordam sobre os dados científicos expostos no litígio, que comprovam a dimensão alarmante da crise climática. Esse ponto de convergência é importante, pois todo o debate em torno do tema só pode avançar a partir desse consenso. Conforme Anthony Giddens (2018, p. 41), o órgão mais qualificado para o monitoramento climático global é o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas das Nações Unidas (IPCC), nessa perspectiva, existe uma base científica global para dimensionar a questão. Suas consequências, segundo o relatório do IPCC, serão extremas se atingirmos um patamar de aquecimento de 1,5 graus celsius das temperaturas globais. Se esse aquecimento chegar em 2 graus, será um desastre

de largas dimensões (KAHL; WELLER, 2021, p. 2-3). A divergência que se sobressai, no precedente estudado, é se o Governo é obrigado a tomar determinadas medidas perante os dados científicos existentes (IRLANDA, 2020, p.2).

## **1.2 Incompatibilidades entre a Lei de Ação Climática e de Desenvolvimento de Baixo Carbono de 2015 e o Plano Nacional de Mitigação de 2017**

Na análise da decisão da Suprema Corte Irlandesa, não pode ser desconsiderada a manifesta incompatibilidade entre a Lei de Ação Climática de 2015 e o Plano Nacional de Mitigação de 2017, reconhecida pelo Tribunal. Observa-se que as diretrizes para a elaboração do plano estão previstas no art. 4º da Lei

Um plano nacional de mitigação deve - a) especificar a forma como é proposto para atingir o objetivo de transição nacional, b) especificar as medidas políticas que, na opinião do Governo, seriam necessárias para gerir as emissões de gases com efeito de estufa e a remoção dos gases com efeito de estufa a um nível adequado para promover a realização do objetivo de transição nacional, c) ter em conta qualquer obrigação existente do Estado ao abrigo da legislação da União Europeia ou de qualquer acordo internacional referido na secção 2, e (d) especificar as medidas de política de mitigação (no presente Ato referidas como "medidas de mitigação setoriais") a serem adoptadas pelos Ministros do Governo, referidas na alínea (3)(a), em relação aos assuntos pelos quais cada um desses Ministros do Governo é responsável para efeitos de... (i) redução das emissões de gases com efeito de estufa, e (ii) permitir a realização do objetivo de transição nacional. (IRLANDA, 2015, tradução livre).

O ponto alvo de maiores críticas no Plano de 2017 se refere às alíneas "a" e "b" transcritas acima. Isto porque é um ponto incontroverso no processo que o Plano deixa de especificar quais medidas irá utilizar, a curto prazo, para atingir suas metas. O que o Governo afirma, é que a Lei dá a discricionariedade política para que o executivo tome suas posições. De outro lado, a Suprema Corte entendeu que, quando existe uma Lei de diretrizes básica, ainda que haja discricionariedade do Governo para regulamentá-la, ele se submete a essas diretrizes. A opção política climática

deixa, portanto, de ser meramente política, para compor o ordenamento jurídico e vincular a administração pública (BAIII, 2020, p. 33).

A decisão cita, ainda, trechos do Plano no qual transfere-se a questão das mudanças climáticas para momentos futuros, nos quais as tecnologias estarão mais avançadas e poderão propiciar uma transição energética com maior viabilidade econômica (WEDY; SARLET; FENSTERSIEFER, 2022, p. 2). Nisso, esvaziam-se as metas de curto prazo. Reitera-se que sua importância decorre do fato científico de que as emissões de gases de efeito estufa levam de 30 a 40 anos para impactar no clima do planeta (KELLEHER, 2021, p. 142). Menciona-se, por exemplo, que

Várias das propostas feitas no capítulo agrícola do Plano envolvem a realização de “mais pesquisas” em áreas como a genômica da carne bovina e as barreiras comportamentais que influenciam a participação dos agricultores em esquemas ambientais. Este capítulo do Plano também contém propostas um tanto vagas para “continuar a melhorar a transferência de conhecimento e o intercâmbio para os agricultores, desenvolvendo uma rede entre agências estatais e órgãos consultivos relevantes” e “desenvolver ainda mais o alcance e a profundidade das informações de sustentabilidade coletadas para carne bovina, laticínios e outros setores agrícolas. (IRLANDA, 2020, p. 28, tradução livre).

Nesse contexto, observa-se que uma regulamentação vaga é equiparável com ausência de regulamentação. A Suprema Corte também aponta pela necessidade do Plano ser permeado pela participação popular na sua elaboração, o que não ocorreu em 2017. Aponta-se que o Conselho Consultivo do Ato de 2015, órgão técnico, previsto em seu artigo 11, com representantes da sociedade civil e da comunidade científica, já descreveu a política ambiental do país como desastrosa e incongruente com seus compromissos internacionais (BAIII, 2020, p. 26). Acrescenta-se que se trata de um Plano para os próximos 33 anos (até 2050) que passará por revisões periódicas de 5 em 5 anos. Entretanto, o Plano apresentado em 2017 também é vago na construção de uma política ambiental para todo esse período, ao deixar diversos pontos para discussão apenas quando houver o desenvolvimento de tecnologias futuras (ADLEMANT; ASTON; BLAINEY, 2021, p. 306-308).

Por todas as razões acima expostas, avalia-se que a Suprema Corte Irlandesa assumiu uma postura condizente com a tendência europeia de proteção ao meio ambiente e à estabilidade climática do planeta ao descartar esse regulamento, visualizando o poder judiciário como guardião da correta aplicação da legislação climática e agende de coordenação da governança climática dos Estados (SARLET; FENSTERSEIFER, 2021, p. 525-526). Contudo, a Corte rejeitou os argumentos de direito da FIE por não a considerar parte legítima para pleitear direitos fundamentais em juízo, e deixou de reconhecer o direito ao meio ambiente como derivado da ordem constitucional irlandesa, como será abordado no próximo ponto.

## 2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DISPUTA

O caso em análise, como já antecipado, pautou-se na violação de direitos fundamentais por parte do Governo Irlandês a partir de uma perspectiva constitucional, bem como no sistema regional de direitos humanos europeu. Primeiramente, em relação à Constituição Irlandesa, considerou-se, por parte da autora, a existência de um direito não-enumerado ao meio ambiente, decorrente dos direitos fundamentais à vida e à integridade física<sup>4</sup>, que se encontraria violado pelo Plano Nacional de Mitigação Climática (WEDY; SARLET; FENSTERSEIFER, 2022, p.6).

No sistema europeu, a FIE apresenta como importantes os artigos 2º e 8º do *Human Rights Act*, de 2003. Eles determinam que os Estados-membros do Conselho da Europa têm uma obrigação positiva de cumprir suas funções de forma compatível com o regime da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH). A parte autora argumentou que a decisão da Suprema Corte dos Países Baixos no caso Urgenda, o qual foi decidido com fundamentos na Convenção (PAÍSES BAIXOS, 2019, p. 35-36), deveria ser levada em conta no caso irlandês, pois o país também se submete aos postulados de direitos humanos europeus. Porém, em questionável deliberação, a Corte não conheceu das alegações de direitos fundamentais, por declarar a FIE parte ilegítima para pleiteá-los. (ASTON; ADLEMANT; BLAINEY, 2022, p. 309-310).

---

<sup>4</sup> Previstos no Artigo 40, ponto 3 da Constituição da Irlanda de 1924 revisada em 2019. (IRLANDA, 2019).

## 2.1 As restrições à legitimidade de ONGs na jurisdição constitucional irlandesa

Tanto no julgamento do Tribunal Superior, quanto na apelação à Suprema Corte, foi alegada a ilegitimidade da organização FIE para propor a ação. A jurisprudência irlandesa – ressaltando-se aqui que se trata de um ordenamento da família *common law* – reiteradamente resistiu à instituição de uma *actio popularis*, aqui entendida como ação na qual um particular pleiteia questão de direito público em favor de uma coletividade (AAKEN, 2006, p. 32) Na lei irlandesa, entende-se que apenas tem legitimidade quem efetivamente tem seu direito violado (BAIII, 2020, p. 32). Existem exceções na jurisprudência da Suprema Corte em questões de relevância constitucional ou relacionadas à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Contudo, no caso em tela, decidiu-se que a FIE não demonstrou o porquê de sua demanda não poder ser ajuizada por pessoas que individualmente sentiram seus direitos fundamentais ameaçados pelo Plano Nacional de Mitigação.

Nesse ponto, concorda-se com a crítica de Kelleher, 2020, p. 4, que afirma que foi falha a decisão de não incluir esse caso nas hipóteses de exceção. Argumenta-se que na própria jurisprudência europeia em matéria climática, no Brasil e nos Estados Unidos, a litigância climática recorrentemente se desenvolve por meio de ações de caráter coletivo (CARVALHO; BARBOSA, p. 66-67). Entretanto, embora problemática a posição jurisdicional da Suprema Corte da Irlanda nessa questão, é possível constatar que ela decorre da própria percepção do direito ao meio ambiente equilibrado no ordenamento jurídico do Estado, que não o reconhece de forma autônoma.

## 2.2 Negativa ao reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado

O ponto mais controverso da decisão, encontra-se precisamente na discussão sobre meio ambiente equilibrado como direito fundamental não-escrito, ou derivado no direito irlandês. A ideia construída pela jurisprudência irlandesa de direitos fundamentais não-escritos, no contexto de uma constituição com um restrito rol de direitos fundamentais, se aproxima na ideia de direitos implícitos ou decorrentes, no

contexto do regime constitucional brasileiro. Conforme se refere Ingo Sarlet, a respeito desses direitos:

Devemos ter em mente que a tarefa do Judiciário, no campo da identificação e localização dos direitos fundamentais situados fora do catálogo da Constituição é, acima de tudo, a de identificar e revelar o que já existe, ainda que de forma implícita, sem prejuízo de uma atividade criadora de cunho suplementar e ampliativo. (SARLET, 2018, p. 144)

Mesmo de antemão não reconhecendo os direitos pleiteados pela FIE no processo, a Suprema Corte optou por adereçar esse tema, por ter sido ventilado no Tribunal Superior e repetido na apelação apresentada. Nesse momento, julgou-se que tal direito não poderia ser inferido do texto constitucional. O argumento central do Ministro *Justice* Clarke ao adereçar a questão, foi o de que esse direito, que poderia derivar dos direitos fundamentais expressos à vida e à integridade física, se ultrapassa-se o escopo desses direitos, seria vago demais para sua própria judicialização (BAIII, 2020, p. 41-42). Lê-se em trecho da decisão: "Ao indicar que considero o direito afirmado a um meio ambiente saudável um acréscimo desnecessário (se não for além do direito à vida e o direito à integridade corporal) ou inadmissivelmente vago (se for)" (BAIII, 2020, p. 40).

Nesse ponto, se observam como precisas as críticas esboçadas por Wedy, Sarlet e Fenstersifer (2021, p.6), que colocam que o judiciário irlandês manifestamente ignorou desenvolvida doutrina internacional – inclusive europeia – que se ocupa de delimitar e constituir a dogmática por trás do direito ao meio ambiente equilibrado. Não parece razoável tratar como *vago* um direito fundamental, assim considerado em diversos Estados, que tem aplicação recorrente e cortes constitucionais de todo o mundo. Também é importante a crítica de Kelleher (2020, p. 5), que coloca que os direitos fundamentais, em certa medida, são vagos por natureza, uma vez que são interpretados como normas-princípio ou mandados de otimização.



### 2.2.1 Doutrina relevante em torno da autonomia do direito ao meio ambiente

No campo doutrinário, é possível citar diversas contribuições relevantes na construção do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Embora não caiba no presente estudo efetuar uma revisão bibliográfica completa do tema, podem ser mencionados os autores que apontam para uma virada ecológica no direito constitucional. No cenário brasileiro, cabe apontar a visão de Antônio Herman Benjamin (2007, p. 59) que aponta para a ecologização da Constituição de 1988 e para uma virada filosófica em relação ao paradigma jurídico antropocêntrico. Posição também firmada por Sarlet e Fensterseifer (2021, p. 36-37), que apontam para uma leitura ecológica da Constituição Federal, que traz em diversos momentos o direito ao meio ambiente, tendo-o como direito fundamental e dever do Estado, conforme seu Artigo 225, reiteradamente afirmando-o como parte de sua ordem social e econômica.

Sob a ótica Europeia, no mesmo sentido, cita-se, de forma exemplificativa, a obra de Vasco Pereira da Silva (2022, p. 4-5), que aponta que a previsão da proteção do meio ambiente no art. 27 da Carta Europeia de Direitos Fundamentais gera um “efeito espelho” na medida em que o direito passa a se inserir, na perspectiva multinível, na ordem jurídica dos Estados-membros da União Europeia. O que se observa, é uma falha do juiz irlandês em perceber a produção acadêmica e judicial em torno do direito ao meio ambiente, ao classificá-lo como vago, ou irrelevante na decisão analisada.

### 2.2.2 Retrocesso ambiental por via judicial?

O não reconhecimento do direito ao meio ambiente equilibrado na Irlanda, principalmente dentro de um contexto no qual ele se mostra já desenvolvido no âmbito da União Europeia (SILVA, 2022, p. 7), desperta interessante discussão a respeito de um possível retrocesso, por via judicial, veiculado pela Suprema Corte na decisão ora analisada. Salienta-se aqui que o retrocesso ambiental, ou ecológico, por mais que seja lembrado frequentemente como meio de coibir o legislador infraconstitucional ou o poder executivo de dismantelar o sistema de proteção

ambiental de um Estado (ROTHENBURG, 2012, p. 266), também pode ocorrer por meio de decisões judiciais. É o que sugerem que ocorreu nessa decisão da Suprema Corte Wedy, Sarlet e Fensterseifer:

A parte da decisão que refere que um direito ao ambiente pode não acrescentar qualquer proteção adicional para além dos direitos estabelecidos à vida e à integridade física é, para além de um desalento, contrária ao que já foi decidido nos "casos Leghari e Urgenda". Apenas a título de exemplo, nesse ponto a decisão pode ser um retrocesso no reconhecimento de direitos constitucionais importantes em sede de litígios climáticos (WEDY, SARLET; FENSTERSEIFER, 2022, p.6).

O primeiro ponto que pode ser questionado a respeito desse posicionamento, seria o de que a decisão não consiste em um retrocesso em relação aos direitos fundamentais previstos na Constituição Irlandesa. O raciocínio é que, uma vez que o texto constitucional não prevê expressamente o direito ao meio ambiente equilibrado, a decisão que deixa de reconhecer esse direito de forma implícita não retroage em relação ao regime que já está vigente. O direito que já não era reconhecido apenas permaneceu sem reconhecimento.

Contudo, se observam problemas dessa linha de interpretação decorrentes de sua superficialidade. Primeiramente, é errôneo pensar no constitucionalismo irlandês fora do contexto internacional do sistema de direitos humanos das Nações Unidas e do sistema de direitos humanos europeu. É necessário interpretar a questão sob a ótica do constitucionalismo multinível, que considera os diversos sistemas de direitos humanos e fundamentais que envolvem o Estado Irlandês (PIOVESAN, 2014, p. 143). Tendo em vista o complexo arcabouço normativo internacional de proteção ambiental (WEDY, 2019, p. 28-30) e a presença desse direito expressa na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, reafirmar que ele não pode ser reconhecido em decisão judicial, pode sim ser considerado um retrocesso. O parâmetro, portanto, não se limita ao direito interno.

Ainda que a medida fosse compreendida como mera estagnação, deve ser colocada a posição de que o "não-progresso", tratando-se de questões climáticas,

nas quais as medidas de mitigação se impõem, também significa um retrocesso jurídico diante do arcabouço normativo internacional que trata das mudanças climáticas. Benjamin (2012, p. 57-60) coloca que, assim como o progresso parece ser um fator crucial no meio social, ele também é na proteção ambiental. Desse modo, entende-se que a decisão da Suprema Corte, ao deixar de reconhecer um direito ao meio ambiente equilibrado, viola o princípio geral do direito ambiental de proibição de retrocessos (PRIEUR, 2012, p. 14). Nesse quesito, cabe apontar como avançado e condizente com as normativas internacionais sobre mudanças climáticas o tratamento constitucional brasileiro desse direito, que goza de *status* fundamental na Constituição de 1988 (SARLET, 2018, p. 119).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo buscou-se analisar a decisão da Suprema Corte Irlandesa no caso *Friends of Irish Environment vs. The Government of Ireland*, sobretudo considerando a relevância do caso para litigância climática na Europa e a decisão do Tribunal no sentido de não reconhecer um direito fundamental não-enumerado ao meio ambiente equilibrado. Em primeira análise, pode-se concluir que o Caso se insere em um contexto no qual os tribunais constitucionais europeus passam a, gradativamente, assumir um papel chave para garantir a eficácia de compromissos climáticos dos Estados. É o que se observou no mencionado caso Urgenda, do Reino dos Países Baixos, bem como no caso em análise, nos quais se questionam ações – ou omissões – do poder executivo no sentido de garantir a redução da emissão de gases do efeito estufa.

Por outro lado, foram apresentados na análise elementos da decisão divergentes dessa noção protetiva, observada no direito internacional, a respeito das mudanças climáticas. Dentre eles, cita-se a recusa da Suprema Corte em acolher o pleito de uma ONG ambientalista em matéria de direitos fundamentais e a recusa ao entendimento de que o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado pode ser inferido da Constituição da Irlanda. Nesses aspectos, apontou-se que ocorre um retrocesso, por meio da decisão judicial, tomando como paradigma a proteção do

meio ambiente consolidada tanto no sistema europeu de direitos humanos, quanto no sistema das Nações Unidas.

## REFERÊNCIAS

AAKEN, A. V. Making International Human Rights Protection. In: **Conferences on new political economy**. Mohr Siebeck, 2006.

ABI-EÇAB, P. Mudanças climáticas nas jurisprudências estrangeiras e brasileira. In: GAIO, A. (org). **A política nacional de mudanças climáticas em ação: a atuação do Ministério Público**. Belo Horizonte: Abranda, 2021.

ALSTON, P., ADELMANT, V. BLAINEY, M., Courts, Climate Action and Human Rights: Lessons from the Friends of the Irish Environment v. Ireland Case In: RODRIGUEZ-GARAVITO, C. (edit.). **Litigating the Climate Emergency**: How Human Rights, Courts and Legal Mobilization Can Bolster Climate Action. Cambridge University Press, 2022.

BAIII. Supreme Court of Ireland Decisions. **Friends of the Irish Environment CLG V. The Government of Ireland and the Attorney General**. Disponível em: <https://www.bailii.org/ie/cases/IESC/2020/2020IESC49.html>. Acesso em: 26/11/2022.

BENJAMIN, A. H. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 81p

BENJAMIN, A. H. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. **Princípio da proibição do retrocesso ambiental**. Brasília, DF: Senado Federal, p. 55-73, 2011.

CARVALHO, Délton Winter de; BARBOSA, Kelly de Souza. Litigância climática como estratégia jurisdicional ao aquecimento global antropogênico e mudanças climáticas. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 16, n. 2, p. 54-72, 2019

GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

IRLANDA, **Climate action and low carbon development act, 2015**. Disponível em: <https://climate-laws.org/geographies/ireland/laws/climate-action-and-low-carbon-development-act-2015>. Acesso em: 25/11/2022.

KAKL, W; WELLER, M. **Climate Change Litigation**, Munique: CH Beck, 2020.

KELLEHER, O. **The Supreme Court of Ireland's decision in Friends of the Irish Environment v Government of Ireland** ("Climate Case Ireland"). 2020. Disponível em: [ejiltalk.org/the-supreme-court-of-irelands-decision-in-friends-of-the-irish-](http://ejiltalk.org/the-supreme-court-of-irelands-decision-in-friends-of-the-irish-)

environment-v-government-of-ireland-climate-case-ireland/. Acesso em: 30/11/2022

KELLEHER, Orla. A critical appraisal of Friends of the Irish Environment v Government of Ireland. **Review of European, Comparative & International Environmental Law**, v. 30, n. 1, p. 138-146, 2021.

OTTO, F. E. L. The art of attribution. **Nature Climate Change**, v. 6, n. 4, p. 342-343, 2016.

PAÍSES BAIXOS, Supreme Court. Urgenda Foundation vs. The State of Netherlands. Disponível em: <https://www.urgenda.nl/en/themes/climate-case/>. Acesso em: 20/11/2022.

PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari. Climate change litigation. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 16, n. 1, p. 21-38, 2020.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 6, n. 2, p. 142-154, 2014.

PRIEUR, Michel. O princípio da proibição de retrocesso ambiental. **O Princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal**, p. 11-54, 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade. **Colóquio internacional sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental**, p. 247-270, 2012.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito Constitucional Ecológico**: Constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza, 7ª edição rev. atual. ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

SARLET, I. W.; WEDY, G.; FENSTERSEIFER, T. O 'caso Neubauer e outros v. Alemanha' e os direitos fundamentais. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-08/direitos-fundamentais-neubauer-outros-alemanha-direitos-fundamentais>. Acesso em: 22/11/2022.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. **Direito e Democracia**, p. 457, 2007.

VAN DER VEEN, G. A; DE GRAAF, K. J. Climate change litigation in the Netherlands – the Urgenda case and beyond. In: KAKL, W; WELLER, M. **Climate Change Litigation**, Monique: CH Beck, 2020, p. 363-4035.

VITORELLI, E. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. In: **Revista de Processo**. 2018. p. 333-369.

SILVA, V.P. (2022). Green Constitution: The Right to the Environment. In: CREMADES, J., HERMIDA, C. (eds) **Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism**. Springer, Cham. 2022.

WEDY, G. **Litígios climáticos**. Salvador: JusPodium, 2017.

WEDIY, G.; SARLET, I; FENSTERSIEFER, T. O precedente irlandês e o constitucionalismo climático. **Revista Consultor jurídico**, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-01/ambiente-juridico-precedente-irlandes-constitucionalismo-climatico#:~:text=Desde%20os%20anos%201960%20os,do%20parlamento%20e%20do%20governo. Acesso em: 01/12/2022.>

## 25. O CASO UBER: O JUÍZO ACERCA DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA PLATAFORMA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

*THE UBER CASE: THE JUDGEMENT OF THE EUROPEAN UNION COURT OF JUSTICE ON THE LEGAL FRAMEWORK OF THE PLATFORM*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-25>

*Nicole Schultz Della Giustina<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

O caso C434/15 submeteu ao crivo do Tribunal de Justiça da União Europeia o juízo acerca do enquadramento jurídico da plataforma Uber. O resultado do julgamento, contudo, não representa mera formalidade, na medida em que implica certas garantias de proteção à prestação destes serviços em face de legislações restritivas nacionais, ou ainda o reconhecimento de possível necessidade de restrição ou proibição de funcionamento da plataforma por concorrência desleal. Diante da fundamentação proferida no julgamento, propõe-se a análise de suas repercussões perante o princípio constitucional brasileiro da livre iniciativa e livre concorrência.

Palavras-Chave: Uber; inovação; serviços de transporte; livre iniciativa.

### **ABSTRACT**

The case C434/15 submitted the legal framework of the Uber platform to the scrutiny of the Court of Justice of the European Union. The judgment, however, does not represent a mere formality, insofar as it implies certain guarantees of protection for the provision of these services in the face of restrictive national legislation, or even the recognition of a possible need to restrict or prohibit the operation of the platform due to unfair competition. In view of the reasoning given in the judgment, it is proposed to analyze its repercussions on the Brazilian constitutional principle of free enterprise and free competition.

Keywords: Uber; innovation; transport services; free enterprise.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), especialista em advocacia trabalhista pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI) e graduada em Ciências jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

## INTRODUÇÃO

O caso sob análise foi julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em dezembro de 2017, referindo-se, essencialmente, ao enquadramento jurídico e à regularidade dos serviços fornecidos pela Uber no contexto da sociedade da informação, uma vez que, enquanto produtos que supostamente se vinculavam a esta nova economia, não se submetiam às regras dos serviços de transportes tradicionais, abrindo espaço de trabalho a motoristas não profissionais e deixando de observar as regras de obtenção de licenças ou autorizações administrativas para a prestação de seus serviços.

A questão foi levantada pela *Asociación Profesional Elite Taxi*, atuante em Barcelona, Espanha, que, em face da situação supra indicada, pretendia a declaração de ilegalidade das atividades da Uber, bem como buscava o reconhecimento da ocorrência de práticas enganosas e concorrência desleal por parte da empresa. Ao fim, pretendia a proibição de exercício de suas atividades [Uber] no país.

Confrontado com tal cenário, o Tribunal de Comércio nº 3 de Barcelona submeteu quatro questões jurídicas prejudiciais ao Tribunal de Justiça. São elas: (1) em face das características particulares do modelo de negócios da Uber, qual o enquadramento jurídico mais adequado de seus serviços, como transporte, como intermediação, ou como serviço próprio da sociedade da informação; (2) se não puder ser enquadrada puramente em qualquer das categorias anteriores, e sendo considerada ao menos parcialmente um serviço da sociedade da informação, gozaria das prerrogativas de proteção à livre prestação desses serviços assegurada pelas Diretivas vigentes<sup>2</sup>; (3) em sendo um serviço da sociedade da informação, haveria como se reconhecer, ainda assim, a ocorrência de concorrência desleal na forma da Lei, tendo em vista que a necessidade de observância das disposições jurídicas internas de um país acerca da regulação de uma atividade, que não poderia restringir de forma desproporcional o princípio da liberdade de estabelecimento (ou livre iniciativa); e (4) se houver alguma restrição, como a exigência de licenças ou

---

<sup>2</sup> Em específico, a proteção questionada dizia respeito ao art. 3º, nº 2 da Diretiva 2000/31: "Os Estados-Membros não podem, por razões que relevem do domínio coordenado, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro.



determinação de cessação da prestação dos serviços com base em legislação nacional de Estado-Membro, se isto representaria afronta à Diretiva da União Europeia que protege este tipo de serviço, já mencionada anteriormente.

A fim de decidir a questão, o Tribunal expôs a controvérsia central, ou seja, definir qual a natureza do serviço prestado pela Uber, se de transporte ou se característico da sociedade da informação. Este enquadramento definiria, por conseguinte, o regime jurídico e as exigências aplicáveis à empresa.

Assim, enfrentando o problema, pondera o Tribunal que, não obstante os serviços prestados pela Uber se diferenciem de um serviço de transporte tradicional, bem como sejam inicialmente identificados com a sociedade da informação, seria inequívoco que geram uma oferta de serviço de transporte, para além da mera intermediação. Esta última - e a própria tecnologia envolvida - são apenas partes de um todo, onde o serviço essencialmente prestado é de transporte.

Tendo em vista tal entendimento, restariam afastadas as proteções conferidas pelas Diretivas acerca dos serviços da sociedade da informação, aplicando-se as regras específicas aos serviços de transportes, cabendo ao Estado-Membro, ao fundo, regulá-las e restringi-las como entendesse cabível. Ainda, ficaram prejudicadas as duas últimas questões suscitadas pelo Tribunal do Comércio de Barcelona, na medida em que, não havendo enquadramento daqueles serviços no âmbito normativo da União, não haveria ponderação a ser feita relativamente às normas nacionais conflitantes.

A decisão apresentada provoca diversos reflexos, principalmente na seara trabalhista e constitucional. A abordagem específica que se pretende adotar, contudo, é referente ao enquadramento do serviço como de transporte pelo TJUE, o que remete à possibilidade de regulação da atividade como se de transporte tradicional fosse, bem como a dificuldade de enquadramento do serviço na ideia de sociedade da informação, e a possibilidade de interpretação deste julgado perante esta nova realidade de inovações tecnológicas dependentes de um princípio constitucional basilar, fundamento da República Federativa do Brasil: a livre iniciativa.

Vale lembrar que na época de entrada do Uber no Brasil, assim como em vários países do mundo eclodiram manifestações e protestos, bem como legislações

estaduais e municipais proibindo integralmente a utilização do serviço, mesmo em cidades como Rio de Janeiro e São Paulo, além de ideias de barrar o serviço privado e incorporar a inovação por trás do aplicativo ao serviço tradicional de táxis (MARTÍN, 2015), de modo que a questão não se encontra cindida ao cenário europeu, ainda que a decisão sob comento tenha sido lá proferida.

O que se tenciona compreender é as construções argumentativas que embasaram a decisão proferida no âmbito no TJUE, analisando-as à luz do princípio constitucional da livre iniciativa e da necessidade de proteção da inovação tecnológica, consagrada constitucionalmente pela Emenda n 85/2015 no Brasil.

## 1 A LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA

O julgamento do caso referente à Uber pelo TJUE tem como ponto central, para a presente análise, o entendimento de que, mesmo diante de todas as inequívocas inovações trazidas na forma de viabilizar a locomoção de pessoas diariamente nas cidades ao redor do mundo, tal serviço não seria considerado um serviço próprio da sociedade da informação, mas sim um serviço de transporte tradicional, sujeito às regulações de cada Estado-Membro, inclusive sendo possível a exigência de licenciamento prévio aos motoristas, como no caso da legislação aplicada aos taxistas na Espanha, ou mesmo a imposição de cláusulas de barreira verdadeiramente intransponíveis, tendo a Uber, inclusive, deixado de operar em países como Inglaterra e Alemanha (REUTER, 2019) posteriormente.

Avaliando o argumento principal utilizado no julgado, verifica-se um posicionamento que retira deste modelo de plataforma seu caráter inovatório de fundo, reduzindo-o a um serviço de transporte como objeto global da empresa. Entretanto, é atribuído à Uber, muitas vezes, o início (FONSECA, 2017) de uma revolução nos mais diversos campos da sociedade, como por exemplo o trabalho (abrindo espaço para a *gig economy*) ou o consumo (que agora tem cada vez mais

opções na modalidade *on-demand*), o que acabou sendo visto como aspecto secundário ao mero serviço de transporte por ela fornecido<sup>3</sup>.

A ausência de distinção ou de verdadeira valorização dos pontos cruciais que diferenciam o serviço prestado pelas plataformas digitais daqueles tradicionais (no campo dos transportes, conforme o caso), traz a posterior dificuldade de moldar as regras, também tradicionais, a algo de novo. A exigência de licenças ou autorizações a cada motorista (não profissional, lembra-se) da Uber, ou mesmo a dependência de uma autorização pública para funcionamento da empresa no país (como no caso da Inglaterra) sujeita as tecnologias de plataforma análogas, em todas suas inovações, a enfrentar barreiras de entrada no mercado europeu (LISO, 2018), o que, sob um viés constitucional brasileiro, poder-se-ia criticar com base no caro princípio da livre iniciativa.

Aqui, é preciso partir da premissa de que a livre iniciativa, fundamento da República e da Ordem Econômica no Brasil é garantia rara em termos de proteção constitucional, devendo ser honrada a sua inclusão na Constituição Federal. Em sentido diametralmente oposto, o tema da intervenção do Estado na economia é antigo e comum em várias realidades e épocas da história, tendo sido a conquista dos direitos fundamentais justamente uma resposta a estas interferências.

A livre iniciativa tem sua origem justamente nesse histórico de intervenção, mais especificamente na restrição das atividades econômicas e profissionais vivida no tempo das corporações de ofício. A mudança desse cenário se iniciou com o crescimento do poder econômico da burguesia, ganhou espaço no Estado liberal, e sofreu flutuações pendulares em sua força ao longo dos anos, passando pelo *Welfare State* e pelos movimentos neoliberais. Ainda assim, sempre se resumiu à busca por uma menor intervenção do Estado nas atividades econômicas e maior autonomia dos entes privados (GARCIA; TAVARES, 2016).

Para além da livre iniciativa, há que se mencionar outros princípios em voga no caso em tela, como a livre concorrência e o valor social do trabalho. Este último anda em eterno balanço com a livre iniciativa, demandando ponderações constantes,

---

<sup>3</sup> Sinal-se que, em 2018, a mesma Corte analisou caso similar, referente aos serviços do Airbnb, reconhecendo-o como serviço da sociedade da informação, em sentido diametralmente oposto ao caso da Uber (C-390/18)

enquanto a primeira representa, em parte, um desdobramento da livre iniciativa, garantindo que haja um mercado concorrencial por meio da livre entrada e atuação no mercado, mas também lhe serve de complemento autônomo na medida em que impõe certas regras ao exercício da livre iniciativa, que, dessa forma, não pode ser exercida com práticas anticoncorrenciais (GOMES, 2008).

## 2 O INTERESSE PÚBLICO

As preocupações mencionadas anteriormente contrapõem-se fortemente ao interesse público por trás do setor de transportes, setor de utilidade pública, essencial para a sociedade e cuja regulação, conforme mencionado no teor da decisão sob análise, reporta-se à legislação do Estado-Membro. Com efeito, enquanto atividade essencial, justificam-se certas restrições ou barreiras na atividade, com o fim, comumente, de garantia na promoção do serviço (de transporte), garantia dos preços não arbitrários e complementariedade modal (CASTRO, 2000).

Especificamente em relação ao transporte por táxis, a regulamentação ainda se justifica, em especial quanto à regulação de entrada, em uma preocupação com a segurança do transporte e com os preços arbitrários (PRODUCTIVITY COMMISSION, 1999). As falhas atribuíveis a este serviço também estão concentradas nessas preocupações, haja vista existir uma assimetria de informações e um monopólio situacional na relação entre o consumidor e o prestador do serviço quanto a, por exemplo, a qualidade e manutenção do veículo no qual são transportados, ou mesmo a fixação de preço e rota (LIMA, 2020).

Ocorre que a inovação e a tecnologia tornaram ainda mais anacrônicas preocupações como estas, ao menos no caso concreto da Uber. A plataforma tornou as informações relativas ao serviço prestado muito mais transparentes, valendo o destaque à possibilidade de definir e acompanhar o trajeto feito pelo motorista, prever os valores a serem despendidos, realizar avaliações e ler avaliações de outros usuários como medida de controle de qualidade, seguro oferecido pelo aplicativo, dentre outras soluções.

Pontua-se, contudo, que a falha relativa às externalidades negativas decorrentes do alto número de pessoas, especialmente em situações de crise, que se voltam a este tipo de trabalho (LIMA, 2020) não parece ser superada pelos aplicativos de transporte, pelo contrário.

Ainda assim, os benefícios são inegáveis e atraem milhares de usuários ao redor do mundo. No Brasil, a plataforma contava com cerca de 22 milhões de usuários em 2020 (UBER, 2020), sendo que as vantagens não ficam restritas ao transporte em si, visto que o dinamismo de locomoção promovido pelas plataformas digitais trouxe preços atrativos, incluiu consumidores que sequer utilizavam táxis no mercado gerou o chamado excedente de consumidor em valores que superavam US\$18 milhões por dia nos EUA (COHEN et al, 2016), em seus primeiros anos.

Assim, não apenas inexistem base fática robusta acerca da necessidade da regulação de entrada para proteção dos consumidores, como a regulação proibitiva nesse aspecto seria prejudicial a este grupo, na medida em que a retirada da Uber do mercado impactaria negativamente os cerca de 122 milhões de consumidores da plataforma ao redor do mundo (UBER, 2020).

Na realidade da Espanha, abordada no voto, verifica-se a imposição, justamente, de regras de entrada no negócio da prestação de serviços de transporte individual de passageiros, onde são exigidos dos táxis licença prévia para cada veículo destinado à atividade, emitida por autoridade local, e sujeita à autorização do Ministério do Governo Regional (Lei nº 19/2003), normas estas às quais não se sujeitavam as plataformas digitais como a Uber, o que denotava situação de concorrência desleal entre os serviços.

### **3 A INVIABILIZAÇÃO DA INOVAÇÃO COMO AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

A decisão final proferida pelo TJUE, contudo, reconhecendo a Uber como empresa de transporte, implicou a possibilidade de exigência de adequação dos motoristas não profissionais que utilizam a plataforma às regras vigentes no país. E este posicionamento, dentre outras repercussões, põe dúvidas acerca da viabilidade de continuidade do negócio proposto pela plataforma, como já pontuado, mas também suscita dúvidas acerca da proteção adequada necessária à inovação.

Cumpra sinalizar que, como paralelo brasileiro à decisão do Tribunal de Justiça sob comento, estão a ADPF nº 449/DF e a RE nº 1.054.110, ambas julgadas no Supremo Tribunal Federal (STF) em 2019, após a decisão europeia, e que igualmente debateram a viabilidade da inserção da Uber no mercado de transporte brasileiro, ainda que em circunstâncias fáticas diversas, mas que também perpassam de forma aprofundada o princípio constitucional da livre iniciativa e as imposições da inovação em geral.

Na ADPF nº 449, por exemplo, questionava-se a constitucionalidade da Lei Municipal de Fortaleza, nº 10.553/2016, que havia proibido o transporte de passageiros por carros privados<sup>4</sup>. O objetivo da legislação havia sido claro, qual seja, de barrar a entrada do Uber no mercado do transporte. Nesse mesmo sentido, o Tribunal do Comércio de Barcelona sinalizou, em seus questionamentos feitos ao TJUE, que haveria uma preocupação com o caráter inovatório por trás da plataforma Uber e uma possível barreira ou resistência gerada pela legislação nacional em relação a este serviço, ainda que fosse entendido como serviço próprio da sociedade da informação.

No cenário brasileiro, relembra-se que na Constituição de 1988 a livre iniciativa passou a figurar, ao lado da valorização do trabalho humano, como fundamento da Ordem Econômica e da própria República brasileira. A prioridade, portanto, passa a ser a liberdade, razão pela qual a regulação só se justifica em situações excepcionais (GARCIA; TAVARES, 2016).

No julgamento da ADPF nº 449, ao abordar a questão dos limites do poder regulador, objeto daquela decisão, o voto reitera a prevalência da *"proteção de liberdades (...) reservando-se apenas para situações excepcionalíssimas e justificadas a restrição governamental"* (STF, 2019, p. 14). Quanto esta vier a ocorrer, deve observar dois pontos principais: *"(i) ser informadas por um parâmetro*

---

<sup>4</sup> "Faço saber que a Câmara Municipal de Fortaleza aprovou e eu sanciono a seguinte lei: Art. 1º É vedado no município de Fortaleza o transporte público individual de passageiro sem a devida permissão legal. Art. 2º A infração ao disposto nesta Lei acarretará ao condutor a multa de R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais), aplicada até o limite de 4 (quatro) vezes o valor da multa, em caso de reincidência no período de 12 (doze) meses. Art. 3º As despesas com a execução desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário. Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário." PAÇO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA, em 23 de dezembro de 2016. Roberto Cláudio Rodrigues Bezerra - PREFEITO MUNICIPAL DE FORTALEZA

*constitucional legítimo e (ii) adequar-se ao teste de proporcionalidade"* (STF, 2019, p. 15). Neste último, como explica Sarlet (2021), deve se identificar (1) um elemento de adequação ou conformidade, no sentido de viabilidade de determinado meio para alcançar o fim pretendido; (2) outro de necessidade, ou seja, se há um meio menos gravoso este deve ser utilizado; e (3) a proporcionalidade em sentido estrito, que demanda uma comparação e ponderação entre os meios e fins, avaliando-se as questões de excesso e também de insuficiência, bem como as consequências, conflitos e reflexos. E este exercício de justificação da medida interventora constitui ônus do Estado, sendo o grau de exigência dessa argumentação "*variável de acordo com a gravidade da restrição proposta à liberdade*" (STF, 2019, p. 17).

No caso da Uber, resta evidente tratar-se de inovação. Veja-se que o Tribunal reconhece, de pronto (itens 34 e 35 da decisão), que o serviço prestado pela Uber não se amolda às características tradicionais de um serviço de transporte, na medida que intermedia a relação entre um motorista propriamente dito e o passageiro, aproximando-se mais da noção de um serviço da sociedade da informação.

No entanto, o enfoque dado pela decisão é de que não se trata de um serviço de tecnologia que apenas aprimora ou modifica a prestação de serviços já existentes. A inovação debatida criou um mercado e um modo de trabalho que não existiam previamente e que não existem sem a tecnologia promovida pela empresa. É notório que a grande maioria dos motoristas atuantes nestas plataformas não são profissionais de transporte, reconhecendo a Uber como uma fonte de renda (seja única ou extra). Sem a "intermediação" da Uber, não seriam - muito provavelmente - motoristas.

Há, de fato, uma criação de oferta, assegurada e mantida pela plataforma, que faz mais, portanto, do que a mera intermediação de prestadores e tomadores de serviços. Faz mais, também, que um serviço de transporte passível de sofrer o mesmo controle daqueles reconhecidos como transporte público individual de passageiros, como o caso do táxi. O fato de a empresa impor padrões de conduta, exigir certos veículos aos motoristas, controlar o preço ou escolher quem cadastrar ou descadastrar da plataforma dizem respeito muito mais a questões trabalhistas do que a necessidade de controle e intervenção do Estado, por meio da legislação restritiva, sobre a prestação de seus serviços.

Tais premissas já fornecem o ponto de vista sobre o qual deve se debruçar a análise desse confronto posto, em concreto, no enquadramento jurídico dos serviços da Uber: tem-se, de um lado, uma tentativa de subsunção de uma inovação à um enquadramento tradicional, e em contraponto existem direitos fundamentais, como a livre iniciativa, que, em sua essência e função, deveriam barrar estas arbitrariedades. E direitos estes que não foram banalmente inseridos pelo Constituinte, ao menos no Brasil, e aos quais se deve proteção por meio de fiscalização dos limites do poder regulador.

Assim, não se estaria a falar de uma absoluta prevalência dos direitos e liberdades fundamentais sobre o interesse público e a intervenção feita em nome deste. Ela pode ocorrer e ocorre (GARCIA; TAVARES, 2016). Mas esta mitigação da liberdade não poderia ocorrer tão somente porque ao final o serviço se assemelha ao de táxi, ou, nos termos da decisão, porque a plataforma teve seu caráter de inovação mitigado. Questiona-se, assim, a limitação que o poder de regular deve ter, mormente em face dos direitos fundamentais.

Frisa-se que o posicionamento que distingue fortemente os serviços prestados pela Uber daqueles de transporte prestados por taxistas não significa dizer que estão as plataformas digitais – ou as inovações tecnológicas em geral - imunes à regulação pelo Estado, sendo plenamente compatível a fixação com parâmetros mínimos de prestação do serviço (FORTINI, 2018).

Com relação ao argumento de concorrência desleal, deve-se relembrar que a livre concorrência encontra um pilar relevante na abstenção de regulação de entrada por parte do Estado, premissa já estabelecida, por exemplo, na Súmula Vinculante nº 49 do STF. A possibilidade de entrada de novos negócios é o que viabiliza a existência de uma concorrência, enquanto que o oposto, ou seja, a proibição, favoreceria o monopólio e os lucros e preços arbitrários.

A Ley 3/1991 (cuja inobservância por parte da Uber foi o estopim para a propositura da ação original) em seu art. 15, define a concorrência desleal como aquela que faz um competidor prevalecer no mercado por meio de infração legal<sup>5</sup>. Na

---

<sup>5</sup> Assim define o dispositivo: "Artículo 15. Violación de normas. I. Se considera desleal prevalecerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa."



interpretação do grupo de taxistas, a Uber deveria obedecer às normas referentes aos serviços de transporte público individual de passageiros no país, e o descumprimento destas normas levava ao enquadramento na situação de concorrência desleal.

Contudo, tomando por base a máxima de que aos iguais é devido o mesmo tratamento, e, aos desiguais, tratamento diferenciado, é patente que as diferenças dos serviços prestados pela Uber poderiam afastar qualquer alegada ilegalidade pela inaplicabilidade da norma e, por conseguinte, restaria juridicamente solucionado o debate sobre a concorrência desleal no âmbito da norma legal espanhola.

Já no campo político, é preciso reconhecer que a exploração desta atividade (transporte individual por táxis) se dá por meio de autorizações concedidas a um grupo, presumidamente restrito a motoristas profissionais, auferindo renda mediante remuneração do título que detém. Evidentemente, há que se voltar ao fundamento do interesse público na restrição do mercado de táxis. E a decisão de retirar este tipo de serviço da esfera privada, torna-lo público e sujeito às regras de permissão e autorização é uma decisão política (MAZZA, 2021).

Ocorre que, com o advento da tecnologia e da inovação nesta seara dos transportes por meio das plataformas digitais, não haveria um benefício à sociedade em geral na manutenção da restrição de mercado, mas sim uma manutenção um privilégio e interesse de poucos. Por outro lado, a entrada do Uber e aplicativos afins propiciou fonte de renda a um grupo quase irrestrito de trabalhadores, atingindo quase um milhão de brasileiros, por exemplo, em 2020 (UBER, 2020).

A discussão acerca da qualidade e/ou precarização desses postos de trabalho (e não emprego em si) é outro ponto, quase independente, visto que a garantia de direitos trabalhistas constitucionais não faz distinção ao tipo de vínculo, se empregatício tradicional ou não, e a dignidade da pessoa humana traz menos distinção ainda. O modo de assegurar esses direitos é que pode mudar, e talvez deva ser igualmente inovatório em face destas novas formas de trabalho. Não obstante, é inegável a geração de fonte de renda a inúmeras famílias, advindas das plataformas digitais.

Na sequência, ante a verificação de um privilégio, o binômio proteção e concorrência é mais facilmente solucionado, uma vez que pouco se justificaria a proteção do grupo de detentores de licença, no caso taxistas, quando os benefícios

da concorrência já são conhecidos e alcançam grupos mais relevantes dessa relação, como consumidores e trabalhadores.

E aqui ainda vale lembrar que a livre iniciativa é, ao fundo, uma expressão da liberdade humana, consistindo em direito fundamental que carece defesa como direito de todos, a fim de evitar os privilégios de poucos, detentores do poder econômico. Ainda que não seja um princípio absoluto, tem especial relevância na ordem constitucional – ao menos na brasileira - e demanda ponderação perante a intervenção estatal quando esta é indevida ou desproporcional, não se tratando de uma defesa meramente da empresa, mas da dignidade da pessoa humana (GARCIA; TAVARES, 2016).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A decisão proferida pelo TJUE no caso Uber repercutiu em diversas esferas e áreas jurídicas, dado que reconheceu os serviços prestados pela plataforma não como um serviço da sociedade da informação, mas como um serviço de transporte, sujeito, portanto, às regulações dos Estados-Membros e não digna de proteção pela União. Este aparentemente simples enquadramento abriu espaço para restrições incisivas e amplas em diversos países europeus, inclusive afastando as operações do aplicativo de algumas cidades importantes e países.

O posicionamento da Corte, nesse aspecto, reconheceu significativas inovações trazidas pelo modelo de negócio da empresa, mas as classificou, em certa medida, como aspectos secundários ao transporte em si, desconsiderando aqueles que, talvez, sejam as características mais relevantes e pioneiras de uma nova sociedade que desponta. Ainda, a negativa de proteção atrelada a este enquadramento acabou por submeter os serviços da Uber ao controle possivelmente exacerbado do Estado, ao menos na Espanha, onde como os taxistas, seriam enquadrados nas regras de exigência de licença concedidas por autoridades públicas como os taxistas, mas agora direcionadas ao funcionamento de uma empresa em si naquela localidade.

Neste contexto, pontua-se que, a despeito dos eventuais problemas gerados pela entrada de um novo modelo de serviços no mercado - dentre os quais ressalta-

se as externalidades negativas agravadas pelo grande contingente de trabalhadores informais que recorrem a essas plataformas – um exercício de proporcionalidade não permitiria a criação de barreira que inviabilize a continuidade do serviço, que representa, na essência, seu conteúdo inovatório.

A valorização da livre iniciativa e da livre concorrência, enquanto princípios fundamentais do Estado, estão clara e seguramente a frente de interesses de grupos particulares, ou mesmo do interesse público em específico no caso em tela, dadas as benesses geradas pelas plataformas digitais no ramo do transporte, que se assim não fossem, não teriam superado as barreiras regulatórias e se firmado no mercado brasileiro, por exemplo, estando presente nas vidas de milhares de motoristas e consumidores diariamente.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 05 de outubro de 1988: [s. n.], 1988.

CASTRO, Newton de. Privatização do setor de transportes no Brasil., p. 223-277. In: A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública. Brasília: BNDES, 2000. Disponível em: [https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/2222/1/2000\\_A%20privatiza%C3%A7%C3%A3o%20no%20Brasil\\_P.pdf](https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/2222/1/2000_A%20privatiza%C3%A7%C3%A3o%20no%20Brasil_P.pdf). Acesso em 17 set. 2022.

COHEN, Peter et al. Using big data to estimate consumer surplus: the case of uber. National Bureau of Economic Research, Working Paper 22627, 2016. Disponível em: [https://www.nber.org/system/files/working\\_papers/w22627/w22627.pdf](https://www.nber.org/system/files/working_papers/w22627/w22627.pdf). Acesso em 25 set. 2022.

FORTINI, Cristiana. Lei 13.640/18: fim da controvérsia sobre os aplicativos de transporte de passageiros? [s.l.], Conjur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/lei-1364018-fim-controversia-aplicativos-transporte>. Acesso em 18 set. 2022.

FONSECA, Lincoln Saldanha Fernandez. Fronteiras da precarização do trabalho: a uberização e o trabalho on-demand. XXXI Congresso Alas Uruguay 2017. Anais...Montevideo: 2017Disponível em: [https://www.easyclanners.net/alas2017/opc/tl/4083\\_lincoln\\_fernandez.pdf](https://www.easyclanners.net/alas2017/opc/tl/4083_lincoln_fernandez.pdf). Acesso em 20 out 2021.

GARCIA, Ricardo Lupion; TAVARES, Claudio Kaminski. Livre iniciativa: considerações sobre seu sentido e alcance no direito brasileiro. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, Recife, v. 88, n. 1, p. 148–175, Disponível em: [https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11571/2/Livre\\_Iniciativa\\_Consideracoes\\_sobre\\_seu\\_sentido\\_e\\_alcance\\_no\\_Direito\\_Brasileiro.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11571/2/Livre_Iniciativa_Consideracoes_sobre_seu_sentido_e_alcance_no_Direito_Brasileiro.pdf). Acesso em: 17 set. 2022.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. O princípio constitucional da livre concorrência: corolário da livre iniciativa ou princípio autônomo da ordem econômica? p. 331-346. In: Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. Brasília, Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iv-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-estado-e-economia-em-vinte-anos-de-mudancas/principios-gerais-da-ordem-economica-o-principio-constitucional-da-livre-concorrencia-corolario-da-livre-iniciativa-ou-principio-autonomo-da-ordem-economica#:~:text=A%20livre%20concorr%C3%Aancia%3A%20corol%C3%A1rio%20da%20livre%20iniciativa%20ou%20princ%C3%ADpio%20constitucional%20aut%C3%B4nomo%3F&text=25%20Inserir%20na%20tutela,173%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201988>. Acesso em 23 set 2022.

LIMA, Alyson Alves de. Intervenção do estado: serviços públicos, serviços de interesse público e os novos ramos da economia. 2020. 210f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2020.

LISO, Lourdes Moreno. El transporte colaborativo: ¿comercio electrónico o competencia desleal? (análisis del asunto Elite taxi v. Uber systems Spain, S. L.). em: Actas de derecho industrial y derecho de autor: XXXVIII, 2017/2018, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2018. Disponível em: <http://digital.casalini.it/4546733>. Acesso em 30 nov. 2022.

MARTÍN, Maria. Rio de Janeiro proíbe o Uber: prefeito quer copiar aplicativo para fiscalizar melhor o serviço dos táxis tradicionais. El País, 2015. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/01/politica/1443725900\\_366540.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/01/politica/1443725900_366540.html). Acesso em 25 set. 2022.

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PRODUCTIVITY COMMISSION. Regulation of the Taxi Industry. Commision Research Paper. Australia. 1999. Disponível em: <http://www.pc.gov.au/research/supporting/taxi-regulation/taxiregulation.pdf>. Acesso em 18 set. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 449. Rel. Min Luiz Fux. Julgado em 08/05/2019.

UBER. Fatos e dados sobre a Uber. Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>. Acesso em 25 set. 2022.

ESPAÑA. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Disponível em: <https://wipo.lex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/es/es021es.pdf>. Acesso em 19 nov 2022.

REUTERS. Tribunal proíbe Uber de operar na Alemanha: Segundo decisão, empresa não tem licença para serviços de transporte no país. Cabe recurso. Em: O Globo, 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/tribunal-proibe-uber-de-operar-na-alemanha-1-24148285>. Acesso em: 17 nov. 2022.



**PARTE III**  
**DIREITO, CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO**





## 26. O CASO CROOKES v. NEWTON DA SUPREMA CORTE DO CANADÁ E SUA IMPORTÂNCIA NA CONSTRUÇÃO DE CONTORNOS NORMATIVOS PARA AS RELAÇÕES COMUNICATIVAS NA INTERNET COM O EMPREGO DE *HYPERLINK*

*THE CASE CROOKES v. NEWTON OF THE CANADIAN SUPREME COURT AND ITS IMPORTANCE IN THE CONSTRUCTION OF NORMATIVE CONTOURS FOR COMMUNICATIVE RELATIONS ON THE INTERNET IN THE USE OF HYPERLINK*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-26>

Lucas Reckziegel Weschenfelder<sup>1</sup>

### RESUMO

Aprecia-se os principais elementos normativos discutidos no caso *Crookes. v. Newton*, julgado na Suprema Corte do Canadá, em 2011. O cerne da questão mostra-se na prática de inserção de *hyperlink* em artigo/texto publicado na internet, e eventual possibilidade de responsabilização, no caso de se aludir a conteúdo difamatório. Definiu-se que, o ato de se inserir *hyperlink* não pode ser equiparado a um ato de publicação do conteúdo difamatório, antepondo-o, antes, como uma ação referencial. Necessária se faz a análise completa da situação, se o texto não possui um teor explícito ou implicitamente difamatório, as frases utilizadas, palavras sugestivas, ou estética que possa endossar o conteúdo referenciado, bem como a modalidade de *hyperlink* utilizada, e o próprio material a que se faz alusão, se difamatório, ou não. A liberdade de expressão precisa ser aclimatada com o direito de proteção a reputação.

Palavras-chave: *Hyperlink*.; Liberdade de expressão. Responsabilidade.; Reputação.

### ABSTRACT

The main normative elements discussed in the *Crookes v. Newton* case, judged in the Supreme Court of Canada, in 2011, are appreciated. The crux of the matter is shown

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, bolsista CAPES/PROEX. Advogado.  
E-mail: lucasweschen@yahoo.com.br. iD: Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3929645670502613>.

in the practice of inserting hyperlink in na article/text published on the internet, and the possibility of liability, in the case of alluding to defamatory content. It was defined that the act of inserting a hyperlink cannot be equated with an act of publishing. It is necessary to carry out a complete analysis of the situation, if the text does not have a explicit ou implicitly defamatory content, the phrased used, suggestive words, or aesthetics that can endorse the referenced content, as well as the type of hyperlink used, and the material itself alluded to, whether defamatory or not. Freedom of expression needs to be acclimated with the right to reputation.

Keywords: Hyperlink.; Freedom of expression.; Liability.; Reputation.

## INTRODUÇÃO

O caso *Crookes v. Newton* foi julgado no Canadá, pela Suprema Corte do país norte-americano, em 19 de outubro de 2011 (SUPREME COURT OF CANADA, 2011). Participaram do julgamento Wayne Crookes e *West Coast Title Search Ltd.* como apelantes, e Jon Newton, como apelado. Demais, como *interveners*, participaram variadas associações interessadas. Como *Judges* do feito figuraram Beverley McLachlin, William Ian Corneil Binnie, Louis LeBel, Marie Deschamps, Morris J. Fish, Rosalie Silberman Abella, Louise Charron, Marshall Rothstein, e Thomas Albert Cromwell. O número de associações interessadas é simbólico, sintoma da relevância do julgamento, seja em razão do próprio tema, envolvendo a possibilidade, ou não, de responsabilização civil em circunstâncias de comunicação/liberdade de expressão na internet, em um ambiente digital-nacional-global, seja pelo fato de sua possível expressão institucional na jurisprudência do país, e desdobramentos para as dinâmicas e práticas sociais de usuários, bem como mercadológicas, políticas e estatais, na *web*<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Para uma síntese do debate abrangente sobre regulação de “plataformas” no Canadá (Bill C-11): SOLOMUN, Sonja.; POLATAIKO, Maryna.; HAYES, Helen A. Platform responsibility and regulation in Canada: considerations on transparency, legislative clarity, and design. *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 34, spring, 2021. Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/assets/digestImages/Solomun-Polataiko-Hayes.pdf>. Acesso em: 15 out. 2022. Para uma leitura com pontos críticos em relação ao cenário europeu, e as recentes iniciativas, em vezes, desconformes, correlacionadas entre a aprovação do *Digital Service Act*, e o projeto específico para as mídias, *European Media Freedom Act* (EMFA): BARATA, Joan. *Protecting media*

A centralidade do julgamento se confirmou enquanto precedente, o qual foi envolvido em variados casos subsequentes, por exemplo, no *Baglow v. Smith*, de 2015, definido em primeira instância, e, também, no *Weaver v. Corcoran*, de 2015, julgado na Corte de Apelo, ambos no Canadá. Adicionalmente, refere-se que, *Crookes v. Newton* influenciou em julgamentos de outros países, tal como no caso *Oriental Press Group Ltd v. Fevaworks Solutions Ltd*, de 2013, em Hong Kong, e no caso *Magyar Jeti Zrt v. Hungary*, pronunciado em sede da *European Court of Human Rights*, no ano de 2018<sup>3</sup>.

Nota-se, da síntese listada, o interesse nacional e internacional que as razões apreciadas e construídas no caso *Crookes v. Newton* suscitaram. Passa-se, assim, para uma ligeiro estudo a seu respeito.

O presente trabalho foi realizado com apoio da PUCRS através do Programa de Excelência Acadêmica – PROEX – CAPES.

## 1 CROOKES V. NEWTON – SÍNTESE FÁTICA-NORMATIVA

Jon Newton, doravante Newton, é proprietário e opera um *website* em British Columbia, no qual há matérias publicadas envolvendo variados temas, inclusive, sobre liberdade de expressão e internet. Em um dos artigos publicados em seu *website*, Newton realizou referência a outras publicações, de outros *websites*, via inclusão de *hyperlinks*, as quais faziam referência a informações sobre Wayne Crookes, doravante Crookes. Crookes, por isso, ajuizou ação judicial em face de Newton, considerando que, dois dos *hyperlinks* que este último criou, e indicou em seu artigo, faziam alusão a supostos materiais difamatórios, e, pelo fato de Newton estar empregando os referidos *hyperlinks*, estaria, conseqüentemente, publicando informações difamatórias a seu respeito.

---

content on social media platforms: the european media freedom act's biased approach. *Verfassungsblog*. Publicado em 25 nov. 2022. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/emfa-dsa/?fbclid=IwAR3GpnN7mpldwZmccznSFu25e9eS8QgG2-4UnYzZy0nfoxYuNgDdTfR5wdM>. Acesso em: 25 nov. 2022.

<sup>3</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Magyar Jeti Zrt v. Hungary. Application no. 11257/16, julgado em 4 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-187930>. Acesso em: 30 set. 2022.

Em primeira instância foi decidido que, a mera criação, e uso de *hyperlinks*, em um *website*, não poderia significar que alguém-terceiro, realmente, "cliquou" no link, e obteve acesso às informações difamatórias. O juízo decidiu que, o uso de *hyperlinks* poderia ser equiparado ao uso de notas de rodapé, uma vez que haveria somente referência a outra fonte de informação, sem, necessariamente, repeti-la. À vista de que não houve repetição do conteúdo referenciado, por Newton, não estaria configurada, também, a publicação das informações difamatórias, em seu artigo. Inclusive, foi apreciada a questão no sentido de que não havia, nos autos, evidencia suficiente que terceiros, efetivamente, haviam acessado as publicações difamatórias, mediante os *hyperlinks* anexados por Newton, em seu *website*.

A Corte de Apelação manteve o pronunciamento de origem, muito embora alargando o escopo fático-normativo examinado. Ficou definido, adicionalmente, que, mesmo havendo, em algumas situações assemelhadas, o uso de palavras que possam sugerir que um *hyperlink* em particular é um "encorajamento", ou um "convite" para determinado *website*, não houve, na hipótese, a configuração desse contexto. Por mais, o número de "*hits*" no artigo difamatório, por si só, não foi considerado base suficiente para se concluir que terceiros tenham lido as "palavras difamatórias". O julgamento, porquanto, se estabeleceu no sentido de não se considerar os *hyperlinks* indicados por Newton, em seu *website*, como (sua) publicação. Em voto dissidente, que passou vencido, prolatou-se que, o acostamento de *hyperlinks*, na hipótese, adentraria na noção de publicação, tendo em vista, ademais, que, o *website* de Newton havia sido acessado 1.788 vezes, sendo improvável que ninguém tenha clicado nos *hyperlinks* e, conseqüentemente, lido os artigos difamatórios a que se fazia alusão. Ademais, averiguou-se, que, sim, as palavras usadas no artigo publicado por Newton sugeriram, ou encorajaram/convidaram, os leitores, a clicar nos *hyperlinks*.

Na Suprema Corte, ratificou-se o julgamento pela improcedência da ação, entretanto, com três votos parcialmente distintos, os quais abordaram a situação com ângulos diferentes. A *Justice Abella*, seguida pela maioria da Corte, decidiu, em suma, que, a mera referência a um conteúdo não poderia constituir a publicação desse conteúdo (no caso, difamatório). Para o artigo de Newton ser considerado uma publicação, deveria ter repetido o conteúdo difamatório de alguma forma, ou no corpo

do texto publicado, ou no próprio *hyperlink*. Um *hyperlink* "in and for itself", não poderia ser considerado uma "publicação". Os juízes McLachlin e Fish apresentaram uma *concurring opinion*, enquanto a Justice Deschamps divergiu parcialmente, aduzindo que, haveria a necessidade de se apreciar o contexto do artigo em sua integralidade, e se esse contexto, circundando os *hyperlinks*, não representaria um endosso/convite/encorajamento ao seu conteúdo, o que, por necessidade, dever-se-ia considerar uma publicação.

Trata-se de um resumo, e das posições aventadas no julgamento pela Corte Suprema. Passa-se à análise dos fundamentos centrais do caso, bem como a comentários complementares, o que se fará separadamente, considerando-se os ângulos dos "três" votos acostados no acórdão.

## **2 CROOKES V. NEWTON – FUNDAMENTAÇÃO – A CRIAÇÃO DE UM PRECEDENTE**

O caso foi decidido com a construção de três votos, os quais propuseram ângulos parcialmente distintos para a conclusão do julgamento. Passa-se, primeiro, para a análise do voto vencedor, pronunciado pela Justice Rosalie Silberman Abella, o qual foi acompanhado pela maioria da Corte. Após, visualizar-se-á a *concurring opinion* dos membros da Corte Beverley McLachlin e Morris J. Fish, e, por último, o voto parcialmente dissidente, prolatado pela Juíza Marie Deschamps.

### **2.1 ABELLA VOTE**

O voto acompanhado pela maioria da Corte, no qual se decidiu pela manutenção da decisão de improcedência da ação, realiza, primeiramente, uma quebra com a tradicional dogmática<sup>4</sup> relacionada à difamação. Pontua-se que, para um Requerente provar que uma publicação contém um elemento difamatório, deve, também, provar que o Requerido, por qualquer tipo de ato, transmitiu o significado difamatório para, pelo menos, um terceiro, e que este, efetivamente, o recebeu (e o

---

<sup>4</sup> Para uma abordagem sobre os aspectos gerais e tradicionais em questão no Canadá. BAYER, Carolin Anne. Freedom of expression and the protection of individual's reputation. British Columbia: 2001. Para uma leitura contemporânea e com prognósticos à *Internet age*. LAW COMMISSION OF ONTARIO. Defamation law in the internet age: final report, 2020. Disponível em: <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2020/03/Defamation-Final-Report-Eng-FINAL.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

compreendeu). De uma paragem histórica, verifica-se que, os meios e as formas pelas quais um ato difamatório, ou que contribui para uma mensagem difamatória chegar a terceiros, se apresentam irrelevantes para as análises judiciais com o objeto de responsabilização. Sem embargo, a incidência desse princípio, para o caso de circunstâncias na internet, e no uso de *hyperlinks*, resultaria no efeito de se criar uma presunção de responsabilidade "*for all hyperlinkers*". Isso, para a apreciação realizada no voto, poderia restringir seriamente o fluxo de informações na internet e, por conseguinte, a liberdade de expressão.

Essa postura é corroborada pela construção de um segundo pressuposto, tal qual, a distinção entre *hyperlink* e publicação. No caso, indica-se que, um *hyperlink* é equiparável a referências, o que o distancia da noção de atos de publicação. Tanto *hyperlinks*, quanto o uso de referências, "comunicam que algo existe", mas, sem, estritamente, realizar a comunicação do conteúdo que estão a referir – "*but do not, by themselves, communicate its content*" (SUPREME COURT OF CANADA, 2011, p. 270-272). Tanto os *hyperlinks*, quanto as referências, necessitam de algum ato prévio para que um terceiro consiga acessar o conteúdo do que se está a aludir. O fato de que o acesso para um conteúdo é mais "facilitado" pelo emprego de *hyperlinks*, do que por referências, não é capaz de transformar a realidade de que um *hyperlink*, em si, possui um conteúdo neutral – "*is content-neutral*". Demais, colocou-se que, ao sujeito que insere um *hyperlink* em um texto, não há a promoção do controle sobre o conteúdo do artigo a que se está referindo com o link.

Se estabeleceu, adicionalmente, que, um *hyperlink*, em si, não deveria ser equiparado à publicação do artigo, ao conteúdo do texto, a que está referindo, pois são situações díspares. Quando uma pessoa clica em um *hyperlink*, acessando um outro website, com conteúdo difamatório, o sujeito que criou ou postou as palavras difamatórias é a pessoa responsável pela "publicação". Seria possível pensar diferente se a pessoa que inseriu o *hyperlink* apresentasse, igualmente, em repetição, o conteúdo difamatório do "*hyperlinked material*", assim fazendo, de alguma forma, as vezes do autor da publicação difamatória.

Na apreciação do caso, se chegou à conclusão que, em nenhuma situação, no artigo publicado por Newton, imprime-se um conteúdo difamatório (SUPREME

COURT OF CANADA, 2011, p. 285).<sup>5</sup> O simples uso de *hyperlink* não pôde representar uma “publicação”, mesmo que o link seja utilizado, e terceiros acessem o conteúdo difamatório. Newton, pois, não foi o autor do conteúdo difamatório.<sup>6,7,8</sup>

Apresenta-se o contexto da publicação realizada por Newton, com o excerto particular do artigo em que ambos os *hyperlinks* comentados são empregados:

---

<sup>5</sup> *“Referencing on its own does not involve exerting control over the content. Communicating something is very different from merely communicating that something exists or where it exists. The former involves dissemination of the content, and suggests control over both content and whether the content will reach an audience at all, while the latter does not. Even where the goal of the person referring to a defamatory publication is to expand that publication’s audience, his or her participation is merely ancillary to that of the initial publisher: with or without the reference, the allegedly defamatory information has already been made available to the public by the initial publisher or publisher’s acts. These features of references distinguish them from acts in the publication process like creating or posting the defamatory publication, and from repetition”*. – Argumento relevante: [...] Because the content of the secondary article is often produced by someone other than the person who inserted the hyperlink in the primary article, the content on the other end of the link can be changed at any time by whoever controls the secondary page. Although the primary author controls whether there is a hyperlink and what article that word or phrase is linked to, inserting a hyperlink gives the primary author no control over the content in the secondary article to which he or she has linked” (SUPREME COURT OF CANADA, 2011, p. 285).

<sup>6</sup> Um dos principais precedentes citados no voto, para balizar o arrazoado, é o caso *R. v. Clerk*, de 1728, no qual um empregado de uma companhia de impressão, cujo papel, no “*act of publication*”, se limitava a “cuidar da máquina (*“clap down”*) de impressão”, foi considerado responsável pelo conteúdo do material impresso, mesmo desconhecendo-o.

<sup>7</sup> Dentre os casos utilizados para sustentar a decisão, cita-se o caso estadunidense, *Klein v. Biben*, de 1946, julgado na New York Court of Appeals, em que se julgou que a referência “*For more details about, see the Washington News Letter in The American Hebrew, May 12, 1944*” não foi considerada a republicação do material de 12 de maio. Utiliza-se, também, o precedente *MacFadden v. Anthony*, em que uma ação de difamação foi julgada improcedente, tendo em vista que a fala de um radialista, “*called attention to (an allegedly defamatory) article in Collier’s Magazine*” não foi considerada a republicação do material da revista, mas “mera referência”. Demais, na consolidação do princípio engendrado nos casos citados, refere-se ao *Carter v. B.C.*, de 2005, julgado em sede da Corte de Apelo, no Canadá, em que se confirmou os precedentes citados, quando de contextos na internet. Definiu-se que, a referência a um artigo contendo comentários difamatórios, sem a republicação do comentário “*itself*” não deveria ser equiparada a republicação do material difamatório, não sendo, portanto, a referência realizada, considerada a “publicação”.

<sup>8</sup> Realiza-se a observação de que, nos Estados Unidos, essas circunstâncias normativas são consideradas no/e/para a isenção de responsabilidade sobre aqueles que se envolvem em comunicações na internet. “uma pessoa que realiza alusão a um conteúdo, geralmente, não participa de sua criação e desenvolvimento” (SUPREME COURT OF CANADA, 2011, p. 286).

Under new developments, . . . I've just met Michael Pilling, who runs OpenPolitics.ca. Based in Toronto, he, too, is being sued for defamation. This time by politician Wayne Crookes.

We've decided to pool some of our resources to focus more attention on the appalling state of Canada's ancient and decrepit defamation laws and tomorrow, p2pnet will run a post from Mike [Pilling] on his troubles. He and I will also be releasing a joint press statement in the very near future. [A.R., at p. 125]

Importa diferenciar-se ambas as situações, de ambos os *hyperlinks* inseridos por Newton, tendo em vista que, nas minúcias apreciadas, o ponto normativo exsurge. No link OpenPolitics.ca, se faz referência ao website *Open Politics*, local em que vários artigos foram postados, alegando Crookes, com conteúdo difamatório. O *hyperlink* indicado em *Wayne Crookes*, realizou uma referência direta a um artigo supostamente difamatório, intitulado de *Wayne Crookes*, publicado, anonimamente, no website www.USGovernetics.com.

Crookes alega que notificou Newton a respeito do conteúdo difamatório que ambos os *hyperlinks* faziam referência, sem, necessariamente, aduzir que o próprio conteúdo publicado por Newton era difamatório. No entanto, alegou Crookes, considerando que, Newton se negou a remover ambos os *hyperlinks*, após notificado, e, também, pelo fato de ter sido o sujeito que criara os *hyperlinks*, tornou-se o autor do(s) artigo(s) publicados com caráter difamatório, devendo ser responsabilizado como tal.

Apesar dos fundamentos suscitados por Crookes, julgou-se pela manutenção da improcedência da ação, sendo o voto, proferido pela *Justice Abella*, acompanhado pela maioria da Corte, considerando-se, centralmente, que, em ações de difamação, não é, unicamente, o interesse do indivíduo, supostamente prejudicado, que está em questão, mas, também, o interesse público em proteger a liberdade de expressão<sup>9</sup>, e

---

<sup>9</sup> Case Hill v. Church of Scientology of Toronto, 1995 – WIC Radio Ltd. v. Simpson, 2008 – “balance between protecting an individual's reputation and the foundational role of freedom of expression in the development of democratic institutions and values” (SUPREME COURT OF CANADA, 2011, p. 287).



isso se dá, ainda mais, quando de contextos de comunicações na internet e, particularmente, com o uso de *hyperlinks*.

Distanciar o emprego de *hyperlinks* da noção de publicação não apenas propõe uma análise mais sofisticada sobre a questão, mas, também, aclimata-se à "*dramatic transformation in the technology of communications*" (SUPREME COURT OF CANADA, 2011, p. 287), quando visualiza-se que, a internet, fomenta uma ampliação paradigmática na disseminação de informações, devendo-se isso ser encorajado, antes do que desestimulado. No mote de se construir uma paragem de "encorajamento", há de se tratar a prática de *hyperlinks* como uma estrutura essencial do funcionamento "social" da web, pois são como "*synapses connecting different parts of the world wide web*" ou, um mecanismo facilitador da disseminação e da organização do conteúdo que flui no ciberespaço, fazendo as vezes de "panfletos" sobre assuntos em discussão, veiculando e convidando as pessoas a engajar de maneira mais profunda no que estão imersas.

O potencial "*chilling effect*", em um mecanismo estruturante do formato que a internet se operacionaliza poderia ser devastador, mas a posição adotada não significa que a liberdade de expressão se amplia para uma normatividade relacionada à "licença para arruinar reputações". Pelo contrário, ao se distanciar, normativamente, o uso de *hyperlinks*, da concepção de publicação, não se exclui, absolutamente, a possibilidade de se responsabilizar uma pessoa, em razão das consequências de um ato em que um material *hyperlinked*, com conteúdo difamatório, possa ser referenciado de modo associado, ou transmitindo-se um sentido difamatório, e isso não seria confeccionado com fundamento na "criação e indicação de uma referência", mas, quando interpretando-se todo o contexto, fosse possível extrair uma "mensagem" substancialmente difamatória.

Conclusivamente, importa colocar que, realiza-se uma *dicta* no voto em comento, aduzindo-se que, em situações como a apreciada, determinante ocupar uma postura de cuidado, na via de se compreender quais as modalidades de *hyperlink* foram utilizadas – se *deep*, ou *shallow*, ou, ainda, se, aquelas que, automaticamente, espelham outro conteúdo, e as distinções relacionadas às implicações jurídicas adequadas à cada espécie. À vista de que, na hipótese, não se

ventilou a questão, pontuou-se que esse horizonte deveria ser enfrentado somente no futuro.

## 2.2 MCLACHLIN E FISH VOTE

A *concurring opinion* exposta pelos Justices Mclachlin e Fish elucidam um elemento essencial para o deslinde normativo da questão. Há uma apreciação sobre as minúcias das práticas de publicação na internet, e no uso de *hyperlinks*. Ocorre que, a *concurring opinion* chancela o voto acompanhado pela maioria da Corte, sem embargo, chamando a atenção de que, a inserção de um *hyperlink*, em um artigo publicado na internet, precisa ser observado em seu contexto, mediante uma leitura integral da publicação com o "*hyperlinked material*". Isso é relevante, pois, se o autor de um texto, ao inserir um *hyperlink*, o faz de modo a endossar, ou adotar a posição do conteúdo a que está referindo, o *hyperlink* passa a ser passível de ser considerado uma "publicação mesma", deixando de possuir um caráter meramente referencial.<sup>1011</sup> Do mesmo lado, reforçam McLachlin e Fish: a mera referência, em um sentido geral, a um outro website, via *hyperlink*, não poderia representar a "publicação", tampouco o "endosso" do conteúdo eventualmente difamatório, e ser apreciado como tal. O voto conjunto acompanha a maioria, contudo, o fazendo justamente com o ponto aludido ao fim, na *dicta* pronunciada pela J. Abella: até o momento em que for necessário o "*click*" no link, para acessar o conteúdo terceiro, um *hyperlink*, "*by itself*", não deverá ser equiparado a uma publicação, mas, se, *um hyperlink* em particular, projetar, ou apresentar, automaticamente, ou em um espaço separado, um material, sem necessitar ao leitor qualquer ação prévia para lhe acessar, a questão passa a reivindicar reflexões distintas.

---

<sup>10</sup> "In sum, in our view, a hyperlink should constitute publication if, read contextually, the text that includes the hyperlink constitutes adoption or endorsement of the specific content it links to". "The hyperlink, combined with the surrounding words and context, ceases to be reference and the content to which it refers becomes part of the published text itself" (SUPREME COURT OF CANADA, 2011, p. 294).

### 2.3 DESCHAMPS VOTE

Em divergência, a Justice Deschamps alerta, preliminarmente, que, antes de se apreciar uma matéria envolta à atos difamatórios, há de se estabelecer, *prima facie*, o escopo de quais condutas que podem gerar/geram um necessário "ajuste", sob pena de se ampliar por demais a viabilidade responsabilizatória, enfraquecendo-se/impedindo-se um ambiente de "promoção" à liberdade de expressão, considerando as novas modalidades tecnológicas para a comunicação, e seus desafios. Antepõe-se a tradicional dogmática sobre o assunto, que configura a correlação entre "difamação e publicação". Para um ato ser considerado difamatório, o contexto de publicação precisa preencher, pelo menos, dois requisitos: i) o ato deve promover informação difamatória, "tornando-a disponível" a terceiros, em uma forma "compreensível"; e há de se ter ii) o recebimento da informação por terceiros, de uma maneira que seja "compreensível".

Em realizando-se isso, diverge-se do pressuposto ventilado no voto acompanhado pela maioria da Corte. Equiparar o mecanismo de *hyperlink*, ao uso de referências, é um horizonte problemático, pois há um "exagero" em não confabular as evidentes diferenças existentes entre essas práticas, ainda por mais, na internet, onde há, efetivamente, uma variabilidade tremenda de ações, de organização e difusão de comunicações e conteúdo, o que demanda uma reanálise normativa sobre a "disseminação de informações" para "terceiros". Enfatiza-se que, o uso de *hyperlink* pode preencher o primeiro requisito acima indicado, quando os "componentes da publicação" difamatória referenciada são facilmente acessados por terceiros, de uma maneira compreensível – a Justice Deschamps indica que, não seriam todos os atos, desse teor, que poderiam gerar responsabilização, mas, tão somente, os atos "deliberadamente" constituídos. Cita-se, parcialmente, o voto prolatado na Corte de Apelação, no qual estabelece-se um exemplo ilustrativo, em que o "contexto" da ação, de uso de *hyperlink*, pode ser considerado para transmutar o ato de "referenciar", em um ato de "publicação", passível, portanto, de responsabilização.

liability for defamation. If Mr. Newton had written “the truth about Wayne Crookes is found here” and the word “here” was a hyperlink to defamatory information, Kelleher J. might have concluded differently (para. 34).

A liberdade de expressão, nesse sentido, precisa ser conciliada com o também e igualmente relevante direito à reputação (SUPREME COURT OF CANADA, 2011, p. 297). Aduz-se, que, se a pessoa responsável pela referência a um conteúdo difamatório desconhecia o teor difamatório do material, não estaria impossibilitada de apresentar defesa nesse sentido<sup>12</sup>. Demais, os institutos relacionados ao *fair comment* ou *reasonable communication on matters of public interest* são eixos normativos que se encontram com uma proteção suficiente à liberdade de expressão.

O voto parcialmente divergente acompanha a definição pela improcedência da ação, entretanto, acumulando uma questão particular. Como dito, para um ato ser considerado uma “publicação”, há de se notar e corroborar a existência de uma ação relacionada a disseminação de conteúdo de modo deliberado, o que Newton, efetivamente, confeccionou – inclusive em vista de que, um dos *hyperlinks* referenciados, permitiu a terceiros o acesso ao conteúdo de forma “direta”. O autor da ação, todavia, não se desincumbiu do ônus probatório, para fazer valer o preenchimento do segundo requisito: em um balanço de probabilidades, indicar que um terceiro recebeu e compreendeu as informações, mediante as referências realizadas por Newton. A ação não mereceu prosperar justamente em razão da ausência do preenchimento do segundo requisito – não foi apresentada prova suficiente por Crookes, de que terceiros tenham, efetivamente, acessado o conteúdo difamatório, clicando nos *hyperlinks* inseridos por Newton em seu texto (um ato difamatório em um deserto, seja em uma fala exasperada ou mediante berros, se inexistem terceiros a recepcionando, não configuraria uma “publicação”).

---

<sup>12</sup> caso *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. Of Internet Providers*, 2004.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No caso *Crookes v. Newton*, as razões entabuladas foram, com o tempo, consolidando-se como um precedente, diferentemente do que ocorre no Brasil, em que se intenta comandar, por “lei”, quais decisões serão/deverão ser consideradas “precedentes” (vide EC/2004 e Código de Processo Civil, de 2015). As razões adjudicadas encontraram ressonância nacional e internacional, por exemplo, no caso *Baglow v. Smith* (2015), julgado em primeira instância, no Canadá, ou, ainda, em sede de “diálogo entre cortes”, com o caso *Google Inc. v. Duffy* (2017), julgado na Austrália, e no julgamento *Magyar Jeti Zrt v. Hungary* (2018), apreciado no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). No caso Magyar, o contexto envolve a indexação de um hyperlink, em um artigo de jornal, pelo autor, no website que operacionaliza (444.hu), que redireciona os usuários a uma fala, na qual um líder romeno refere que, em um incidente com torcedores de futebol húngaros, em passagem pela Romênia, que atacaram crianças (*chanted racist slogans*, entre outras), os membros eram do partido Jobbik, um partido húngaro de extrema-direita, conhecido por atos anti-romenos. Magyar fora responsabilizado pelos tribunais húngaros, inclusive com decisão mantida, na Corte Constitucional e Suprema. No TEDH, chegou-se à conclusão pela violação ao art. 10 da Convenção (liberdade de expressão), em especial, em consideração da aplicação, pelas cortes húngaras, de uma responsabilização objetiva pelo ato (art. 78 do código civil húngaro); a ausência de distinção entre comunicação de um conteúdo, e a comunicação que um conteúdo existe; na casuística, Magyar simplesmente copiou o hyperlink em seu texto, não endossando o seu material; demais, a circunstância envolveria conteúdo de interesse público, em matéria jornalística, como violência contra crianças romenas, encontrando guarida no princípio “*permissible criticism of political parties*”<sup>13</sup>. Muitos eixos da decisão bebem da construção realizada em *Crookes v. Newton*.

---

<sup>13</sup> O TEDH, no caso em comento, estabeleceu sete setores normativos que estruturam a sua *ratio*, quando de circunstâncias envoltas a comunicação na internet, por jornalistas, com o emprego de *hyperlink*, e sua possibilidade de responsabilização. Principle 1: Where a journalist endorses, by means of explicit and unequivocal language, or repeats defamatory or otherwise unlawful content to which the hyperlink leads, the use of the hyperlink is equated to traditional forms of publication. Principle 2: Liability should be imposed only where a journalist knows (actual and positive knowledge) that the content to which the hyperlink leads is unlawful, and acts with bad faith. Exceptionally, liability may also be imposed where the journalist could reasonably have known (constructive knowledge) that the

O voto acompanhado pela maioria da Corte canadense, pronunciado pela Justice Abella, realiza uma distinção que se acredita relevante: o emprego de um *hyperlink*, efetivamente, não há de ser considerado tal como um ato de publicação, exceto se o contexto circundante do *hyperlink*, o seu próprio conteúdo, e à matéria para a qual destina-se o terceiro, disporem o contrário, havendo-se corroboração probatória. As minúcias fático-normativas, bem como os contornos técnicos de cada *hyperlink*, merecem ser considerados. A via de equiparar o uso de *hyperlink* a um mero ato referencial (nota de rodapé), é utilizada para evitar a construção normativa de presunções generalizadas de "equiparação" do referido ato, com aquele de publicação, e suas respectivas atribuições, e possibilidades de responsabilização, nas novas circunstâncias comunicativas na internet. Intenta-se preservar a "liberdade de expressão", evitando-se conduções relacionadas a possível *Chilling Effect*, ao passo de se distribuir o ônus probatório entre as partes envolvidas, balizando-se pelas clássicas doutrinas da difamação, *fair comment* e *responsible communication*, criando-se um equilíbrio entre a liberdade de expressão, e a proteção à reputação (a liberdade de expressão não pode ser encarada como uma "licença para arruinar reputações").

Assim se realiza, tendo em consideração o fundamento inicial, que está na efetiva ausência de controle do conteúdo a que se está referenciando, quando na prática de inserção de *hyperlink* em um texto, ou manifestação particular na internet. Todavia, e o que se aduz deixou de ser apreciado no caso em exame, quando o sujeito *hyperlinker*, não for meramente um usuário, ou o espaço em que atua não for uma simples sessão de comentários, ou um chat qualquer, os níveis normativos de

---

content was unlawful, in the light of professional ethics and the due diligence obligations of responsible journalism. Principle 3: Where a journalist uses a hyperlink and does not endorse or repeat the defamatory or otherwise unlawful content to which it leads, the use of the hyperlink is not equated to traditional forms of publication and does not entail liability, save in the case of non-compliance with a court order declaring such content unlawful and prohibiting its use. Principle 4: All defences available to primary publishers should be available to the journalist if he or she is subject to liability in respect of linked content. The journalist does not have an obligation to distance him or herself from the defamatory or otherwise unlawful content to which the hyperlink leads. Principle 5: The above-mentioned Convention principles require an individual assessment in each case, in the light of the situation as it presented itself to the author at the material time, rather than with the benefit of hindsight on the basis of the findings of the domestic courts' judgments. Principle 6: Any regime of objective or strict liability for the use of hyperlinks is per se contrary to the above-mentioned Convention principles. Principle 7: These principles apply both to natural persons (the journalists) and legal persons (the media companies).

responsabilidade demandam um cuidado específico para aquele que pretende "compartilhar", ou "referenciar" determinado conteúdo. Com efeito, Newton, no caso, era/é proprietário de um "jornal", e, no *website*, apresenta-se como tal à "comunidade virtual". De outra, presume-se, nessas situações, que, o autor de um texto/artigo tenha, deliberadamente, acessado e escolhido o conteúdo para o qual pretende remeter terceiros, em uma data específica, ao antecipar em *hyperlink*, no seu próprio texto. Não se trata de um ato aleatório.

A minúcia normativa essencial do feito, que é, a propósito, conduzida em todos os votos, ainda que indiretamente, está na dinâmica entre o texto/artigo, o próprio *hyperlink* utilizado, e o material a que se faz referência. Há de ser avaliada a questão no seu todo, porém, em cada "etapa" do ato que se impugna, as particularidades reivindicam atenção. A saber, tem de se analisar o artigo no qual encontra-se o *hyperlink*, a sua substância explícita ou implícita, as frases sugestivas, palavras convidativas, e/ou um circunstancial endossante, e a estética que circunda o(s) *hyperlink(s)* aplicado(s). Adicionalmente, o próprio *hyperlink* há de ser objeto de reflexão, em sua tecnicidade e exposição (ato de publicação – ato referencial), uma vez que existem distintas modalidades, tais como aqueles que somente com um clique, as pessoas, supostamente, conseguem aceder ao conteúdo referenciado, ao passo de existirem categorias que, em seu próprio posto, conseguem projetar o material a que se faz referência (sem necessitar-se de clique, bastando ao terceiro passar o "cursor" no espaço destacado, ou isto sendo despiciendo). Demais, o próprio material a que se faz alusão merece um olhar. No caso em comento, notou-se que, em um dos *hyperlinks*, realizou-se referência a um *website*, enquanto que, no outro, para um artigo/texto específico (*deep* e *shallow hyperlinks*, respectivamente), diferenciando-se materialmente, e desdobrando-se para uma imperativa análise sobre o ato do *hyperlinker*, as reais ações que um terceiro eventual necessitaria para aceder ao material, o recebimento e compreensão efetivo do teor, e, pois, ao conteúdo que, a princípio, induz a um contexto difamatório.

A narrativa judicial construída no caso *Crookes v. Newton* preserva uma abertura estratégica e lúcida para a casuística se debruçar nos contornos normativos decididos. Como dito, o conteúdo dos materiais a que fez referência Newton não foi objeto de exame, muito embora, em *dicta*, pôde ser falado que, na hipótese de algum

*hyperlinker* ser processado, conseguiria apresentar uma defesa empregando os clássicos *three-prong test for defamation*, com uma camada normativa adicional, oriunda da doutrina do *fair comment*<sup>14</sup>, ou, ainda, com a *responsible communication*<sup>15</sup>, no caso de escritores, publicadores, e mídias em geral.

A título de curiosidade, verifica-se que, no *website*<sup>16</sup> da Suprema Corte do Canadá, encontra-se um "*Hyperlinking Notice*", com o qual passa-se uma mensagem de "irresponsabilidade", tendo em vista que, links para sites que não estão sob o controle do Governo do Canadá são fornecidos apenas para a conveniência dos visitantes do site. O Governo do Canadá não é responsável pela exatidão, atualidade ou confiabilidade do conteúdo. Não oferece garantias a esse respeito e não se responsabiliza por nenhuma informação encontrada por meio de tais links, nem endossa os sites ou seu conteúdo<sup>17</sup>.

O uso de *hyperlink* engloba variados contextos e materiais. Com *Crookes v. Newton* foi dada a possibilidade de se construir contornos normativos típicos para as novas modalidades de comunicação na internet, ambiente digital onde inúmeros direitos são exercidos, e, simultaneamente, potencialmente colocados em risco. Na hipótese, a busca por um equilíbrio entre a liberdade de expressão e a proteção da reputação difundiu os elementos fático-normativos para o solucionar do caso. O tempo impôs ao julgamento o seu cariz de precedente, extraíndo-se que, em cada especificidade, o todo merece atenção, não sendo oportuno desviar-se das intersecções que o constituem.

---

<sup>14</sup> Um *fair comment* deve cumprir com os seguintes requisitos: i) *be a matter of public interest*; ii) *be based on a fact*; iii) *be recognizable as a comment, and not a statement of fact*; and iv) *be a belief that a reasonable person could honestly express based on the facts*.

<sup>15</sup> A parte processada deve ter o direito de produzir a prova de que foi diligente, comprovando-se o esforço na "verificação" dos fatos supostamente difamatórios, antes de uma publicação, ou, ainda, a tentativa de incluir a postura da(s) pessoa(s) envolvida(s) nos fato(s) divulgados.

<sup>16</sup> SUPREME COURT OF CANADA. Terms and conditions. Hyperlinking notice. Disponível em: <https://www.scc-csc.ca/terms-avis/notice-enonce-eng.aspx#link-lien>. Acesso em: 05 out. 2022.

<sup>17</sup> Tradução livre de: *Links to websites not under the control of the Government of Canada are provided solely for the convenience of visitors to our website. The Government of Canada is not responsible for the accuracy, currency or reliability of the content. It offers no guarantees in that regard and is not responsible for any information found using such links, nor does it endorse the sites or their content.*



## REFERÊNCIAS

BARATA, Joan. Protecting media content on social media platforms: the european media freedom act's biased approach. *Verfassungsblog*. Publicado em 11 nov. 2022. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/emfa-dsa/?fbclid=IwAR3GpnN7mpIldwZmccznSFu25e9eS8QgG2-4UnYzZy0nfoxYuNgDdTfR5wdM>. Acesso em: 25 nov. 2022.

BAYER, Carolin Anne. *Freedom of expression and the protection of individual's reputation*. British Columbia: 2001.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Magyar Jeti Zrt v. Hungary*. Application no. 11257/16, julgado em 4 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-187930>. Acesso em: 30 set. 2022.

LAW COMMISSION OF ONTARIO. *Defamation law in the internet age: final report*, 2020. Disponível em: <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2020/03/Defamation-Final-Report-Eng-FINAL.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

SOLOMUN, Sonsa.; POLATAIKO, Maryna.; HAYES, Helen A. Platform responsibility and regulation in Canada: considerations on transparency, legislative clarity, and design. *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 34, spring, 2021. Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/assets/digestImages/Solomun-Polataiko-Hayes.pdf>. Acesso em: 15 out. 22.

SUPREME COURT OF CANADA. *Crookes v. Newton*. Julgado em 19 de outubro de 2011. Objeto: Torts. Nº do processo 33412. Julgadores: McLachlin, Beverley.; Binnie, William Ian Corneil.; LeBel, Louis.; Deschamps, Marie.; Fish, Morris J.; Abella, Rosalie Silberman.; Charron, Louise.; Rothstein, Marshall.; Cromwell, Thomas Albert. *Supreme Court Judgments*. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/7963/index.do>. Acesso em: 03 out. 2022.

SUPREME COURT OF CANADA. *Terms and conditions. Hyperlinking notice*. Disponível em: <https://www.scc-csc.ca/terms-avis/notice-enonce-eng.aspx#link-lien>. Acesso em: 05 out. 2022.



**27. OS NOVOS PARADIGMAS CIENTÍFICOS E A REVISITAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO  
IRRESTRITA DO USO DA CANNABIS: UM ESTUDO DA DECISÃO DO TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO E AS MODERNAS TENDÊNCIAS SOBRE TEMA  
NO BRASIL**

*THE NEW SCIENTIFIC PARADIGMS AND THE REVISIT OF THE UNRESTRICTED  
CRIMINALIZATION OF THE USE OF CANNABIS: A STUDY OF THE DECISION OF THE  
GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT AND THE MODERN TRENDS ON THE  
SUBJECT IN BRAZIL*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-27>

*Nathália Igisk Lopes Portugal<sup>1</sup>*

**RESUMO**

Será feita análise do caso BVerfGE 90, 145 (*Cannabis*) para compreender os motivos elencados pelo Tribunal Constitucional Alemão para considerar a substância em apreço como legítima e merecedora da disciplinarização penal. O intento original deste trabalho é verificar os fundamentos utilizados e contrastá-los com o momento atual dos avanços científicos bio-psicológicos e político-socio-criminais para então, reportar-se à realidade brasileira e propor, dadas circunstâncias do assunto em solo nacional, a indispensabilidade da persistência científica (dos mais variados setores afins) com vistas a dirimir a insegurança jurídica introjetada em todos os aspectos concernentes à sua disciplina pela obscuração atribuída a este assunto complexo. Palavras-chave: *cannabis*; direito penal; avanços científicos; norma legitimante.

**ABSTRACT**

An analysis of the BVerfGE 90, 145 (*Cannabis*) case will be made in order to understand the reasons provided by the German Constitutional Court to consider the aforementioned substance as legitimate and worthy of criminal discipline. The

---

<sup>1</sup> Mestranda no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vinculada ao Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA). Pós-graduanda em Direito Penal e Política Criminal e pesquisadora no Núcleo de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Contemporâneos (NEDPP) pela mesma Universidade. Advogada.

original purpose of this paper is to verify the foundations used and contrast them with the current moment in bio-psychological and political-socio-criminal scientific advances in order to then refer to the Brazilian reality and propose, given the circumstances of this subject on national soil, the indispensability of scientific persistence (from the most varied and related fields) aiming at resolving the legal uncertainty introjected in all aspects concerning its discipline by the obscurity assigned to this complex subject.

Keywords: cannabis; criminal law; scientific advances; legitimizing norm.

## INTRODUÇÃO

A jurisprudência utilizada para a análise a seguir proposta é a decisão BVerfGE 90, 145 (*Cannabis*), proferida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (09 de março de 1993), o qual julgou várias Representações Judiciais (em sede de Controle Normativo Concreto) e uma Reclamação Constitucional que colocavam em xeque a constitucionalidade da tipificação penal contida no § 29 da BtMG (Lei de Entorpecentes - datada de 1981 com posteriores alterações) e os desdobramentos punitivos desta, a qual tipifica penalmente o "envolvimento" (termo que compreende extensivamente as ações típicas elencadas nos tipos) com produtos canábicos. Alegaram violações às seguintes normas contidas nos dispositivos da *Grundgesetz* (lei fundamental alemã): artigo 2, I; artigo 2, II (1); artigo 2, II (2); artigo 3, I.

Os fundamentos trazidos, correspondentes a cada artigo e aos direitos fundamentais neles encartados, são respectivamente: o livre desenvolvimento da personalidade; a integridade física; a liberdade individual; a igualdade. A partir do suscitado e reconhecidas as condições processuais da maior parte das Representações Judiciais, bem como da Reclamação Constitucional, o Tribunal, no mérito, reconheceu a constitucionalidade dos dispositivos contidos na Lei de Entorpecentes. É necessário, porém, destacar que a decisão não foi unânime e, os argumentos trazidos pelos divergentes (em especial do juiz Simon) demonstram a abertura do tema a novas discussões, visto que, a experiência social-criminológica, bem como os avanços científicos suscitam a revisitação do assunto em suas várias nuances e aplicações práticas. Não à toa, em medida recentíssima (26 de outubro de

2022), o governo alemão concordou em estabelecer um projeto para legalização da *cannabis* recreativa para adultos - sujeito ao crivo da lei europeia, como relata o Ministro da Saúde, Karl Lauterbach.

A ideia central deste trabalho, enquanto perspectiva crítica, não é trazer à baila o tópico no nosso sistema nacional (a partir das observações contidas na decisão alemã), visto que, muitos estudiosos de variados setores científicos já se debruçam sobre ele; a intenção é, em verdade, fomentar a consolidação dessa discussão para que não seja abandonada somente pelo seu caráter espinhoso. As consequências do silêncio legiferante e do esvaziamento do conteúdo dos estudos concernentes, por meio da sua alocação em "*logus obscuro*" do direito, só estremece as bases da nossa estrutura política, pautada em um Estado Democrático de Direito fundado no princípio da Segurança Jurídica, a qual, viabiliza a construção de um ordenamento jurídico sólido, garantindo previsibilidade e estabilidade das relações.

No desenvolvimento, serão suficientemente pormenorizadas as justificativas apresentadas em prol ou em oposição à constitucionalidade da norma contradita, para então, correlacionar às modernas tendências fundadas em assertos científicos e, por fim, validar a necessidade de atenção à matéria - ao menos, em nome da regulação apropriada dos casos em que o direito brasileiro flexibiliza sua conotação penal. Reafirma-se, contudo, que: não se pretende exaurir a discussão e nem avaliar o conteúdo dos estudos (algo que exigiria uma dissertação completa), tampouco, filiar-se com esta ou aquela visão sobre a questão, mas asseverar a imprescindibilidade de elaboração de um constructo denso extraído das diversas ciências que interseccionam o tema para que assim, possa a sociedade bem fundamentar seus entendimentos e expressá-lo através, não só, das representações políticas, como também, das expectativas que direcionam ao nosso Supremo Tribunal Federal, por meio de base legitimante robusta quanto aos vários recortes que compõem o assunto, a fim de que não estejamos suscetíveis a uma instabilidade produto da desinformação.

## 1 DESENVOLVIMENTO - RELATO E ANÁLISE CRÍTICA

Conforme destacado na introdução, as teses trazidas através das Representações Judiciais e da Reclamação Constitucional, assentam-se no caráter punitivo conferido pela Lei de Entorpecentes em relação às várias formas de transação, porte e consumo envolvendo produtos canabinóides. Haveria, segundo eles, violações a dois principais direitos fundamentais: liberdade e igualdade, os quais vêm esculpidos nos artigos 2 e 3 da lei fundamental alemã. Para deixar claro o conteúdo das normas, colaciona-se suas redações<sup>2</sup>:

### **Artigo 2 [Direitos de liberdade]**

(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

(2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.

### **Artigo 3 [Igualdade perante a lei]**

(1) Todas as pessoas são iguais perante a lei.

Argumentou-se, quanto à primeira disposição (Artigo 2), que com a proibição da *cannabis* e consequente penalização, haveria um cerceamento ao livre desenvolvimento pessoal (I), violações à integridade física individual (II, 1) e à liberdade individual (II, 2). Já, quanto à segunda prescrição, afirmaram que o tratamento diferenciado conferido a outras drogas nocivas à saúde, como cigarro e o álcool, feriria a igualdade (Artigo 3, I), uma vez que essas últimas não são criminalizadas. Para contrapor estas teses, o Tribunal apresentou suas razões, as quais serão aqui dispostas e analisadas hermeneuticamente, de acordo com o cenário atual que envolve a temática.

---

<sup>2</sup> ALEMANHA. Constituição (1949). Lei Fundamental da República Federal da Alemanha: Deutscher Bundestag, 2022.

**2.1) Sobre o artigo 2, I do *Grundgesetz* (desenvolvimento de personalidade ⇔ liberdade de ação):** A ação humana não é irrestritamente permitida, encontra limites nos direitos de terceiros, na lei moral e nos mandamentos da ordem constitucional<sup>3</sup>; *in casu*, segundo a decisão, não haveria um direito ao "entorpecimento"/"ficar em êxtase" (*Recht auf Rausch*) e, caso houvesse, a restrição dada pelo artigo 2, II 3, combinado com o dispositivo 2, I 2 forneceria respaldo legitimante à aplicação de pena privativa de liberdade caso a imposição de limitação da fruição do direito elencado no artigo 2, I 1 fosse desobedecida pelo indivíduo. É o dispositivo 2, II que trata da liberdade individual e de eventual interferência no seu pleno gozo, mas é graças ao dispositivo 2, I 2 (o qual viabiliza certas "aparças" na completude do direito destacado - liberdade de ação - pela tríade já comentada) que se encontra a norma fundamental de autorização de ferramentas de perfectibilização da censura *parcial* desses direitos (restrição à ação que, em caso de inobservância, culminará em restrição à liberdade). Portanto, a medida é avalizada pelo próprio direito, restando-nos investigar: "o que" contraria a ordem constitucional e "como" se punirá quem não obedecer o mandado extraído da própria ordem constitucional (por via penal, administrativa, etc). Ilustrando: AÇÃO LIVRE (direito) → (mediada) ORDEM CONSTITUCIONAL, LEI MORAL, DIREITO DE TERCEIROS → LIMITES (ou não) À AÇÃO LIVRE → RESTRIÇÃO (ou não) AO DIREITO DE LIBERDADE (ferramenta disposta pelo constituinte) → NATUREZA JURÍDICA DA PUNIÇÃO À VIOLAÇÃO DE RESTRIÇÃO ESTABELECIDADA.

É certo que a ação humana não é ilimitadamente validada, sob pena de vivermos em estado anômico; porém, é preciso, nos casos de restrição (cuja desobediência culmina na aplicação do direito penal) avaliar o quanto, efetivamente, haveria uma violação suficiente da tríade limitadora da liberdade de agir. Ou seja, se o conteúdo de "reserva" esboçado no terceiro período do artigo 2, II - o qual restringe o direito dado pelo mesmo artigo no seu segundo período (liberdade) - se justifica com base nos limites fornecidos pelos parâmetros do artigo 2, I, 2 que limitam a

---

<sup>3</sup> Sobre essa tripartição dos limites ponderados pela ordem jurídica, ressalta Leonardo Martins (2016, p. 51), no comentário inicial das decisões que envolvam o livre desenvolvimento da personalidade, que o Tribunal tem abrangido os dois primeiros naquele último, de modo que ele é quem imporia as barreiras delineantes ao direito fundamental em apreço. Contudo, esse entendimento é passível de críticas.

liberdade de agir (direito também posto pelo primeiro período do mesmo artigo). Aqui reside a primeira indagação sobre a afirmação contida na decisão<sup>4</sup>: o conteúdo científico biológico sobre o tema, desenvolvido ao longo dos anos, avança em apontar novos benefícios até então desconhecidos pelo uso da *cannabis*<sup>5</sup>, assim como, indica malefícios<sup>6</sup>; ao lado da biologia e da psicologia, a política criminal, por sua vez, também apresenta construções que podem ir em direção a um ou outro sentido<sup>7</sup>.

Como se pretende elaborar um trabalho voltado ao fomento de formação de grupos de trabalho sólidos sobre o tópico (para que, no Brasil, por exemplo, não fiquemos à mercê das determinações instáveis unilaterais do Conselho Federal de Medicina, explorado a seguir), a "inexatidão das consequências" em um bojo (criminologia) e/ou outro (biologia) corrobora a fundamentalidade do objetivo proposto. Esclarecendo: da "incapacidade" atual científica de alcançar resultados determinantes incontestes (sob a ótica da criminologia e da biologia), reforça-se o propósito aqui delineado, o qual se pautou pela recente identificação de benesses à saúde pelo uso da substância, como também dos aportes sócio-criminológicos que verificam malefícios na criminalização, uma vez que, a perspectiva inversa de ambos já é tradicionalmente conhecida - tanto que fundamentou as decisões do passado.

É a *natureza* da punição à violação da restrição dada pela lei (e anuída pela lei fundamental) que torna ainda mais importante a apreciação do meio eleito para o alcance dos propósitos do ordenamento jurídico, o que deve ser feito à luz do princípio da proporcionalidade (sob as perspectivas de adequação e necessidade - concentrado no princípio da proibição de excesso, o qual integra um binômio com o

---

<sup>4</sup> "A relação com drogas, especialmente a ação de se entorpecer, não pode ser aqui incluída devido aos seus diversos efeitos, às diversas interações sociais que ela implica" (MARTINS, 2016, p. 77).

<sup>5</sup> Exemplos:

DE OLIVEIRA SILVA, Maria Luisa; DE SOUZA FREITAS, Moisés Thiago. Análise toxicológica da cannabis sativa e seus benefícios terapêuticos (2021).

MEDEIROS, F. C.; SOARES, P. B.; JESUS, R. A. de; TEIXEIRA, D. G.; ALEXANDRE, M. M.; SABEC, G. Z. Uso medicinal da Cannabis sativa (Cannabaceae) como alternativa no tratamento da epilepsia (2020).

<sup>6</sup> SEWELL, R. Andrew et al. Efeitos comportamentais, cognitivos e psicofisiológicos dos canabinóides: relevância para a psicose e a esquizofrenia (2010).

<sup>7</sup> Exemplos:

Cartilha compartilhada pela Reason Foundation; autoria de Julian Morris (2018).

Documento elaborado pela UNICEF (2013) "Innocenti Report Card 11" elenca a transformação da relação de crianças e adolescentes com os mais diversos entorpecentes.



princípio da proibição de insuficiência). À época da decisão, o Tribunal considerou que o meio contido na Lei de Entorpecentes era adequado e também, necessário (não havendo desproporção entre os prejuízos suportados pelo sujeito alvo da aplicabilidade da lei, em relação à proteção dos bens jurídicos que justifiquem tal cerceamento), de modo a ser reconhecido como meio legítimo às pretensões daquele ordenamento. É a partir dessa interpretação que se concentram alguns dos estudos científicos críticos da área da criminologia<sup>8</sup> que de uma perspectiva social-política contestam o *método* utilizado pelo direito para proteção de outros bens jurídicos em confronto, não só por interpretar o meio como possivelmente inapropriado (contestando-se o juízo de valor ético-social negativo desta ação<sup>9</sup>), mas também por indagar se a criminalização contribuiu (contrariamente ao que originalmente se pensava) para o reforço dos mercados ilegais, que se valem de violência para garantir sua hegemonia. Assim, ao contrário da intenção do legislador-incriminador (que possui margem discricionária de avaliação dos riscos de uma conduta<sup>10</sup>), a criminalização sobre esta substância se mostraria [potencialmente] desnecessária, a partir da reavaliação dos perigos que dela derivam à sociedade e ao indivíduo, porquanto, diz-se, mais vulnerável a sociedade (e os direitos de terceiros) com medidas que reforcem grupos criminosos articulados pela violência.

Sobre a proteção da juventude à exposição deste entorpecente (motivo fulcral para esta ou aquela tomada de decisão legislativa, no caso), a máxima de que ela seria "porta de entrada" para outras drogas mais pesadas é contestável<sup>11</sup>, além de

---

<sup>8</sup> CAMPOS, Marcelo da Silveira; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *The Ambiguity of Choices: Criminal Policy in Brazil from 1989 to 2016* (2020).

<sup>9</sup> "Sob o ponto de vista material, ressalvadas as garantias constitucionais especiais, o princípio da proporcionalidade oferece o parâmetro geral constitucional, segundo o qual a liberdade de ação possa ser restringida (...). Esse princípio tem um significado mais intenso no exame de um dispositivo penal que, como sanção mais forte à disposição do Estado, expressa um juízo de valor ético-social negativo a respeito de uma determinada ação do cidadão." (MARTINS, 2020, p. 78).

<sup>10</sup> "O Tribunal Constitucional Federal não pode examinar a decisão do legislador no sentido de se verificar se foi escolhida a solução mais adequada, a mais sensata ou a mais justa. Tem apenas de zelar para que o dispositivo penal esteja, materialmente, em sintonia com as determinações da Constituição e com os princípios constitucionais não escritos, bem como para que corresponda às decisões fundamentais da Grundgesetz (...)." (MARTINS, 2020, p. 78).

<sup>11</sup> "Preponderantemente rejeitada é a concepção, segundo a qual cannabis teria uma 'função de demarcação de passo' para drogas mais pesadas, quando, com isso, queira-se descrever uma propriedade bioquímica dos produtos da cannabis (...). Isso corresponde à conclusão do levantamento representativo de dados de 1990 (Anexo 3 do Parecer do Governo Federal no Processo 2 BvL 43/92, p. 15), segundo o qual apenas 2,5% dos consumidores de haxixe fizeram uso também de outras drogas proibidas pela Lei de Entorpecentes." (MARTINS, 2020, p. 81).

que, como será mencionado no comentário do artigo 3, I, a impossibilidade de controle suficiente do item - derivada do seu modo de produção (pois, requer "apenas" o cultivo da planta) - e de sua incorporação social empírica (até mesmo pela difusão de estudos que apontam seus benefícios<sup>12</sup>) tornaria inócua a intenção legal de proteção, a qual se manteria "ativa" fundada em motivos que, atualmente, são questionados<sup>13</sup>. Resta, como razão para a criminalização, a proteção da juventude que poderia ser prejudicada por "sintomas" derivados do uso da *cannabis* (letargia, indiferença, sentimentos de medo, perda da realidade e depressões, além da possível "síndrome da desmotivação" - apontados na decisão), os quais influenciaram no seu pleno desenvolvimento da personalidade; todavia, é insabido se seria o entorpecente a causar tais consequências ou se o consumo representaria o efeito de uma *atitude vital* já antes existente.

Ainda, nesta toada, relata a decisão que o consumo próprio ocasional e em pequenas quantidades (não colocando em risco, portanto, terceiros pela disseminação do uso de drogas) estaria abarcado pelas possibilidades *despenalizantes* conferidas aos órgãos da persecução penal, como a desistência da aplicação da pena (§ 29 V da Lei de Entorpecentes) e da desistência da persecução penal (§§ 153 e seguintes do Código de Processo Penal - StPO ; e, § 31a da Lei de Entorpecentes), pelo conteúdo ínfimo da infração<sup>14</sup>. Ocorre que, a configuração do que seja quantidade exígua, embora encontre suporte na jurisprudência alemã, se deu de forma discricionária, de modo que, não necessariamente quem ultrapasse este limite se descaracterize como usuário/consumidor.

---

<sup>12</sup> Reconhecida pelas razões do julgador do Tribunal Constitucional Alemão. "Amplio consenso existe em torno do fato de que o consumo de produtos de *cannabis* não causa dependência física (...) e - exceto no caso de consumo crônico de altas doses - também não provocam a formação de tolerância (...) [apresenta opinião contrária de Täschner]. Também os danos imediatos à saúde são considerados, no consumo moderado, pequenos (...). Por outro lado, a possibilidade de uma dependência psíquica praticamente não é contestada (...) [para uma minoria de consumidores de *cannabis*, no caso de um grande e muito prolongado abuso]; porém o potencial de dependência dos produtos de *cannabis* é avaliado como muito pequeno." (MARTINS, 2020, p. 81).

<sup>13</sup> Já à época da decisão se reconhecia seu baixo risco social - vide nota de rodapé anterior.

<sup>14</sup> Cumpre, mesmo que não relacionado diretamente ao tópico, ressaltar que o nosso Tribunal Superior desconsidera a aplicabilidade do princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas (EDcl no HC 463.656/SP), embora exista decisão em sentido contrário (HC 127.573/SP). Quanto ao delito de porte ou posse de entorpecentes (artigo 28 da Lei 11.343/2006), o assunto é ainda polêmico, pois o STJ de um modo geral, tem sustentando a inaplicabilidade de tal princípio - pois a quantidade diminuta é requisito deste enquadramento -, enquanto o STF possui decisões divergentes (possibilidade: Ag.Rg. no HC 202.883).

Necessário explicar que, a violação da proibição do excesso não pode ser excluída só porque se pode desistir da aplicação da pena ou da persecução penal (que também pode ser suspensa)<sup>15</sup>, pois é o legislador que deve decidir sobre a punibilidade de um comportamento, a partir dos conhecimentos que integram o tema, em vistas à proteção dos destinatários normativos, dada limitação de seus direitos fundamentais. Quando a palavra do legislador sobre um comportamento punível fica a cargo de outros poderes, tem-se a utilização do direito penal como "solução simbólica", de maneira que se vulnerabiliza sua força de determinação nos casos em que for realmente necessária (FRISCH, 1993, p.69 ss). Também, caracterizar um comportamento como punível, a fundamentar a abertura de investigações e de um processo, é de extrema importância para o direito fundamental dos envolvidos<sup>16</sup>, por isso, mesmo que ao final do caso o sujeito não sofra as consequências da penalização, enfrentar a tutela estatal é *per se* estigmatizante. Cumpre salientar, por fim que, com os ultra mencionados avanços científicos sobre os benefícios<sup>17</sup> da *cannabis*, afirmar que seu escopo de uso seja apenas o "entorpecimento", tornou-se um argumento defasado, o que faz acender, como outrora afirmado, novas discussões sobre o assunto.

**2.2) Sobre o artigo 2, II, 1 do Grundgesetz (integridade física):** Nas alegações levadas ao Tribunal, falou-se que a "proibição faria com que usuários de drogas consideradas mais leves passassem a consumir outras drogas legais como o álcool" (MARTINS, 2020, p. 74). Ocorre que, a previsão contida nesse dispositivo se dá no sentido de *proteger* intervenções estatais e de terceiros na integridade física do

---

<sup>15</sup> No Brasil, é a Lei 9.099/95, no artigo 89, que disciplina a suspensão condicional do processo; é o Código Penal, no artigo 77 que regulamenta a suspensão condicional da pena; é o Código Penal, no artigo 44 que impõe as condições para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; por fim, é no Código de Processo Penal, no artigo 28-A (incluído pela Lei 13.964/2019) que é disciplinado o caso de acordo de não persecução penal - atenção ao §1º do artigo que determina que para aferição da pena mínima serão consideradas as causas de aumento e diminuição. Sobre as duas primeiras, controvertida sua aplicabilidade nos delitos em comento. Não será possível explorar esse conteúdo normativo no presente artigo, mas é fundamental ressaltá-los para que se investigue a sua aplicabilidade aos delitos de drogas.

<sup>16</sup> "Já a penalização de um comportamento como tal cria sofrimento 'por meio da obscura área das chantagens com ela imbricadas e humilhações humanas; mediante as críticas zonas marginais que cada delito alberga; mediante as consequências legais e extralegais da reação jurídico-penal para o acusado'." (MARTINS, 2020, p. 99).

<sup>17</sup> Reconhecidos, ao menos em alguma medida, dados os tratamentos elencados pelas portarias do Conselho Federal de Medicina e validados pelo ordenamento jurídico brasileiro (RE nº 1165959).

indivíduo, logo, *in casu*, não se sustenta a alegação trazida pela Reclamação e pelas Representações, pois a vedação não obriga ninguém a *vulnerar* sua saúde através de outros entorpecentes, pelo contrário, a decisão corresponde ao reconhecimento da autodeterminação do sujeito.

**2.3) Sobre o artigo 3, I (igualdade):** Só o fato de certas substâncias nocivas à saúde não serem criminalizadas não quer dizer que, automaticamente, outras devam ser descriminalizadas. Isto porque, há uma margem discricionária ao legislador<sup>18</sup> para conectar consequências jurídicas negativas aos fatos - vedadas arbitrariedades irracionais (proibida a distinção desarrazoada, mas admitida a defensável)<sup>19</sup>. Também, conclui-se na decisão que, o preceito de igualdade não determina a *indistinta* proibição ou permissão de todas as substâncias entorpecentes (nem que sejam feitas na mesma intensidade), até porque, a lista que elenca as substâncias restritas pode ser alterada a qualquer momento - e não só pelo critério de "riscos à saúde". Sobre a nicotina, destacam os julgadores, que a substância é incapaz de entorpecer, o que torna o argumento inapropriado. Quanto ao álcool, o Tribunal enfatiza que seus efeitos podem ser tão ou mais deletérios que o entorpecimento causado pela *cannabis* (por exemplo, na condução de veículos automotivos), mas que há um fator cultural subjacente à substância, que é utilizada como alimento, estimulante ou, até mesmo, integra ritos religiosos; enquanto a *cannabis*, por sua vez, seria utilizada como objetivo exclusivo de se alcançar o êxtase<sup>20</sup>.

Sobre essa parte da decisão, é preciso tecer dois comentários: (a) de fato, não se sustenta a tese levantada sobre a equiparação acrítica de substâncias pela liberalidade de outras, estando também bem suscitado o posicionamento do Tribunal quanto à margem discricionária atribuída ao legislador; (b) quanto à perspectiva do entorpecimento causado pelo álcool e suas decorrências negativas em comparação com a *cannabis*, sendo ambas alteradoras da percepção sensorial dos indivíduos,

---

<sup>18</sup> Sobre o tema: BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

<sup>19</sup> A ideia se dá no que Kelsen entende por interpretação: "fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar" (KELSEN, 1986, p. 390); Alexy, por sua vez, enfoca na argumentação jurídica, com a Teoria do discurso prático racional, para dirimir os efeitos da abertura normativa (ALEXY, 2013, p.19).

<sup>20</sup> Ainda, destacam que o consumo do álcool estaria submetido a um maior controle social por ter seus efeitos inebriantes generalizadamente conhecidos; e, por fim, apontam que a tradição inviabilizaria o legislador a proibir eficazmente a relação com o álcool.

são capazes de comprometer a execução apropriada de atividades de risco; mas quanto ao álcool, exigem os juizes uma carga de tradição impossível de controle por via estatal, de modo que, a fiscalização *social* difusa exerceria este papel, assim, aceitando-se os riscos incutidos no uso dessa substância. Dessa máxima se extrai um dos argumentos pró-liberação, qual seja, a impossibilidade de controle (ou comprometimento substancial da capacidade de controle, a qual, determinaria outras consequências negativas da criminalização) pelo uso já difundido da espécie.

Para finalizar a perspectiva crítica feita ao longo da explanação, mister aludir ao voto vencido relatado pelo Juiz Simon. Para evitar a repetição de teses já trazidas nesta análise, serão elencados os argumentos do juiz divergente, aprofundando conceitos quando salutar.

a) Direito penal enquanto *ultima ratio*: importa questionar se a ameaça de sanção criminal, em contraposição aos direitos fundamentais atingidos por esta ameaça, não representa uma sanção exagerada de acordo com a valoração entre a proteção do bem jurídico A que culmina no "desvalor" do bem jurídico B. O exercício da ponderação deve pautar-se: i. no *tamanho* do dano iminente ao bem jurídico A, ii. no grau de probabilidade de ocorrência deste, e, iii. na eventual pressão sobre o legislador (inclusive de tempo), tudo isso em confronto ao bem jurídico B. Considerando a punição administrativa (multa), seria realmente necessário se socorrer aos rígidos parâmetros do Direito Penal? Ou seja, a abstração de perigo dessa conduta em particular, é suficiente para ensejar a disciplina criminal?<sup>21</sup>

b) O legislador partiu desta consideração: ainda que o uso contumaz de *cannabis* não levasse o usuário à dependência física ou psíquica (à exceção de casos específicos de abuso), os efeitos colaterais danosos do consumo seriam, porém, não tão esclarecidos, de modo que a liberação não poderia ser uma atitude responsável. São justamente os "novos esclarecimentos" que justificam a instigação presente no trabalho, isto é, reconhecidos os avanços dos estudos científicos, essa máxima ainda se confirmaria de maneira incontestada ou é cabível um retorno de enfoque ao tema,

---

<sup>21</sup> "(...) Essa pode, presentes específicos pressupostos, levar à conclusão de que a utilização do direito penal contra um determinado comportamento – medido junto ao conteúdo antijurídico e à possível imputação de culpa – levaria a uma afetação inadequada dos direitos dos atingidos e que, por isso, precisa deixar de ser utilizado". (MARTINS, 2020, p. 93).

em nome da vinculação do mundo jurídico às inovações científicas?

c) Remanesce a possibilidade de causação da "síndrome de falta de motivação", no caso de uso permanente de grandes quantidades; mas a relação de causalidade não teria sido ainda resolvida. Acrescento, em nome da honestidade de informação, que estudos vinculam o uso desse entorpecente como *gatilho* a estados de psicose. O THC (um dos compostos da *cannabis*) é o principal responsável pelos efeitos psicoativos de alteração da consciência, enquanto o canabidiol parece exercer efeito "protetor" (PERNONCINI; OLIVEIRA, 2014). Assim, regular a quantidade de THC poderia ser uma estratégia para tornar o consumo mais seguro, já que, sem regulação estatal não há como controlar a dosagem, logo, vulnerabilizando os indivíduos ao risco de desenvolvimento de transtornos/déficits cognitivos.

Portanto, viável concluir pela possibilidade (o que não se confunde com "recomendação") de restrição à liberdade no caso de conduta que contrarie a lei e que encontre, em tese, apenas no direito penal, ferramenta hábil para prevenção da sua perpetração considerada desviante. Contudo, o ponto nevrálgico dessa análise crítica, para que alcance o seu objetivo central (o sistema brasileiro), é justamente trazer luz ao tema sob a ótica da norma fundante alemã da limitação da autodeterminação individual (e que culmina na restrição à liberdade), a qual se dá pelos três critérios elencados no artigo 2, I 2 da lei fundamental<sup>22</sup>. Isto é, com base nos dados apontados e nos novos estudos sobre o assunto, seria justificável considerar esta ação (relação com a *cannabis*) violadora da ordem constitucional?<sup>23</sup> Os riscos apontados serviriam, pelo estado de coisas atual, a fundamentar a aptidão à proibição? Se sim, seriam eles suficientemente excessivos a reclamar proteção

---

<sup>22</sup> ("[...] desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.").

<sup>23</sup> "Quando, há anos, insistentemente, – como no caso de uma criminalização ampla da relação com produtos de cannabis – e de várias partes [da sociedade civil] dúvidas [questionamentos] de vulto são direcionadas à regulamentação a que se chegou um dia, então o legislador apenas estará cumprindo sua obrigação de observar, avaliar e aperfeiçoar, quando ele conseguir chegar a um diagnóstico autônomo a respeito da permanência [atualidade] das bases empíricas de sua ponderação [feita quando da promulgação da lei], com fulcro em fontes confiáveis. O Senado não demonstrou, com [eventuais] exposições mais minuciosas do legislador que e como ele poderia cumprir essa obrigação, tendo em vista a extensão aqui polêmica da ameaça de pena. Tampouco o próprio Senado procedeu a um levantamento de provas, algo como por intermédio da busca por correspondentes pareceres de especialistas (cf. BVerfGE 6, 389 [398ss.]), para respaldar sua decisão também nesse quesito da base empírica suficientemente ampla e atual."

penal (que obsta "cordialmente" o [re]conhecimento de benefícios da substância em apreço)?

É preciso dizer que a sociedade, genericamente, é eivada de riscos incontornáveis, portanto, ilusório supor que o Estado seria suficiente a dirimir e obstar todo e qualquer risco social; mas não só, esta busca pelo "risco zero" culminaria na petrificação do desenvolvimento da sociedade (que precisa autorizar certos perigos para o próprio bem-estar humano, caso contrário, sequer conduzir automóveis seria autorizado). É uma decisão do direito, com base nas múltiplas ciências, que determinará quais riscos seriam ou não toleráveis e, dessa forma, insculpir sua opção com base na aplicação (ou não) do efeito geral preventivo do direito penal. Por exemplo, o acesso a drogas mais pesadas é viabilizado pelo contato do "cliente" com o traficante (como destacado na decisão do Tribunal alemão), o que, *a priori*, não ocorreria com o usuário de *cannabis* caso ela seja descriminalizada, pois será o Estado a gerenciar essa transação; de igual sorte, é somente a regulação estatal que conformará os padrões de disponibilização da substância para que ela não ocasione, em tese, os efeitos deletérios suscitados para justificar a criminalização.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo esse destaque jurídico, como sublinhado à introdução, não se presta a servir a esta ou àquela posição sobre o regime aplicável à substância *cannabis* em solo brasileiro, mas sim, demonstrar a grande controvérsia sobre a *fundação legitimante* do tratamento a ela conferido, dadas as disposições científicas biológicas e político-sócio-criminais desenvolvidas sobre o tema<sup>24</sup>, visto que, padrão jurídico idêntico é encontrado no Brasil na Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) nos artigos 28 e 33 (não por acaso, na RE 635.659 - ainda não julgada - que propõe a

---

<sup>24</sup> "(...) O legislador pode, no entanto, – aspecto do qual, em princípio, também o Senado parte (cf. Decisão, C.I.6.) – **com base em fatores modificados, ser obrigado à avaliação e ao aperfeiçoamento a posteriori de uma regulamentação que fora originalmente [considerada] compatível com a Constituição** (cf. BVerfGE 65, 1 [56]). Será então, entre outros, esse o caso quando uma avaliação inquestionável quanto à sua constitucionalidade no momento da promulgação da lei revelar-se, em momento futuro, como total ou parcialmente improcedente (cf. BVerfGE 88, 203 [310])." (MARTINS, 2020, p. 95).

descriminalização do porte da substância para uso pessoal, o Ministro Relator Gilmar Mendes refere ao longo de seu voto, o tratamento conferido pelo direito alemão no tema). De igual sorte, há ADI 5.708/STF, ainda em trâmite, que descriminaliza a substância para fins medicinais, o que nos remete às delineações contidas na Resolução 50/2022 da ANVISA e nas Portarias editadas pelo Conselho Federal de Medicina que, com a Portaria 2.324/2022 (suspensa quase imediatamente pela Portaria 2.326/2022) revogava a anterior (Portaria 2.113/2014), restringindo os casos de autorização para uso da substância<sup>25</sup> - na contramão dos interesses daqueles que se beneficiaram pela sua ministração - justamente pela inexatidão dos seus efeitos (verificável também em alguns compostos medicamentosos).

Acresce-se, por fim, que a não incriminação do usuário vem de maneira *dissimulada* no nosso ordenamento, ora, para consumir é necessário "portar", o que é penalizado. Essa é uma das dicotomias paradoxais do nosso sistema (mas não só dele) que autorizam reflexões profundas quanto à nossa sistemática jurídica, as quais, repisa-se, devem ser construídas por fundamentos concretos e científicos. Em igual sentido, se o que justifica a "desconsideração punitiva" do consumidor de pequenas quantidades é a limitada contribuição individual para consumação do perigo concreto que se pretende evitar (através de uma análise precedente de perigo abstrato), como se sustentaria inabalavelmente a punição a condutas predecessoras necessárias? É preciso dar a importância devida ao assunto, que também emerge dos anseios da sociedade e que se desdobra em diversas implicações jurídicas, para a correta e apropriada regulação da substância, corroborando-se por estudos robustos de todas as gamas da ciência.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Constituição (1949). **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**: Deutscher Bundestag. Alemanha, jun. 2022. Tradutor: Assis Mendonça, Aachen. Revisor jurídico: Urbano Carvelli, Bonn. Disponível em: <<https://www.btg->

---

<sup>25</sup> Prescrição exclusiva para alguns quadros de epilepsia; vedação expressa à prescrição do canabidiol para outras doenças, exceto se o tratamento fizer parte de estudo científico previamente autorizado (era dessa "lacuna" que se permitiu a prescrição para outras doenças); e, proibição aos médicos de ministrarem palestras e cursos sobre uso do canabidiol e seus derivados fora do ambiente científico.



bestellservice.de/informationmaterial/55/64/anr80208000>. Acesso em: 11 nov. 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

CAMPOS, Marcelo da Silveira; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **The Ambiguity of Choices: Criminal Policy in Brazil from 1989 to 2016**. Revista de Sociologia e Política, v. 28, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/1678-987320287302>. Acesso em: 13 nov. 2022.

DE OLIVEIRA SILVA, Maria Luisa; DE SOUZA FREITAS, Moisés Thiago. **Análise toxicológica da cannabis sativa e seus benefícios terapêuticos** - Toxicological analysis of cannabis sativa and its therapeutic benefits. Brazilian Journal of Development, v. 7, n. 6, p. 63013-63023, 2021. DOI: 10.34117/bjdv7n6-602. Acesso em: 15 nov. 2022.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2016.

MEDEIROS, F. C.; SOARES, P. B.; JESUS, R. A. de; TEIXEIRA, D. G.; ALEXANDRE, M. M.; SABEC, G. Z. **Uso medicinal da Cannabis sativa (Cannabaceae) como alternativa no tratamento da epilepsia** / Medicinal use of Cannabis sativa (Cannabaceae) as an alternative in the treatment of epilepsy. Brazilian Journal of Development, [S. l.], v. 6, n. 6, p. 41510–41523, 2020. DOI: 10.34117/bjdv6n6-623. Acesso em: 12 nov. 2022.

MORRIS, Julian. **Does legalizing marijuana reduce crime?** 2018. Sem mais informações. Disponível em: <<https://reason.org/wp-content/uploads/does-legalizing-marijuana-reduce-crime.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2022.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Imputação Objetiva no Direito Penal**; organização, traduções e apresentação de Pablo Rodrigo Alflen - Porto Alegre: CDS Editora, 2019.

PERNONCINI, Karine Vandressa; DE OLIVEIRA, Rúbia Maria Monteiro Weffort. **Usos Terapêuticos Potenciais do Canabidiol Obtido da Cannabis Sativa**. Maringá: Revista UNINGÁ Review. Vol.20,n.3,pp.101-106 (Out - Dez 2014)

SEWELL, R. Andrew et al. **Efeitos comportamentais, cognitivos e psicofisiológicos dos canabinoides: relevância para a psicose e a esquizofrenia.** Brazilian Journal of Psychiatry, v. 32, p. 515-530, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1516-44462010000500005>. Acesso em 21 nov. 2022.

UNICEF, Office of Research (2013) **Child well-being in rich countries: A comparative overview.** Escrito por ADAMSON, Peter. Disponível em: <[https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/rc11\\_eng.pdf](https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/rc11_eng.pdf)>. Acesso em 21 nov. 2022.

WOLFGANG, Frisch. **An den Grenzen des Strafrechts, in: Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag,** 1993, p. 69 ss.

## 28. A REGULAMENTAÇÃO DA HERANÇA DIGITAL NO BRASIL

### THE REGULATION OF DIGITAL HERITAGE SUCCESSION IN BRAZIL



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-28>

Henrique Almeida Ribeiro<sup>1</sup>

#### RESUMO

O presente trabalho busca fazer uma análise da decisão da III ZR 183/17 do Der Bundesgerichtshof, de 12 de julho de 2018, da Alemanha, que trouxe importantes reflexões acerca da Herança Digital, sobretudo no que se refere às redes sociais. Estudaremos ainda a matéria no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro e a eventual necessidade de mudanças no tratamento da matéria.

Palavras-chave: Direito sucessório. Herança digital. Patrimônio digital.

#### ABSTRACT

The present work seeks to analyze the decision of the III ZR 183/17 of Der Bundesgerichtshof, of July 12, 2018, in Germany, which brought important reflections on Digital Heritage, especially with regard to social networks. We will also study the matter within the scope of the Brazilian legal system and the possible need for changes in the treatment of the matter.

Keywords: Inheritance Law. Digital Heritage. Digital Patrimony.

#### INTRODUÇÃO

A questão da transmissibilidade do patrimônio digital, *causa mortis*, é tema que tem ganhado relevância no cenário jurídico internacional, despertando interesse

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela PUCRS. Mestre em Direito pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduado em Direito Administrativo (Faculdade São Luís), Direito Notarial e Registral (Faculdade Arthur Thomas) e Direito de Família e Sucessões (Faculdades Integradas de Jacarepaguá). Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Oficial de Registros Públicos de Cidreira/RS e Oficial Designado de Registros Públicos de Palmares do Sul/RS.  
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1623624913200788>. E-mail: [ribeiro.henrique@pucrs.br](mailto:ribeiro.henrique@pucrs.br).

tanto de legisladores como de operadores e estudiosos do Direito.

É notável a revolução que os meios de comunicação atuais proporcionaram às sociedades. A internet, sobretudo, promoveu uma mudança na forma de vida das sociedades não somente no que se refere à forma de se comunicar, mas nas formas de entretenimento, de consumir, de comercializar, etc.

Nesse contexto, a evolução das plataformas digitais de comunicação e das redes sociais acabou por dar a essas, funções completamente distintas das que identificamos quando do seu surgimento. Essas novas funções trouxeram, também para as contas dos usuários, valores muitas vezes significativos, que merecem atenção dos legisladores e dos estudiosos do direito.

Para mais que isso, as redes sociais são repositórios de memórias afetivas, lembranças de uma vida, registros individuais das pessoas, de suas ideias, suas vivências, etc. E tais funções também merecem especial atenção daqueles que pretendem, de alguma forma, disciplinar a forma com que tais patrimônios sejam pensados para além da vida dos chamados autores de herança.

A decisão objeto do presente estudo tem especial importância no desenvolvimento do estudo da transmissibilidade deste tipo de patrimônio e, dado a relevância exposta logo acima, achamos por bem nos debruçar sobre a decisão em questão e da temática da herança digital em si, o que faremos nas próximas linhas.

## **1 OS FATOS DO CASO**

O caso fático, decidido na decisão que é objeto do presente estudo, se inicia quando em 04/01/2011 uma jovem alemã, da região de Berlim, criou uma conta na rede social Facebook, com conhecimento e aprovação de seus pais.

A jovem foi usuária da rede social por quase um ano inteiro, sendo que no período, criou conteúdo diverso na rede social, com compartilhamento de mídias diversas, exposição de idéias e comunicação direta com diversos amigos, também usuários da rede social em questão.

Essa jovem, infelizmente, veio a falecer no dia 03/12/2012, vítima de um atropelamento por trem, ocorrido em uma estação de Berlim, em circunstâncias que também foram motivo do deslinde posterior da ação sobre a qual versa este trabalho.

Menos de uma semana depois, no dia 09/12/2012, a conta no Facebook da jovem foi transformada em memorial, um recurso existente na época, nessa rede social. A transformação da conta em conta memorial deu-se pela informação do óbito, transmitida por um amigo da jovem, sem o conhecimento dos pais daquela.

Até então, o Facebook dava duas “soluções” quanto às contas das pessoas que viessem a falecer. Uma alternativa era transformar a conta em memorial, o que traz uma série de limitações na conta a partir de então, como veremos. A outra era a exclusão completa da conta.

Na conversão da conta em memorial, outras pessoas podem publicar naquele perfil e o conteúdo que a pessoa havia compartilhado enquanto viva continua disponível a todos. Há, no entanto, a desativação das comunicações pelo *Messenger* e conteúdos salvos de forma privada pelo titular da conta.

Por fim, as demais pessoas não conseguem mais acessar a conta, ainda que detenham a senha que era utilizada pelo titular. Apenas o próprio Facebook é que consegue realizar esse acesso. O perfil, para o público, permanece visível, porém, passa a contar com a expressão “em memória de”.

Quando a conta é mudada para esta forma, de memorial, apenas quem consegue gerenciar a conta, a partir de então, é o chamado “contato herdeiro”. Este só pode ser indicado pelo titular da conta, quando ainda em vida. Em ocorrendo essa indicação, o contato herdeiro pode realizar algumas mudanças, tais como a foto do perfil, as publicações do mural e ainda aceitar e recusar novas solicitações de amizade.

Porém, se o titular da conta não faz essa indicação, o conteúdo fica totalmente imutável e apenas o próprio Facebook pode fazer qualquer alteração. E essa imutabilidade podia se dar apenas com a informação por terceiro do falecimento do titular da conta e a intenção desse terceiro de transformá-la em memorial.

Percebe-se que o tratamento dado ao Facebook passava ao largo de qualquer providência que respeitasse minimamente o Direito Sucessório e os herdeiros legais da autora da herança.

Os pais da jovem falecida, herdeiros legais da mesma, buscaram inicialmente a justiça, o que culminou com a decisão objeto do presente estudo, porque não

conseguiram obter acesso à conta da adolescente, mesmo de posse da senha para o acesso, tendo em vista a conta ter sido transformada em memorial.

O fato principal que motivou o início do processo que culminou na decisão presentemente estudada, foi a necessidade dos pais da autora da herança acessarem a conta do Facebook daquela após seu falecimento, para conhecer o conteúdo ali armazenado. Isso com o objetivo de esclarecer circunstâncias da morte da jovem, tendo em vista que havia suspeita de suicídio. Por outro lado, o condutor do trem, com o qual houvera o atropelamento, também havia ingressado com uma ação de danos morais contra os pais da jovem atropelada e estes pretendiam conhecer o conteúdo da conta para possível defesa naquele processo de responsabilidade civil.

## 2 O PROCESSO NAS INSTÂNCIAS INFERIORES

Em juízo de primeira instância, em decisão motivada pelo requerimento dos pais da jovem, que moveram a ação, o *Das Landgericht Berlin* (juízo de Berlim) deferiu o amplo acesso dos pais da jovem a sua conta de Facebook, com fulcro na ampla e direta transmissibilidade da herança aos herdeiros legítimos, inclusa, nesse caso, a herança digital, que, por sua vez, incluiria a conta na rede social Facebook.

No entanto, o Facebook recorreu da decisão. Na segunda instância decisória, o *Das Kammergericht* (tribunal de apelação ou recursal) reformou a decisão primitiva, e atendeu a contestação do Facebook, entendendo que o acesso ao conteúdo da conta da jovem violaria o direito à privacidade dela e daqueles com os quais essa havia se comunicado pela plataforma.

Os pais então recorreram ao *Der Bundesgerichtshof* (corte superior de jurisdição ordinária), que acabou por findar o processo com a decisão que nesse momento é objeto de análise por nossa parte.

Percebemos então que nas instâncias primeiras, o embate de teses acabou por contrapor o direito dos sucessores da jovem, enquanto Direito das Sucessões mesmo, e o direito à privacidade da autora da herança e com todos os demais

terceiros com quem aquela, eventualmente, havia se comunicado em vida, pela plataforma do Facebook.

Durante o processo e, sobretudo na decisão final, percebeu-se um embate constante entre o Direito das Sucessões e outras matérias de Direito, como pontuaremos a seguir com mais vagar. Ora, o tema da herança digital ainda é relativamente pouco estudado e é natural que nesses tempos ainda iniciais, muitos embates hajam com outros temas que já são velhos conhecidos dos estudiosos do Direito. A decisão em questão trouxe, nesse sentido, um rico debate, possibilitando que muito aprendizado acadêmico possa dali ser extraído e, com sorte, integrado pelos legisladores nos ordenamentos jurídicos diversos.

### 3 A DECISÃO E AS PRINCIPAIS TESES EXTRAÍDAS

A *Der III Zivilsenat* (Terceira Turma de Direito Civil) do *Der Bundesgerichtshof* julgou procedente o recurso dos pais da jovem, e reconheceu a transmissibilidade da herança digital da filha aos pais.

Não havendo legislação específica, a decisão fundamentou-se, sobretudo, no conceito da sucessão universal (*Der Grundsatz der Universalsukzession*), que é previsto pelo Código Civil Alemão (BGB).

O conceito da sucessão universal, em breve síntese, determina que no momento do falecimento de alguém todo o patrimônio é transmitido aos herdeiros, com exceção dos bens transmitidos para outros por força de testamento, da lei, etc.

A ideia de sucessão universal do Direito Alemão se assemelha ao princípio de *Saisine*, que pauta o Direito das Sucessões no Brasil (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 13).

Assim, o BGH entendeu, no caso concreto, que todo o patrimônio era transmitido no momento do falecimento, tivesse ele caráter financeiro ou não e, mais, fosse corpóreo ou não, incluindo dessa forma e por essa razão, a herança digital.

Por outro lado, funcionando também como fundamentação da decisão, o BGH entendeu que vigorava entre a titular da conta e Facebook um contrato de consumidor, por adesão, por conta da necessidade de aceitar os "Termos de Serviço".

No caso concreto, e portanto no mundo virtual, deveria ser aplicada a mesma regra aplicada fora deste, devendo então haver a substituição dos sujeitos daquele

contrato pelos seus sucessores, com a transmissão de todos os direitos e deveres daí advindos, também, nesse quesito, atendendo a questão da sucessão universal existente no Direito Alemão. Para o BGH, o negócio jurídico entre o Facebook e a jovem, trariam o posterior acesso e gerenciamento por seus sucessores como uma qualidade inerente ao próprio negócio e transmissível por força da natureza do Direito sucessório alemão.

Por outro lado, entendendo aquela relação jurídica entre o Facebook e os titulares de contas naquela rede social com sendo um contrato de adesão, considerou-se abusiva a cláusula que permitia que se transformasse a conta para o modo de memorial, com os diversos desdobramentos advindos dessa transformação.

Conforme a decisão, a cláusula inclusive não constava quando do ingresso da jovem falecida na rede social, sendo que surgiu posteriormente, trazida de forma unilateral pelo Facebook. Assim, tal cláusula deveria ser afastada daquele contrato e não poderia surtir efeitos em relação aos sucessores da titular da conta.

Também, a tese de que o negócio entre Facebook e a jovem seria personalíssimo foi afastada. O dever de prestação dos serviços estariam vinculados a uma conta, e não a uma pessoa. Isso porque o Facebook não tem o dever de fazer o controle de quem de fato faz o acesso, de forma que qualquer que detenha a senha pode fazê-lo. Por isso, a obrigação da rede social seria unicamente vincular uma pessoa a uma conta, mas sem necessidade de controle de quem de fato faz os acessos, o que retiraria qualquer alegado vínculo personalíssimo entre o Facebook e os titulares de contas nesta rede social.

Outra questão muito relevante, tratada na decisão, foi a tese de que a sucessão do acesso da conta aos herdeiros estaria em oposição a direitos da personalidade, sobretudo quanto ao sigilo das comunicações, da autora da herança e dos terceiros com quem se comunicou. Essa tese também acabou por ser afastada pelo BGH.

Na decisão ficou claro que o sigilo deve ser garantido apenas para que terceiros não tenham acesso não autorizado às comunicações feitas através da plataforma. O sigilo das comunicações, quando do processo de sucessão, estaria afastado da mesma forma em que cartas e papéis físicos, herdados de determinado autor de herança, também afastam referido sigilo, sem romper com a necessária proteção do sigilo das comunicações e correspondências. Para o BGH, caso haja



intenção de proteger o sigilo de quaisquer comunicações, deve o autor da herança deixar tal declaração em vida (testamento, codicilo, etc). Se as cartas e documentos ficam em uma gaveta, por exemplo, a disposição dos herdeiros, não há que se falar em sigilo. O mesmo aconteceria com as informações e comunicações existentes na rede social e que não teriam a indicação expressa da vontade do titular da conta em torná-las sigilosas.

A decisão trouxe ainda o mesmo raciocínio em relação aos arquivos digitais armazenados em meio físico com acesso não impedido aos sucessores. Dessa maneira, não haveria sentido em mídias e comunicações armazenados em um HD, por exemplo, serem acessíveis pelo herdeiros após o falecimento do titular daqueles arquivos e os mesmos arquivos, armazenados em uma rede social, gozarem de um sigilo apenas por não estarem fisicamente disponíveis aos herdeiros.

#### **4 A IMPORTÂNCIA DE UMA LEGISLAÇÃO CLARA SOBRE A HERANÇA DIGITAL**

A sociedade na qual estamos inseridos atualmente necessita que o conceito de herança seja revisto, seja sob o aspecto patrimonial, seja sob as questões emocionais que a sucessão de um ente querido acabam por trazer à tona.

Em tempos em que ganham significativa importância os chamados *influencers*, o Direito Sucessório não pode ficar alheio à importância e ao valor econômico decorrente da simples detenção de uma determinada conta de rede social.

Acontece que o acesso a tais contas, em muitos casos, não se restringe ao simples acesso, mas garante a administração de um conteúdo produzido enquanto trabalho e que detém significativo valor econômico. Não raro, tal valor é superior a outros bens que o autor da herança pode ter deixado.

A própria geração de conteúdo pode ter sido agendada de forma prévia, de forma que podem continuar inclusive existindo novas postagens com resultado econômico mesmo após o falecimento de seus titulares.

No caso desses *influencers*, também não raro, a base de seguidores pode ser ampliada após o falecimento daqueles, fazendo com que o número de consumidores

do conteúdo, e portanto seu resultado financeiro, seja aumentado após o falecimento.<sup>2</sup>

Por outro lado, sobretudo quando falamos de pessoas que não tem nas redes sociais uma forma de ganhos financeiros, o conteúdo armazenado nessas plataformas digitais podem guardar tanto ou mais significado emocional para os entes queridos que um álbum de fotos, ou outros bens de uso pessoal.

Nesse ponto, é necessário dar uma ideia geral do que seriam os bens que compõe o patrimônio digital de alguém. E podemos classificar em 3 tipos distintos de bens que podem compor tais patrimônios.

Esses bens podem ser patrimoniais puros, como as criptomoedas e NFT's; podem ser existenciais puros, como arquivos pessoais arquivados em nuvem e redes sociais de pessoas que não exercem atividade econômica nesses meios e por fim podem ter natureza híbrida, como as redes sociais de *influencers* (ZAMPIER, 2021, p. 64).

Portanto, seja sob o prisma da sucessão financeira, seja sob o prisma das questões sentimentais que envolvem uma sucessão, debater e regulamentar a sucessão dessas plataformas digitais revela-se de extrema importância nos dias atuais, e não pode ser ignorada pelo Direito Civil.

Importante também perceber a necessidade de que as formas de sucessão do patrimônio digital sejam tão ou mais facilitadas que a sucessão dos demais bens que componham um espólio.

No Direito brasileiro, a sucessão extrajudicial é realidade há mais de 15 anos, desde a Lei 11.441/2007. A celeridade e simplicidade, nesse caso, oferecida à sucessão dos bens em geral, necessita ser aplicada também ao patrimônio e herança digitais.

Ora, a decisão objeto do presente estudo deixou claro que o tempo e o desgaste envolvido em um procedimento judicial para a sucessão da herança digital não convém a quem quer que seja.

---

<sup>2</sup>Ficou famoso recentemente o caso de um *Youtuber e Instagramer* que viajava com seu cachorro, a bordo de um Fusca, pelas américas. Ao falecer no percurso da viagem, o número de seguidores e consumidores de seu conteúdo multiplicou-se e algum conteúdo agendado para ingressar na plataformas sociais continuou gerando produção midiática mesmo após seu falecimento.

Mas para tanto, para que a questão da herança digital tenha um regime sucessório tranquilo e célere, faz-se necessário que o legislador traga ao texto legal clareza à transmissibilidade do patrimônio digital, nos moldes da decisão objeto do presente que reconheceu à herança digital a mesma natureza, para fins de sucessão, dos demais bens do autor de uma herança qualquer (SARLET, 2018, p.17).

As inovações tecnológicas, como parte da evolução das sociedades, se por um lado criam soluções antes não imaginadas, por outro lado criam necessidades antes inexistentes. Parte dessas necessidades se encontram justamente no campo do direito. São os "pontos cegos", que a legislação não alcança por ter sido pensada em um momento em que tais ferramentas não existiam (MOLINARO; SARLET, 2015, p. 86).

A importância referida toma mais corpo quando há diversas posições doutrinárias e da jurisprudência sobre o mesmo tema, o que causa algum transtorno à segurança jurídica e, nesse caso, ao planejamento sucessório.

Vejamos as posições adotadas em solo pátrio e também em outros ordenamentos, para que assim possamos pensar em uma regulação no direito pátrio que atenda as necessidades que se mostram presentemente.

## **5 ENTENDIMENTO ATUAL DA MATÉRIA NO BRASIL**

A importância referida toma mais corpo quando há diversas posições doutrinárias e da jurisprudência sobre o mesmo tema, o que causa algum transtorno à segurança jurídica e, nesse caso, ao planejamento sucessório.

Conseguimos perceber três entendimentos doutrinários diferentes no Brasil, atualmente.

Inicialmente, parece ser majoritária corrente que diferencia os bens digitais, sendo que apenas os exclusivamente com conteúdo financeiro seriam transmissíveis, e, por outro lado, os unicamente existenciais seriam impossíveis de serem transmitidos pela colisão com a privacidade dos autores de herança e dos terceiros que com aqueles se comunicaram. Como observado anteriormente, essa corrente é contrária ao posicionamento adotado na decisão do tribunal

alemão que estudamos presentemente. (COSTA; VELOSO, 2022, p. 30). Em sentido contrário ao do alemão, o Tribunal de Justiça de São Paulo vem, recentemente, acolhendo essa posição.

No sentido contrário, outra corrente presente na doutrina brasileira, entende que todo o patrimônio digital é transmissível quando a abertura da sucessão, no mesmo sentido em que o acórdão alemão resolveu o problema com o Facebook, sobre o qual discorreremos brevemente nesse trabalho (FRITZ, 2021). Essa corrente não faz distinção, para fins de sucessão, dos bens meramente econômicos e daqueles existenciais. No caso brasileiro, o sentido defendido por essa corrente tem fulcro, também, no princípio de *saisine* (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 13).

Uma terceira corrente evoca a natureza contratual dos casos envolvendo conteúdo armazenado em redes sociais e que, por se tratarem de contratos personalíssimos, não haveria qualquer transmissibilidade a ser considerada no evento morte (COSTA; VELOSO, 2022, p. 34).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi apontado no estudo do caso alemão, a insegurança na forma de processar a sucessão do patrimônio digital quando da ocorrência de evento morte é danoso ao mundo dos fatos e à aplicação do direito aos casos concretos.

O patrimônio digital é um fato inegável, integrando cada vez mais o patrimônio individual de maioria dos indivíduos.

Por essa razão, os operadores do direito necessitam que haja uma legislação clara sobre a matéria, de maneira que não sobrem muitas dúvidas a serem resolvidas pela doutrina e jurisprudência.

Nesse sentido, andou bem o legislador português, que trouxe na Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, alguma previsão, ainda que breve, aplicável expressamente à herança digital, trazendo previsibilidade à sucessão desta espécie patrimonial.

A segurança jurídica do Direito das Sucessões, no atual contexto da sociedade brasileira contemporânea, impõe que o legislador traga pacificação à matéria, elegendo aquelas teorias que melhor se apliquem ao panorama nacional

e convertendo-as em texto de lei, tendo em vista que a matéria, em solo pátrio, ainda se encontra pendente de regulação fulcrada verdadeiramente em texto de lei específico sobre a herança digital.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei n. 11.441 de 4 de janeiro de 2007**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm). Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 25 nov. 2022.

CÉSAR, Gustavo Sousa. **A função social das Serventias Extrajudiciais e a Desjudicialização**. Colégio Registral do Rio Grande do Sul, 2019. Colégio Registral do Rio Grande do Sul ([colegioregistrals.org.br](http://colegioregistrals.org.br))

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. **Blomberg destaca reconhecimento de firma feito pelo e-notariado**. Disponível em: <https://www.notariado.org.br/blomberg-destaca-reconhecimento-de-firma-feito-pelo-e-notariado/>. Acesso em: 02 nov. de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Provimento n. 74, de 31 de julho de 2018**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2637>. Acesso em: 10 out. 2022.

COSTA, Sebastião Patrício Mendes; VELOSO, Maria Claudia Almendra Freitas. **Direito fundamental à herança, tecnologia e a garantia dos direitos da personalidade pos mortem**. 2022, Disponível em <https://periodicos.univel.br/ojs/index.php/redir>. Acesso em 25 nov. 2022.

DEUTSCHLAND. Bundesgerichtshof. III ZR 183/17. Disponível em: <https://openjur.de/u/2110135.html>. Acesso em: 25 de nov. 2022.

FRITZ, Karina Nunes. **Herança digital: Corte alemã e TJ/SP caminham em direções opostas**. 2021, Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/345287/heranca-digital-corte-alema-e-tj-sp-caminham-em-direcoes-opostas>. Acesso em: 25 nov. 2022.

LOPES, Joaquim de Seabra. **Direito dos Registros e do Notariado**. 8.ed. Coimbra: Almedina, 2016.

PORTUGAL. CARTA PORTUGUESA DE DIREITOS HUMANOS NA ERA DIGITAL. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2021-164870244>. Acesso em 25 nov. 2022.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. **Notas sobre a identidade digital e o problema da herança digital: uma análise jurídica acerca dos limites da proteção póstuma dos direitos da personalidade na internet no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC (Journal of Contemporary Private Law), 2018. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/476>. Acesso em 25 nov. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil, v.6: direito das sucessões**. 5 ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Os direitos da personalidade no novo Código Civil**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7590>. Acesso em: 25 nov. 2022

ZAMPIER, Bruno. **Bens digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais**. 2. ed. São Paulo: Foco, 2021.

## 29. O RECONHECIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: BREVE ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

*RECOGNITION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PERSONAL DATA PROTECTION: BRIEF ANALYSIS OF BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT JURISPRUDENCE*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-29>

*Helen Lentz Ribeiro Bernasiuk<sup>1</sup>*

### RESUMO

O presente estudo tem como objetivo a análise da posição do Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento da Ação direta de Inconstitucionalidade n. 6387, que tinha por fundamento a análise da Medida Provisória n. 954/2020, a qual dispunha acerca do compartilhamento de dados por empresas de Telecomunicações com a Fundação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE para fins “suporte à produção estatística oficial” durante a situação de emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus (Covid-19). Ao suspender os efeitos da Medida Provisória n. 954/2020, o STF, no caso paradigmático, reconheceu a existência do Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais como uma garantia fundamental presente na ordem constitucional brasileira.

Palavras-chave: Autodeterminação informativa. Direito fundamental autônomo. Proteção de Dados. Supremo Tribunal Federal.

### ABSTRACT

The present study aims to analyze the position of the Federal Supreme Court, in the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality n. 6387, which was based on the

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pela PUCRS, com bolsa CAPES/PROEX. Mestre em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Civil pela UFRGS. Especialista em Direito Público pela Uniderp; Diritto Costituzionale Comparato e Cultura Giuridica Europea pela Sapienza, Università di Roma (Itália); La constitución del algoritmo: Inteligencia artificial y Derecho, Universidad de Granada (Espanha). PPGD/PUCRS. Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4798723812833494>. Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6224-1251>. E-mail: [helenbernasiuk@gmail.com](mailto:helenbernasiuk@gmail.com).

analysis of Provisional Measure n. 954/2020, which treated about the sharing of data by companies of Telecommunications with the Brazilian Institute of Geography and Statistics Foundation – IBGE for the purpose of “supporting official statistical production” during the public health emergency resulting from the new coronavirus (Covid-19). By suspending the effects of Provisional Measure n. 954/2020, the STF, in the paradigmatic case, recognized the existence of the Fundamental Right to the Protection of Personal Data as a fundamental guarantee present in the Brazilian constitutional order.

Keywords: Informative self-determination. Autonomous fundamental right. Data Protection. Supreme Court.

## **INTRODUÇÃO**

Os avanços tecnológicos proporcionam uma crescente possibilidade de armazenamento de dados e informações, que marcam a contemporaneidade como sociedade informacional ou sociedade digital. Os recursos tecnológicos e digitais permitem a formação de grandes bancos de dados, conjuntos estruturados de dados pessoais, que podem ser inter cruzados, gerando diversas problemáticas caso haja vazamento ou má utilização desses dados.

A pandemia ocasionada pelo coronavírus (Covid-19) acelerou a transformação do meio físico para o digital, em razão das recomendações de distanciamento social para evitar a propagação da doença, até então desconhecida. Nesse panorama, em 2020, o mundo enfrentou a crise sanitária global da doença e, então, no contexto da pandemia, foi editada Medida Provisória – MP que previa o compartilhamento de dados pessoais para o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a fim de serem realizadas as estatísticas oficiais, já que a circulação de pessoas não era recomendada para evitar a propagação do coronavírus.

Foram ajuizadas diversas demandas (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI) contra o compartilhamento de dados pessoais. Nesse contexto, em decisão histórica, de Relatoria da Ministra Rosa Weber, restou reconhecido um direito autônomo à proteção de dados pessoais, no bojo da ADI n. 6387. Cumpre salientar que, quando da edição da MP e, na época do julgado (2020), ainda não estava em



vigência a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, Lei n. 13.709/2018 (BRASIL, 2018), tampouco estava incluso o direito à proteção de dados no texto constitucional, que foi inserido em 2022.

O Supremo Tribunal Federal – STF, ao julgar a ADI n. 6387, referendou a decisão liminar que suspendia a eficácia da MP n. 954/2020. Consequentemente, determinava, ao IBGE, que se abstinhasse de requerer a disponibilização, pelas operadoras de telefonia, em meio eletrônico, dos dados de que tratam e que dizem respeito aos nomes, números de telefone e endereços de todos os seus usuários, pessoas físicas e jurídicas.

O presente estudo divide-se em quatro seções. Na primeira, apresenta-se o caso, a MP no contexto da Pandemia de Covid-19; na segunda, analisa-se os argumentos pela constitucionalidade da MP n. 954/2020; na terceira, faz-se um breve panorama sobre dados pessoais e sua vulnerabilidade na Era Digital; e, por fim, analisa-se os critérios utilizados pelo Supremo Federal para o reconhecimento de um direito fundamental autônomo (direito à autodeterminação informativa) na ADI n. 6387 e análise crítica do julgado.

Desse modo, procede-se a um breve panorama acerca dos argumentos principais utilizados pelos Ministros do STF para o reconhecimento de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais, ou um direito à autodeterminação.

## **1 APRESENTAÇÃO DO CASO: MEDIDA PROVISÓRIA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19**

O Governo Federal, no contexto da pandemia de Covid-19, editou a MP n. 954/2020, objeto da demanda, que dispôs acerca do compartilhamento de dados por empresas de Telecomunicações com a Fundação do IBGE para fins de “suporte à produção estatística oficial” durante a situação de emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus. Em razão do avanço da pandemia e, acatando recomendações do Ministério da Saúde, o IBGE suspendeu as entrevistas e coletas de dados presenciais e solicitou “ter acesso a informações sobre o número de telefone e respectivo endereço residencial dos consumidores de serviços de

telecomunicações, de pessoas naturais ou jurídicas" (BRASIL, 2020a). Desse modo, determinava, em suas disposições, que as empresas disponibilizassem a relação dos nomes, números de telefone e endereços de seus consumidores (sejam pessoas naturais ou jurídicas) para produção estatística oficial.

A referida MP, objeto da demanda, em suas disposições, determinava às empresas o dever de disponibilizar a relação dos nomes, números de telefone e endereços de seus consumidores (sejam pessoas naturais ou jurídicas) para produção estatística oficial. Consoante consta no art. 2º, §1º, esses dados seriam utilizados direta e exclusivamente pela Fundação IBGE para a produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares (BRASIL, 2020a).

Em razão do objetivo da MP n. 954/2020, foram ajuizadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, as quais foram propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (ADI n. 6387), pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB (ADI n. 6388), pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB (ADI n. 6389), pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL (ADI n. 6390) e pelo Partido Comunista do Brasil (ADI n. 6393).

A Ministra Relatora analisou a ADI n. 6387, ajuizada pela OAB, por ser mais ampla, "abarcando o objeto das demais, e nela se afirmam presentes, na MP, os vícios da inconstitucionalidade formal e – pelo não atendimento dos requisitos da relevância e urgência, impostos pelo art. 62, caput, da CF, para a edição de medida provisória" (BRASIL, 2020b, p. 50). Ademais, citou a inconstitucionalidade material, ao argumento principal de violação das regras constitucionais da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, do sigilo dos dados e da autodeterminação informativa, albergados nos arts. 1º, inciso III, e 5º, incisos X e XII da nossa Lei Fundamental.

Os argumentos da inicial são a ocorrência de vícios da inconstitucionalidade formal, sob fundamento de que não foram observados requisitos constitucionais para edição de MP, bem como a alegação de inconstitucionalidade material, porquanto existente violação de regras constitucionais da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, do sigilo dos dados e da autodeterminação informativa (arts. 1º, III e 5º, X e

XII, da Constituição da República) (BRASIL, 1988). Ademais, não foi explicado de que modo a pesquisa contribuiria na formulação de políticas públicas de enfrentamento da crise sanitária, porquanto não foram informados os tipos de pesquisas a serem realizadas. Outrossim, não foi esclarecido o motivo para o compartilhamento de dados, uma vez que já fora informado, pelo IBGE, o adiamento do Censo Demográfico para o ano de 2021.

A argumentação comum das ações é a de que a MP, ao determinar de forma obrigatória que as empresas de telefonia fixa e móvel disponibilizassem ao IBGE dados pessoais, como caracterizados anteriormente, viola os dispositivos da Constituição Federal que asseguram a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e o sigilo dos dados (BRASIL, 1988).

Conforme assinalado pelo Ministro Gilmar Mendes, a tutela de um direito fundamental à proteção de dados “não mais se adstringe à demarcação de um espaço privado, mas, antes, afirma-se no direito à governança, transparência e sindicabilidade do tratamento de dados compreendidos em acepção abrangente” (BRASIL, 2020b, p. 109). Assim, no próximo tópico são analisados os argumentos pela constitucionalidade da MP.

## **2 ARGUMENTOS PELA CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA 954/2020**

O Advogado Geral da União se manifestou pelo indeferimento da medida cautelar, a fim de manter a MP n. 954/2020, em razão da necessidade de urgência na “formulação de políticas públicas no combate à pandemia” (BRASIL, 2020b, p. 10). Um dos argumentos era o de que, no que concerne ao acesso aos dados, o STF já havia decidido, quando do julgamento da ADI n. 2859, que a “transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, não ofende o direito à intimidade e à privacidade” (BRASIL, 2020b, p. 9). Desse modo, aduziu que o acesso aos dados pessoais na forma da MP n. 954/2020 contemplaria uma finalidade, qual seja, a pesquisa estatística e demais condicionantes de acordo com a LGPD, como a obrigação de conservação de sigilo e a posterior eliminação dos dados coletados.

Outrossim, o Advogado Geral da União assinalou que a MP não violava os direitos de “sigilo e comunicações telefônicas e de dados, não afronta as garantias de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, nem ofende o princípio da proporcionalidade” (BRASIL, 2020b, p. 11), justamente por prestigiar os direitos fundamentais de acesso à informação e à saúde. Assim, asseverou a indispensabilidade do levantamento estatístico da PNAD, pela proporcionalidade da MP. Consequentemente, o parecer inicial foi pelo indeferimento da medida cautelar e, após, pelo não referendo da medida cautelar, mantendo íntegra a MP.

O Ministro Marco Aurélio, único voto a favor da manutenção da MP editada pelo Poder Executivo, asseverou que havia a necessidade de evitar a tendência de “se jogar nas costas do Supremo, a responsabilidade sobre tudo o que é feito no território brasileiro” (BRASIL, 2020b, p. 151). Ele argumentou, ainda, que há a ausência de inconstitucionalidade, inclusive indagando aos Ministros no julgamento que dados bancários do cidadão eram partilhados com a Receita Federal. Considerou, assim, que o compartilhamento com o Ministério Público não verificou inconstitucionalidade. Ademais, assinalou que a análise da MP n. 954/2020 deveria ser submetida “não ao crivo do Supremo, mas ao do Congresso Nacional, que, além de apreciar a harmonia, ou não, com a Constituição Federal, aprecia também a conveniência e oportunidade da normatização da matéria” (BRASIL, 2020b, p. 151-152), consoante previsto na Constituição Federal.

Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio analisou detidamente os artigos da MP e entendeu que havia o balizamento temporal, ou seja, o compartilhamento de dados “não é submetido a prazo indeterminado”. Argumentou, assim, que essa medida estaria em vigor apenas enquanto o IBGE estivesse impossibilitado de realizar de realizar visitas domiciliares para coleta de dados, em razão da emergência de saúde pública de Covid-19. Além disso, alegou que, após, os dados seriam eliminados das bases de dados do IBGE. Ademais, afirmou que os dados seriam utilizados “exclusivamente pela Fundação IBGE” para produção de estatística oficial a partir de entrevistas via telefone, à semelhança de outras pesquisas que ocorrem por esse meio. Outrossim, seria realizado e divulgado um relatório de “impacto à proteção de dados pessoais” (BRASIL, 2020b, p. 153-155).

O referido Ministro argumentou, ainda, que o IBGE não iria interceptar dados das comunicações telefônicas de diálogos mantidos entre as pessoas. Assinalou que não se pode receber um telefonema do IBGE, mas que, contraditoriamente, há a prática de telemarketing, com ofertas de produtos e serviços, muitas vezes de forma ilegal. Outra defesa do Ministro diz respeito a dados conhecidos, manifestando-se nestes termos: “Eu mesmo, Presidente, meu endereço é conhecido, meu telefone celular é conhecido, meu telefone da residência também é conhecido, e jamais tive como solapada minha dignidade” (BRASIL, 2020b, p. 155).

Consoante a sua exposição, o IBGE, de posse dos telefones, em vez de alocar pessoas para trabalharem na rua, algo impossível no período de isolamento, faria pesquisa por telefone. Assim, ao destinatário, seria facultado responder ou simplesmente encerrar a chamada. (BRASIL, 2020b, p. 157). Nesse panorama, apenas um Ministro do STF julgou de modo favorável à MP, os demais, ou seja, a maioria, votaram pela suspensão de sua eficácia, como será analisado no próximo tópico.

### 3 DADOS PESSOAIS E A SUA VULNERABILIDADE NA ERA DIGITAL

Nas últimas décadas, a sociedade vivencia um “processo de inexorável reinvenção da privacidade” (RODOTÀ, 2008, p. 15). O marco histórico fundamental do conceito de privacidade, como “[...] direito fundamental e de personalidade que hoje é – arts 26º CRP e 80º CC – ocorre no século XIX, com a publicação, em 1890, na Harvard Law Review, do mais influente artigo ‘*The Right to Privacy*’” (GOMES, 2006, p. 23)<sup>2</sup>. O referido artigo americano foi escrito por Warren e Brandeis. Um dos grandes avanços desse estudo foi transpor a privacidade para os direitos pessoais. Anteriormente, encontrava-se no âmbito dos direitos reais (ABRIL; PIZARRO, 2014; URABAYEN, 1977)<sup>3</sup>. O texto tornou-se paradigmático por ter possibilitado, a partir de

---

<sup>2</sup> Segundo o jurista português Mario M. Vargues Gomes (2006), na gênese do conceito de privacidade, estaria a confidencialidade da correspondência e o direito à imagem.

<sup>3</sup> Ao comentar o artigo que introduziu a *privacy* no direito americano, Patricia S. Abril e Eugenio Pizarro (2014) narram que o artigo promovia a criação de um novo direito civil que protegeria o espaço pessoal do indivíduo contra a difusão não autorizada ao público.

precedentes da tradição *common law*<sup>4</sup>, a indentificação de um direito de privacidade de natureza pessoal independente da estrutura da propriedade (RUARO; MACEDO; BUBLITZ, 2013).

A partir da década de 1960, juristas começaram a identificar a potencialidade de dano, em razão das informatizações de informações pessoais dos indivíduos. Surgiram diversas legislações como uma forma de reação ao processamento de dados, tanto pela administração pública, quanto por empresas privadas (MENDES, 2011)<sup>5</sup>. Nesse sentido, a primeira lei do mundo a tratar da proteção de dados pessoais surgiu na Alemanha, em 1977 (RUARO; RODRIGUEZ, 2011). A segunda geração de leis sobre proteção de dados já estava ciente da difusão informatizada e a terceira geração (a partir da década de 1980) refletia o aumento de banco de dados e a necessidade de uma tutela aliada aos dados informatizados (DONEDA, 2001; MENDES, 2011)<sup>6</sup>.

O marco identificador da “reconceptualização do direito à privacidade coincide com o desenvolvimento jurisprudencial do conceito de autodeterminação informacional (*die informationelle Selbstbestimmung* pelo Tribunal Constitucional Alemão”. Conforme assinala o Ministro Gilmar Mendes, “No paradigmático *Volkszählungsurteil* (BVerfGE 65, 1), de 1983, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da chamada Lei do Censo alemã (*Volkszählungsgesetz*), que

---

<sup>4</sup> O modelo da *Common Law* é “baseado em precedentes – regras jurisprudenciais referidas como *unwritten law*, embora o conjunto desses possa ocupar livrarias inteiras, fundado no princípio denominado *stare decisis* (*to stand by that which is decided*), que prevalece. Isso quer dizer que os juízes norte-americanos se pautam por suas próprias decisões ou em decisões de juízes hierarquicamente superiores, chamadas de precedentes (*rules of precedent*). Em resumo, pode-se afirmar que, pelo sistema de precedentes, decisões proferidas em casos anteriores que guardem semelhança com casos atuais devem ser repetidas. Atualmente, os juízes norte-americanos já não se sentem mais vinculados a essas decisões prévias, podendo (senão que deva fazê-lo) adequá-la ao caso concreto. Nesse contexto, os *leading cases* não seriam nada mais do que uma decisão ou julgamento (de última instância) que serve, no sistema da *Common Law*, de paradigma para outras decisões em determinada área do direito” (RUARO; MACEDO; BUBLITZ, 2013, p. 169).

<sup>5</sup> São exemplos de normas da primeira geração, no âmbito europeu, as leis do Estado alemão de Hesse (1970), a Lei de Dados da Suécia (1973), o Estatuto de Proteção de Dados do Estado alemão de Rheinland-Pfalz (1974) e a Lei Federal de Proteção de Dados da Alemanha (1977). Nos EUA, foram aprovados nesse mesmo período o Fair Credit Reporting Act (1970), com foco na regulação dos relatórios de crédito dos consumidores, e o Privacy Act (1974), aplicável à administração pública (MENDES, 2011).

<sup>6</sup> Assinala-se que as legislações que sucederam foram bases de instrumentos importantes para criação de um conceito de privacidade atrelado à proteção de dados. A jurista Laura Mendes exemplifica “a Convenção 108 do Conselho da Europa (1981), as Diretrizes da OCDE para a proteção da privacidade e dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais (1980) e a Diretiva Europeia 95/46/CE relativa à proteção de dados pessoais” (MENDES, 2011, p. 50)

possibilitava que o Estado realizasse o cruzamento de informações sobre os cidadãos para mensuração estatística da distribuição especial e geográfica da população” (BRASIL, 2020b, p. 107).

A decisão do referido censo é considerada a “Magna Carta de sua construção dogmática, na medida em que trouxe suporte para a discussão constitucional sobre intervenção e controles estatais na esfera privada do indivíduo” (RODRIGUEZ, 2021, p. 57). Essa decisão de 1983 consagrou a autodeterminação informativa como uma das mais importantes decisões acerca do direito geral de personalidade.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 2008, atualizou a autodeterminação informativa, a partir do novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnicos – informacionais, reafirmando os princípios basilares da sentença da Lei do Censo e se adequando a realidade informacional (MENKE, 2019). Essa decisão advém da Lei do Estado de Nordrhein-Westfalen, que possibilitava a investigação em computadores de indivíduos investigados criminalmente e monitoramento de suas atividades na internet, o que levou o Tribunal a estender a proteção à privacidade e aos sistemas técnico- informais do cidadão (RODRIGUEZ, 2021).

O novo Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais na União Europeia – GDPR (RGPD, em português) é aplicável ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos em ficheiros ou a eles destinados<sup>7</sup>. No artigo 4º, há a definição de dados pessoais como sendo a informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»). Ademais, considera-se identificável a pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, v.g., um número de

---

<sup>7</sup> Antes do RGPD, diversas Diretivas regulavam o tratamento de dados pessoais. Destaca-se que a Diretiva Comunitária n. 95/46 é de salutar importância, porquanto regulamenta o tratamento, bem como a livre circulação dos dados pessoais, estabelecendo o dever dos Estados de criarem códigos de condutas (UNIÃO EUROPEIA, 2016). Ademais, A Diretiva n. 97/66 CE diz respeito ao tratamento da proteção dos dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das telecomunicações, trazendo determinações de segurança. Ainda, em 2002, foi promulgada a Diretiva n. 2002/58/CE, que regulamentou a proteção de dados pessoais no âmbito da comunicação eletrônica. Por fim, a Diretiva n. 2006/24/CE salienta a tutela do direito à privacidade e intimidade por meio dos Estados-membros, pois dispõe acerca da conservação de dados gerados ou tratados no âmbito da oferta de serviços de comunicações (RUARO; RODRIGUEZ, 2010, p. 168-169).

identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular (UNIÃO EUROPEIA, 2016)<sup>8</sup>.

O RGPD tem como objetivo reforçar os direitos fundamentais na Era Digital, bem como facilitar o fluxo informacional relacionado à atividade comercial mediante a clarificação das normas aplicáveis às empresas e aos organismos públicos no mercado único digital. Assim, a legislação única facilita, precipuamente, a adoção de medidas protetivas e evita encargos desnecessários oriundos de sistemas diversos legislativos diversos.

No Brasil, importante referir que, antes da LGPD (que foi baseada no RGPD europeu, com diversos artigos similares, inclusive), havia diversas leis setoriais que regulavam aspectos relevantes sobre o tema da proteção de dados<sup>9</sup> como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Cadastro Positivo, Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), Marco Civil da Internet. Mais recentemente, a LGPD, Lei n. 13.709/2018, expressamente dispõe que “a disciplina de proteção de dados pessoais tem como fundamentos o respeito à privacidade e a autodeterminação informativa” (BRASIL, 2018)<sup>10</sup>. Ademais, o direito fundamental à proteção de dados pessoais deriva, conforme assinalado pelo Ministro Gilmar Mendes:

(i) no direito fundamental à dignidade da pessoa humana, (ii) na concretização do compromisso permanente de renovação da força normativa da proteção constitucional à intimidade (art.5º, inciso X, da CF/88) diante do espraiamento de novos riscos derivados do avanço tecnológico e ainda (iii) no reconhecimento da

---

<sup>8</sup> O Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais na União Europeia revoga a Diretiva 95/46/CE.

<sup>9</sup> A Lei n. 9507/1997 sobre o *habeas data*, as Leis n. 9296/1996 e n. 10.271/2001 sobre interceptação telefônica e captação ambiental e demais dados envolvidos nesta seara, a LC 105/2001 que permite às autoridades administrativas a quebrarem o sigilo bancário no caso da prática de ilícitos penais ou administrativos, a Lei n. 9613/1998 relativa à lavagem de dinheiro, o Código de Defesa do Consumidor nos art. 43 e 44 no que concerne aos bancos de dados e suas implicações nas relações de consumo, bem como nos arts. 72 e 73 do referido Código e, ainda, no Capítulo II do Código Civil (arts. 11 a 21 do CC/2002), de forma geral, relativo à disciplina dos direitos de personalidade.<sup>9</sup>A Lei de Acesso à Informação, Lei n. 12.527/11, em seu art. 10º, trouxe a possibilidade de qualquer interessado requerer o pedido de acesso à informação aos órgãos e entidades, tendo como objetivo principal dar mais transparência às informações públicas.

<sup>10</sup> Consoante se verifica do art. 2, inciso I e II.



centralidade do Habeas Data enquanto instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa (BRASIL, 2020b, p. 109).

Importante referir que, em 2022, após o julgamento paradigmático, restou inclusa no texto constitucional a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais (BRASIL, 2022)<sup>11</sup>. As sociedades contemporâneas, vale lembrar, em razão das constantes evoluções tecnológicas, são denominadas de sociedade da informação (CASTELLS, 2000). Ou seja, trata-se de uma organização social que, alicerçada nos meios digitais informacionais, assiste à interdependência entre as tecnologias de coleta, armazenamento e compartilhamento de dados e as estruturas políticas e econômicas do coletivo (VIEIRA, 2007). Dessa maneira, observa-se a necessidade de discussão e regulamentação da matéria, como aqui referido.

Ainda, em razão da acelerada digitalização, denomina-se *Era Digital* ou *Sociedade Digital*. A partir segunda década do século XXI, vivencia-se um momento inédito na história, o que envolve uma reconfiguração na forma como as sociedades coletam, armazenam e utilizam dados pessoais de cidadãos. Esse momento, reforça-se, vai além do que, há alguns anos, era denominado de Sociedade do Conhecimento ou Sociedade da Informação (SARLET, 2021a).

A questão digital é relevante no contexto contemporâneo, tanto que estudos específicos acerca do que se denomina “constitucionalismo digital”, que corresponde “de forma ainda mais abstrata, a uma corrente teórica do Direito Constitucional contemporâneo que se organiza a partir de prescrições normativas comuns de reconhecimento, afirmação e proteção de direitos fundamentais no ciberespaço” (MENDES; FERNANDES, 2020, p. 5).

Nesse sentido, a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital prevê, expressamente, em seu artigo 8º, o direito à privacidade no ambiente digital

---

<sup>11</sup> Cumpre assinalar que foi incluso no art. 5º, o inciso LXXIX, que reconhece a proteção de dados pessoais como um direito fundamental e assevera que tais prerrogativas também dizem respeito aos meios digitais.

(PORTUGAL, 2017)<sup>12</sup>. Balaguer Callejón, a esse respeito, entende que a sociedade digital “con la aparición de nuevos derechos que deben ser regulados para poder ofrecer condiciones de seguridad jurídica y de protección frente a los agentes globales que en la actualidad los lesionan de manera masiva (BALAGUER CALLEJÓN, 2021, p. 13-14)”<sup>13</sup>.

A digitalização dos dados pessoais agrava a possibilidade de vazamentos de dados acidentais, eventuais falhas no sistema e invasão ou, ainda, a venda ilegal de dados, o que potencializa a chance de direitos fundamentais serem afetados. Outrossim, a facilidade de acesso e de cruzamento de dados possibilitam maior conhecimento e controle de informações sobre a vida pessoal, privada e social de cidadãos (MIRANDA; MEDEIROS, 2006). Nesse aspecto, o reconhecimento de um direito fundamental correspondente à proteção de dados, atualiza a necessidade de proteção da pessoa humana, bem como a liberdade e a dignidade inerentes a esse contexto (MOLINARO; SARLET, 2019).

No âmbito da administração pública, convém recordar, o art. 37 da Constituição Federal elenca os princípios basilares da administração pública (BRASIL, 1988)<sup>14</sup>. O Estado, nessa ordem, deve se alinhar aos desafios da transformação digital (OECD, 2020)<sup>15</sup>. Além disso, para que consiga entabular políticas públicas eficazes, necessita ter acesso a uma gama de dados.

---

<sup>12</sup> **Artigo 8.º** Direito à privacidade em ambiente digital - Todos têm direito a comunicar eletronicamente usando a criptografia e outras formas de proteção da identidade ou que evitem a recolha de dados pessoais, designadamente para exercer liberdades civis e políticas sem censura ou discriminação. 2 - O direito à proteção de dados pessoais, incluindo o controlo sobre a sua recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição, é assegurado nos termos legais (PORTUGAL, xxx).

<sup>13</sup> “El cambio civilizatorio que está suponiendo la transformación hacia la sociedad digital deja a la constitución en una posición muy difícil frente a los factores de poder que se están configurando en el nuevo orden global. No se trata solo de nuevas estructuras, procedimientos y técnicas en la sociedad digital, que podemos representar simbólicamente a través del algoritmo, cada vez más presente en nuestras vidas. Se trata también de nuevos paradigmas, de patrones culturales que están cambiando la forma de pensar y los valores que inspiran a nuestras sociedades” (BALAGUER CALLEJÓN, 2021, p. 13-14).

<sup>14</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

<sup>15</sup> Cumpre assinalar o documento “A Caminho da Era Digital no Brasil examina a disponibilidade e a qualidade das redes e serviços de comunicação no Brasil, bem como políticas e regulamentos relacionados. A Revisão também analisa as tendências no uso da tecnologia digital entre indivíduos, empresas e o governo, e examina políticas para promover sua difusão. Ela discute os esforços para

Os dados pessoais, por sua vez, compõem perfis e identidades digitais e possuem valor econômico e político, porquanto podem ser usados, inclusive por sistemas que se baseiam em algoritmos, para fins de vigilância e controle social que transcendem os limites naturalmente impostos pelo Estado Democrático de Direito (SARLET; CALDEIRA, 2019). Contudo, as inúmeras possibilidades de condutas discriminatórias afrontam o princípio da dignidade humana (SARLET, 2008)<sup>16</sup>.

Assim, procede-se, na próxima seção, à análise dos critérios utilizados pelo STF para o reconhecimento de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais e análise crítica do julgado.

#### **4 PROTEÇÃO DE DADOS: CRITÉRIOS UTILIZADOS PELO SUPREMO FEDERAL PARA O RECONHECIMENTO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO E ANÁLISE CRÍTICA DO JULGADO**

Inicialmente, cumpre assinalar que os Ministros manifestaram, em seus votos na matéria em análise, o respeito pelo IBGE e, em nenhum momento, alegaram desconfiança na instituição, como se observa do voto do Luiz Fux, ao dizer que é cediço “que o IBGE, que é uma instituição respeitadíssima, e nesse nosso voto não vai nenhum voto de desconfiança pela ação ao IBGE, mas a verdade é que a instituição sempre fez com muita precisão suas pesquisas por amostragem” (BRASIL, 2020b, p. 51).

Em sede cautelar, a Ministra Rosa Weber, com base na tese da proporcionalidade da medida, argumentou que os dados específicos solicitados não eram proporcionais ao objetivo da medida exposta na MP. Isso porque dados pessoais, como nome, número de telefone e endereço, não são dados relevantes para

---

umentar a confiança na economia digital, com foco na segurança digital, privacidade e proteção do consumidor. Ela também analisa políticas para promover a inovação digital e examina as implicações políticas dos modelos de negócios emergentes em setores-chave” (OECD, 2020)

<sup>16</sup> Conceitua-se dignidade humana como sendo “[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, 2008, p. 38).

atingir a finalidade pretendida, qual seja, a formação de política pública para contenção da Covid-19. Sendo assim, o ônus de comprovar a adequação da medida seria do próprio Poder Público, que, ao editar a MP, não esclareceu de forma adequada a necessidade de utilização de tais dados pessoais.

Esse julgamento é um marco porque restou expressa a tutela de proteção dos dados pessoais como direito fundamental, uma vez que o voto da Relatora reconheceu expressamente um direito fundamental à autodeterminação informativa. Nesse aspecto, ensejou uma tutela jurisdicional quando a violação não for devidamente justificada: "proporcional, necessário e adequado e com proteção efetiva do sigilo perante terceiros, com governança que inclua o Judiciário, o Ministério Público, a Advocacia e entidades da sociedade civil" (MENDES, 2020).

A Ministra Rosa Weber, em acréscimo aos argumentos já explicitados quando da concessão da medida liminar, aduziu que o IBGE informou ter iniciado a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD (Covid-19) em parceria com o Ministério da Saúde, a fim de quantificar as pessoas com sintomas da doença, bem como os impactos da pandemia no mercado de trabalho.

Para a definição da amostra da pesquisa, foram utilizadas as bases de 211 mil domicílios que participaram da PNAD no primeiro trimestre de 2019. Isso, segundo a Relatora, demonstra a desnecessidade e o excesso de compartilhamento de dados que continuam na MP, porquanto o objetivo que constava na MP estava sendo realizado de forma menos invasiva à privacidade. Dentre os argumentos do voto da Ministra Rosa Weber, cumpre destacar quatro fundamentos centrais a demonstrar a ausência de adequação, razoabilidade e proporcionalidade na presente hipótese para se afastar o sigilo dos dados pessoais.

O primeiro fundamento foi o de que a MP n. 954/2020 não delimitava o objeto da estatística a ser produzida, "nem a finalidade específica, tampouco a amplitude. Igualmente, não esclarece a necessidade de disponibilização dos dados, nem como serão efetivamente utilizados". No segundo fundamento, asseverou que não havia demonstração direta de urgência com a emergência de saúde pública, decorrente da pandemia de Covid-19, pois ainda que se possa associar, por inferência, "que a estatística a ser produzida tenha relação com a pandemia invocada como justificativa na edição da medida provisória, tal dilação não se extrai de seu texto". O

terceiro fundamento foi o de que não restou demonstrada a adequação e necessidade, porquanto não definido “apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados”. Por fim, argumentou que a MP “não apresenta mecanismo técnico e administrativo apto a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida” (BRASIL, 2020b, p. 22).

A Ministra Carmem Lúcia, por sua vez, argumentou que os dados constantes nas empresas de telecomunicações foram fornecidos pelos consumidores para aquisição do serviço de telefonia. Nesse panorama, o compartilhamento desses dados com entidades de administração pública para fim diverso deveria observar parâmetros de “proporcionalidade, necessidade e adequação, de modo a preservar os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, o que não parece se fazer presente na espécie.” Desse modo, a Ministra entendeu que a MP não previu mecanismos suficientes para assegurar o sigilo dos dados compartilhados que seriam compartilhados com o IBGE (BRASIL, 2020b, p. 148).

O Ministro Luís Roberto Barroso fez um arazoado acerca da importância dos dados, ao demonstrar que, junto com a tecnologia, são o principal ativo da nossa época: (BRASIL, 2020b, p. 47)<sup>17</sup>. Nesse aspecto, o referido ministro entendeu a necessidade de consentimento informado aliado à mecanismos de segurança. Assim, assinalou que a utilização de dados pessoais para fins de produção de estatísticas apenas será compatível com o direito à privacidade se atender a três critérios, conforme explicitado em seu voto: primeiro, a finalidade da pesquisa deve ser precisamente delimitada; segundo, o acesso deve ser permitido de maneira mínima necessária para a extensão de seus objetivos; e, por fim, devem ser adotados procedimentos de segurança suficientes para prevenir riscos de acesso desautorizados, vazamentos acidentais e, até mesmo a utilização indevida (BRASIL, 2020b).

---

<sup>17</sup> Nesse aspecto, o Ministro Barroso assinala que “as empresas mais valiosas do mundo contemporâneo são as empresas de tecnologia, são as empresas de dados. As mais valiosas empresas contemporâneas são: Amazon, Apple, Facebook, Google e Microsoft. Todas elas trabalham com dados, combinados com tecnologia e propriedade intelectual. [...] o problema são os riscos e ameaças envolvidos”. Conforme voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2020b, p. 47).

O voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes foi de salutar relevância, porquanto assinalou a necessidade de preservar as garantias individuais e manter a Força Normativa da Constituição Federal, “[...] que constituem a base da democracia constitucional e que hoje são diretamente ameaçadas pelo descompasso entre o poder de vigilância e a proteção da intimidade” (BRASIL, 2020b, p. 107)<sup>18</sup>. Sobre esse aspecto, Daniel Piñeiro Rodriguez (2021, p. 172) afirma que isso se deve à elevada capacidade de coleta, tratamento e análise de dados pessoais por governantes, com a utilização de algoritmos que realizam “classificações e estereotipações discriminatórias de grupos sociais para a tomada de decisões relativas à alocação de oportunidades de acesso a emprego, negócios e bens sociais”.

Da análise do voto do Ministro Luiz Fux, extrai-se que a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa “são direitos fundamentais autônomos, extraídos da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, e conseqüentemente, do princípio da dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 2020b, p. 55). Ao fundamentar seu voto, o referido Ministro assinalou que esses direitos são extraídos da interpretação integrada da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da garantia processual do *habeas data* (art. 5º, LXXII), todos previstos na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Nesse panorama, concluiu que a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são “direitos fundamentais autônomos extraídos da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e, conseqüentemente, do princípio da dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 2020b, p. 55).

Uma das problemáticas da medida provisória refere-se ao relatório de impacto à proteção das informações pessoais dos consumidores, que, consoante o Ministro Ricardo Lewandowski,

---

<sup>18</sup> Cumpre assinalar que no seu voto, o Ministro Gilmar Mendes relata que “No paradigmático Volkszählungsurteil (BVerfGE 65, 1), de 1983, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da chamada Lei do Censo alemã (Volkszählungsgesetz), que possibilitava que o Estado realizasse o cruzamento de informações sobre os cidadãos para mensuração estatística da distribuição especial e geográfica da população. Nesse julgado, a Corte Constitucional redefiniu os contornos do direito de proteção de dados pessoais, situando-o como verdadeira projeção de um direito geral de personalidade para além da mera proteção constitucional ao sigilo” (BRASIL, 2020b, p. 107).

[...] não pode ser feito a destempo, depois de já compartilhados e ocorridos eventuais abusos, pois assim, ao menos em um juízo de cognição sumária, será tarde demais para que seja apurado se houve ou não adequação à legislação e como foi impactado o regime de proteção de dados (BRASIL, 2020b, p. 85).

A decisão em si, como reconhecimento de proteção de dados como direito fundamental, não foi questionada, uma vez que, de fato, foi uma decisão histórica no campo da proteção de dados no direito brasileiro. De qualquer sorte, tratou da (in)constitucionalidade de compartilhamento de dados de empresa privada com órgão público e é necessário refletir sobre o uso adequado, ou não, da proporcionalidade. Aqui, poderia se estabelecer uma outra leitura, o debate não estaria fechado nesse ponto. Não se pode olvidar que, da leitura do voto dos Ministros, extrai-se uma questão de desconfiança com relação ao Poder Executivo, em razão do momento político, ou seja, o temor de que esse poder usasse tais dados para fins de vigilância dos cidadãos.

Alguns países, durante a pandemia de coronavírus, chegaram ao ponto de obrigar pessoas a permitirem que câmaras de vigilância fossem instaladas no interior de suas residências ou bem acima da porta de entrada, a fim de garantir o cumprimento das regras de quarentena (VELÉZ, 2021, p. 88)<sup>19</sup>. No Brasil, diversas questões chegaram ao STF na vigência da pandemia de coronavírus, inclusive, diga-se de passagem, uma vez que não se trata do objeto deste estudo, denota-se uma evolução na análise dos julgados (SARLET; SARLET, 2022)<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Vélez (2021) destaca a discussão onipresente da vigilância. Com a completa migração do mundo offline para o mundo on line nas últimas duas décadas e com o surgimento de novas técnicas culturais, a privacidade ganha um contorno próximo àquele estabelecido por Hannah Arendt, com a expressão "direito a ter direitos".

<sup>20</sup> Apenas a título exemplificativo, percebe-se uma evolução de parâmetros nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Em artigo acerca do compartilhamento de dados no âmbito do poder público, destaca-se "digna de nota é a decisão monocrática proferida pelo ministro Gilmar Mendes na ADPF 695 MC/DF, que versa sobre o compartilhamento de dados pessoais pelo Serviço Federal de processamento de Dados (Serpro) com a Agência Brasileira de Inteligência (Abin), com suposto lastro normativo no Decreto n. 10.046, que revogou o Decreto 8.789/19, passando a disciplinar o compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública Federal, ademais de instituir o Cadastro Base do Cidadão (CBC) e criar o Comitê Central de Governança de Dados (CCGD). Naquela decisão, o ministro afirmou que: "o regime jurídico de compartilhamento de dados entre órgãos e instituições do Poder Público é matéria de extrema relevância para a proteção constitucional do direito constitucional à privacidade (artigo 5º, caput e incisos X, da Constituição Federal), situando-se como garantia elementar de qualquer sociedade democrática contemporânea" (SARLET; SARLET, 2022).

Vale reforçar que o princípio da proporcionalidade assinala que “se deve eleger a opção que é mais conveniente não somente para resolver o problema, mas também a menos desvantajosa para outros interesses” (HOFFMANN, 2015, p. 28). Nesse aspecto, para que haja uma avaliação adequada desse princípio, os operadores do direito “devem também levar em conta as alterações das condições do cenário econômico, tecnológico, político e cultural. Também exige uma disposição para aprendizagem” (HOFFMANN, 2015, p. 28).

A questão da proporcionalidade<sup>21</sup> (FREITAS, 2009, p.61-62) vale esclarecer, diz respeito à proteção de um futuro que pode não se concretizar. O IBGE, nesse sentido, é um órgão tradicional e com reputação de instituição séria, o que foi corroborado nos votos dos Ministros.

O compartilhamento de dados em si não é o principal problema, e sim o uso desses dados, ou seja, o seu destino e pessoas que terão conhecimento sobre eles. A decisão, dessa maneira, poderia reconhecer um direito fundamental à proteção de dados e, em razão de sua função de sua dimensão objetiva, delimitar o compartilhamento para essa finalidade e reafirmar a proteção dos dados com base em procedimentos adequados. Ademais, poderia ter oferecido uma solução alternativa, pelo próprio princípio da proporcionalidade, que seriam parâmetros adequados de outro meio disponível ao IBGE para atingir a finalidade específica da MP. Como referido, a decisão deve ser referendada pelo reconhecimento da autodeterminação informativa, mas essa questão da proporcionalidade ficou em um plano secundário.

Outro ponto que poderia ser desenvolvido é a cibersegurança, que é o ramo do ciberespaço que visa proteger computadores e servidores, dispositivos móveis, sistemas eletrônicos, redes e dados, contra ataques maliciosos. Também é chamada de segurança da tecnologia da informação ou segurança de informações eletrônicas (POLESEL, 2021). No seu voto, o Ministro Barroso especificamente aduziu a necessidade de que o compartilhamento de dados só seria compatível (dentre outros

---

<sup>21</sup> O Princípio da proporcionalidade determina (não apenas exorta) que a Administração Pública “lato sensu” evite agir em demasia ou de modo insuficiente, inoperante ou omissivo na consecução de seus objetivos”. Ainda, a violação da proporcionalidade ocorre quando na “presença de dois valores legítimos a sopesar, o administrador da prioridade a um em detrimento ou sacrifício exagerado do outro” (FREITAS, 2009, p. 61-62).



parâmetros) se fossem “adotados procedimentos de segurança suficientes para prevenir riscos de acesso desautorizado, vazamentos acidentais ou utilização indevida” (BRASIL, 2020b, p. 50). No entanto, não há nenhum parâmetro de como isso deva ser realizado nessa decisão.

O princípio da finalidade abordado pelos Ministros significa que os dados devem ser coletados e utilizados para o fim a que foram propostos. Doneda (2001, p.131), nesse sentido, acrescenta que tal princípio também pode ser denominado de boa-fé, na medida em que todo procedimento relativo a banco de dados deve ser realizado com o fim a que foi proposto. Rodotà (2000, p. 585), por sua vez, argumenta que “eventual utilizzazioni ulteriore rispetto alle finalità originarie” só pode ser utilizada se houver o consenso da pessoa interessada.

Desse modo, o entendimento do STF foi no sentido de que a medida MP não especificava ou detalhava as finalidades específicas para as quais os dados seriam utilizados, ou seja, a pretexto de verificar a extensão do coronavírus, pede-se uma devassa nos dados pessoais, como nome, telefone e endereço. Outrossim, o disposto da MP não delimita nem o objeto da estatística, tampouco a finalidade específica, a amplitude e a necessidade de disponibilização dos dados. Foi assinalado, nesse contexto, o risco efetivo de informação precisa e perfil dos usuários.

Assim, ao suspender os efeitos da MP n. 954/2020, o STF reconheceu a existência do Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais como uma garantia fundamental presente na ordem constitucional brasileira. O voto do Ministro Gilmar Mendes afigura-se de particular interesse ao estabelecer sólida base dogmática para a atualização das garantias constitucionais ao contexto da Sociedade da Informação e reconhecer a natureza fundamental do direito à proteção de dados pessoais (DONEDA, 2020).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O problema que tem ocupado a atenção de juristas diz respeito ao compartilhamento de dados pessoais, cruzamento e disseminação de informações, que se agrava através das novas tecnologias. Isso porque, como assinalado pelo Ministro Luis Barroso, os dados são o novo “petróleo”, porquanto as empresas mais

valiosas trabalham com dados aliadas à tecnologia. Nesse panorama, há a possibilidade de traçar perfis e, a depender do tipo de informação, caso haja o vazamento ou má utilização dos dados pessoais, o indivíduo pode sofrer danos irreparáveis<sup>22</sup>.

As dificuldades da coleta e compartilhamento de dados ganhou notoriedade em razão da sociedade hiperconectada, denominada Sociedade da Informação ou Sociedade Digital. Ato contínuo, usos indevidos afrontam princípios basilares no que se refere à dignidade da pessoa humana. O contexto contemporâneo é caracterizado pela hiperconectividade que agrava a colheita e compartilhamento de dados. O caso emblemático envolvendo a empresa Cambridge Analytica, em que dados de usuários Facebook foram utilizados sem autorização para influenciar decisões eleitorais, gerou grandes debates internacionais acerca da temática (SANTOS; LOMBARDI, 2019).

Nesse panorama, surgiu o Regulamento Geral de Proteção de Dados, aplicável aos países da União Europeia, em 2018, que foi utilizado como base para a LGPD brasileira (POLIDO *et al.*, 2018)<sup>23</sup>, que, em 2020, na época do julgamento da ADI n. 6387, ainda estava em período de *vacatio legis*. Outrossim, à época do julgado, sequer haviam sido adotadas medidas para instituição da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, tampouco as sanções previstas na LGPD estavam em vigência.

É de salutar relevância o tema da proteção de dados, inclusive por ser base da economia digital. Inconteste, todavia, é que os indivíduos devem ter o acesso e controle aos seus dados pessoais. Nesse aspecto, o julgado paradigmático, ao suspender a MP que previa o compartilhamento de dados dos usuários de telecomunicações com o IBGE, para a produção de estatística oficial durante a pandemia da Covid-19, firmou o posicionamento de que a MP violou o direito à intimidade, à vida privada e ao sigilo de dados.

---

<sup>22</sup> Acerca da problemática atinente acerca do vazamento de dados pessoais, especialmente os dados sensíveis, como são os genéticos (e, justamente em razão disso receberam um tratamento diferenciado pela LGPD), como discriminação em contratos de trabalho, de seguro, dentre outros (BERNASIUK, 2021).

<sup>23</sup> A sigla em inglês que se destaca nas discussões acadêmicas e nos quadros internacionais é GDPR, correspondente à General Data Protection Regulation. Em português, a sigla corresponde à RGDP.

A decisão proferida pelo STF foi considerada histórica, porque foi reconhecido um direito fundamental à proteção de dados pessoais. Na análise do julgado, a dualidade analisada foi justamente a importância dos dados no mundo contemporâneo e os riscos para a privacidade no caso de malservação desses dados.

Uma das questões assinaladas foi a violação ao postulado da proporcionalidade. Dentre os argumentos dos votos, seria o de que a MP não especifica para quais finalidades os dados serão utilizados. Assim, a referida MP incorreu em excesso ao determinar o compartilhamento de milhões de brasileiros sem, contudo, detalhar métodos de segurança para evitar riscos de vazamento.

O judicioso voto é de salutar relevância na parte em que reconhece um direito fundamental à proteção de dados. Todavia, percebe-se, a questão da proporcionalidade e da utilização dos dados poderia ter sido mais trabalhada. Isso porque, no próprio voto, já poderiam ter sido fixados parâmetros para a utilização dos dados, já que o contexto pandêmico impedia a realização de visitas domiciliares pelo IBGE.

Outra questão pouco trabalhada foi a construção de parâmetros, *standarts* de cibersegurança. Quais são os padrões mínimos que devem ser observados para que os dados não seja vazados, para que fossem atendidos os princípios da proporcionalidade? Reforça-se que, à época do julgamento, ainda não havia sido instituída a ANPD. Atualmente, inclusive há guia orientativo de segurança da informação para agentes de tratamento de pequeno porte (BRASIL, 2021). Importante referir, ainda, que decisões do próprio STF foram sendo aprimoradas nesse sentido. Todavia, a decisão ora analisada, nesse ponto específico, não referiu quais seriam os padrões mínimos a serem observados.

Nesse panorama, essa autonomia do direito fundamental à proteção de dados pessoais, também denominada por alguns Ministros como o direito à autodeterminação informativa, redefiniu a extensão da proteção à privacidade do indivíduo. Molinaro e Sarlet (2019), antes mesmo do julgamento pelo STF, já alertavam que a proteção de dados pessoais – e o reconhecimento de um direito fundamental correspondente –, de certo modo, “confere um novo e atual sentido à

proteção da pessoa humana e da dignidade, da autonomia e das esferas de liberdade que lhes são inerentes" (MOLINARO; SARLET, 2019, p. 206).

Outro ponto que merece atenção refere-se ao conceito de privacidade contextualizada, ou privacidade em contexto. Nesse sentido, estabelecendo-se paralelos com o tema deste estudo, os usuários forneceram seus dados para contratação de telefonia fixa ou móvel, sem autorização para que fossem compartilhados com terceiros. Dessa maneira, essa hipótese seria violada no caso de compartilhamento de dados, inclusive, como poder público, sem a autodeterminação informacional dos usuários (NISSENBAUM, 2010). Assim, o voto do Ministro Gilmar Mendes afigura-se de particular interesse ao estabelecer sólida base dogmática para a atualização das garantias constitucionais ao contexto da Sociedade da Informação e reconhecer a natureza fundamental do direito à proteção de dados pessoais.

A proteção de dados, com a implementação da LGPD e a inclusão no texto constitucional, mostra-se imprescindível por institucionalizar uma cultura de proteção de dados. Isso porque está alinhada aos direitos fundamentais, sempre respeitando a dignidade da pessoa humana, a autodeterminação informativa e vinculando o Estado a estabelecer parâmetros, a fim de evitar o compartilhamento exacerbado de dados.

Após a decisão paradigmática do STF, a proteção de dados adquiriu *status* de direito fundamental. As sanções impostas pela LGPD passaram a vigorar, dando uma maior efetividade à nova legislação. Outrossim, em 2022, a proteção de dados pessoais restou incluída expressamente no texto constitucional, com a promulgação Emenda Constitucional n. 115/2022, que inseriu o inciso LXXIX no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira. Além de reconhecer a proteção de dados pessoais como um direito fundamental, assevera que tais prerrogativas também dizem respeito aos meios digitais (BRASIL, 2022).

Assim, a partir da sua incorporação no texto constitucional, o conceito de proteção de dados pessoais é aplicável a inúmeras situações problemáticas, já previstas ou não, ligadas à coleta, processamento, armazenamento e transmissão de dados, permitindo, dessa maneira, uma maior maleabilidade na sua aplicação.

No contexto da sociedade digital, é inevitável a utilização de novas tecnologias. Todavia, os direitos fundamentais devem ser protegidos, para que as novas tecnologias não gerem excessiva vigilância, riscos discriminatórios e ofensa ao princípio basilar do Estado Democrático de Direito, que é o da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, nesse contexto, nunca é demais lembrar que levar à sério a proteção de dados pessoais, como assinala Ingo Sarlet (2021b, p. 44) é “sempre também render homenagem à dignidade da pessoa humana, ao livre desenvolvimento da personalidade e à liberdade pessoal como autodeterminação” (SARLET, 2021b, p. 44). A inclusão da proteção de dados no texto constitucional significa dar efetividade ao reconhecimento de que as pessoas têm direito de exercer a sua liberdade. Isso significa, outrossim, não permitir que intervenções externas e ilegítimas do ponto de vista constitucional cerceiem o direito de cidadãs e cidadãos sobre os seus próprios dados pessoais.

## REFERÊNCIAS

ABRIL, Patricia S.; PIZARRO, Moreno Eugenio. La intimidad europea frente a la rivacidade americana: una vision comparativa del derecho al olvido. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, p. 08-09, 2014. Disponível em: <http://derechoaleer.org/media/files/olvido/1031.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital. *In*: GOMES, Ana Cláudia Nascimento; ALBERGARIA, Bruno; CANOTILHO, Mariana Rodrigues (Coord.). **Direito Constitucional**: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BERNASIUK, Helen Lentz Ribeiro. **Liberdade de pesquisa genética humana e a necessidade de proteção dos dados genéticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 05 out. 2022.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 08 out. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória n. 954, de 17 de abril de 2020**. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília: Congresso Nacional, 2020a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8097182&ts=1630408742066&disposition=inline>. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387**. Relator: Ministra Rosa Weber. Julgado em: 24 abr. 2020b. Brasília: STF, 2020b. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. **Segurança da informação para agentes de tratamento de pequeno porte**. Brasília: Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-vf.pdf>. Acesso em 26 nov. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 115, de 10 de fevereiro de 2022**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília: Palácio do Planalto, 2022. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm). Acesso em 3 maio 2022. Acesso em: 15 set. 2022.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: do conhecimento à política. *In*: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). **A sociedade em rede: do conhecimento à acção política**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. V. 1. P. 17-31.

DONEDA, Danilo César Maganhoto. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 111-133.

DONEDA, Danilo. **STF reconhece o direito fundamental à proteção de dados**. Site Danilo Doneda, [S.l.], 5 set. 2020. Disponível em: <http://www.doneda.net/2020/05/09/stf-reconhece-o-direito-fundamental-a-protecao-de-dados/>. Acesso em 30 set. 2022.

FREITAS, Juarez de. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

GOMES, Mário Manuel Vargas. **O código da privacidade e da proteção de dados pessoais, na lei e na jurisprudência (nacional e internacional)**. Lisboa: Centro Atlântico, 2006.

HOFFMANN, Riem. Direito, tecnologia e inovação. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P (Coord.) **Direito, Inovação e Tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 11-31.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, v. 16, n. 1, p. 1-33, 2020.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 79, p. 45-82, jul./set. 2011.

MENDES, Laura Schertel. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Jota info**, 10 mai. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>. Acesso em: 08 jul. 2022.

MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnicos informacionais no direito alemão. **RJLB- Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 1. p. 781-809, 2019.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data. **Direitos Fundamentais & Justiça**, a. 13, n. 41, p. 183-212, jul./dez. 2019.

NISSENBAUM, Helen. **Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life**. Palo Alto: Stanford University Press, 2010.

OECD. **Revisões da OCDE sobre a Transformação Digital: A Caminho da Era Digital no Brasil**. OECD Publishing, 2020. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/45a84b29-pt.pdf?expires=1669645656&id=id&accname=guest&checksum=3A1F34A2C663989CB9F5CEF6A6EC0AE6>. Acesso em 25 nov. 2022.

POLESEL, Jussara de Oliveira Machado. **Cibersegurança e proteção de dados no Brasil à luz do direito comparado e dos internacionais de regulamentação**. [recurso eletrônico] Caxias do Sul (RS): Educs, 2021. Disponível em:

<https://www.ucs.br/educs/arquivo/ebook/cibersegurancaprivacidade-e-protecao-de-dados-pessoais/>. Acesso em: 20 nov. 2022.

POLIDO, Fabrício B. Pasquot *et al.* **GDPR e suas repercussões no direito brasileiro: primeiras impressões de análise comparativa**. Brasília: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2018. Disponível em: <https://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/GDPR-e-suas-repercuss%c3%b5es-no-direito-brasileiro-Primeiras-impress%c3%b5es-de-an%c3%a1lise-comparativa-PT.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

PORTUGAL. **Carta portuguesa de direitos humanos na era digital**, 2017. Disponível em: [https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/Educacao\\_Carta-Portuguesa-de-Direitos-Humanos-na-Era-Digital.aspx](https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/Educacao_Carta-Portuguesa-de-Direitos-Humanos-na-Era-Digital.aspx). Acesso em 28 nov. 2022.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. Tra diritto e società. Informazione genetica e tecniche di tutela. **Revista Critica del Diritto Privato**, v. 18, n. 4, p. 571-604, 2000.

RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro, **O Direito Fundamental à proteção de dados: Vigilância, Privacidade e Regulação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

RUARO, Regina Linden; MACEDO, Fernanda dos Santos; BUBLITZ, Michele Dias. A Privacy Norte-Americana e a Relação com o Direito Brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá (PR), v. 13, n. 1, p. 161-178, jan./jun. 2013.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñero. O direito à proteção dos dados pessoais: uma leitura do sistema europeu e a necessária tutela dos dados sensíveis como paradigma para um sistema jurídico brasileiro. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 4, n. 11, p. 163-180, abr./jun. 2010.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñero. O direito à proteção dos dados pessoais e a privacidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 53, p. 139-160, 2011.

SANTOS, M. C. C. L. dos; LOMBARDI, L. P. V. A ética e bioética nas relações de proteção de dados genéticos pessoais sensíveis face aos direitos humanos. **Revista Brasileira de Bioética**, [S. l.], v. 14, n. edsup, p. 135-150, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/26294>. Acesso em: 5 set. 2022.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; CALDEIRA, Cristina. O consentimento informado e a proteção de dados pessoais de saúde na internet: uma análise das experiências legislativas de Portugal e do Brasil para a proteção integral da pessoa humana. **Civilistica.com**, v.8, n.1, p.1-27, 29 abr. 2019.



SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008. p. 13-44.

SARLET, Ingo. Prefácio. *In*: BERNASIUK, Helen Lentz Ribeiro. **Liberdade de pesquisa genética humana e a necessidade de proteção dos dados genéticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021a.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Revista Privacidade e Proteção de Dados (Privacy and Data Protection Magazine)**, 2021b.

SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O STF e o compartilhamento de dados no âmbito do Poder Público. **Conjur**, 21 de outubro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-21/direitos-fundamentais-stf-compartilhamento-dados-ambito-poder-publico>. Acesso em 26 nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02016R0679-20160504&from=EN>. Acesso em: 11 de set. 2022.

URABAYEN, Miguel. **Vida privada e información**: un conflicto permanente. Pamplona: Universidad de Navarra S.A., 1977.

VELÉZ, Carissa. **Privacidade é poder**: porque e como você deveria retomar o controle de seus dados. Tradução: Samuel Oliveira. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

VIEIRA, Tatiana Malta. Proteção de dados pessoais na sociedade de informação. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações: RDIT**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 213-235; jan./jun. 2007.



**30. DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE INTELECTUAL: A INELEGIBILIDADE DE PATENTEAR IDEIAS ABSTRATAS ANALISADA À LUZ DO CASO ALICE CORPORATION V. CLS BANK INTERNATIONAL DA SUPREMA CORTE ESTADUNIDENSE**

*FUNDAMENTAL RIGHT TO INTELLECTUAL PROPERTY: THE INELIGIBILITY OF PATENTING ABSTRACT IDEAS ANALYZED IN THE LIGHT OF THE ALICE CORPORATION V. CLS BANK INTERNATIONAL CASE OF THE US SUPREME COURT*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-30>

*Hannah Pereira Alff<sup>1</sup>*

**RESUMO**

A presente pesquisa tem como objetivo central analisar o direito fundamental à propriedade intelectual em contexto da sociedade tecnológica, principalmente no que se refere a elegibilidade de patentes, utilizando-se de um caso modelo aqui eleito como paradigmático. Para enfrentar a temática, portanto, faz-se a análise de fundamentação da Suprema Corte estadunidense no caso Alice Corporation v. CLS Bank International, que versa sobre a (in)elegibilidade de patentes de ideias abstratas que dependem de um computador para serem colocadas em prática. Desta forma, por meio de método dedutivo com interpretação sistemática, se pretende verificar a inserção do direito à patente e a proteção ao *software* por direitos autorais na configuração atual dos ordenamentos jurídicos estadunidense e brasileiro. Conclui com a identificação dos reflexos da decisão Alice Corporation v. CLS Bank International no âmbito do direito à patente na sociedade tecnológica ao passo que a Suprema Corte decidiu no sentido de declarar inelegíveis de patente as ideias meramente abstratas pleiteadas inicialmente por Alice Corporation.

---

<sup>1</sup> Doutoranda e Mestre em Direito na Área de Concentração em Teoria Geral da Jurisdição e do Processo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS com internacionalização realizada em Portugal e na Espanha, ambos com bolsa CAPES/PROEX. Bacharela em Direito pela Escola de Direito da PUCRS, com período sanduíche na Universidade de Tübingen, Alemanha. Advogada inscrita na OAB/RS. Membro da ABEP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8216208414794019>. E-mail: [hannah.alf@gmail.com](mailto:hannah.alf@gmail.com).

Palavras-chave: direito à patente; ideias abstratas; direito autoral; proteção ao *software*.

## **ABSTRACT**

The main objective of this research is to analyze the fundamental right to intellectual property in the context of the technological society, especially regarding patent eligibility, using a model case chosen here as paradigmatic. To address the issue, therefore, an analysis of the reasoning of the US Supreme Court in the case Alice Corporation v. CLS Bank International, which deals with the (in)eligibility of patents for abstract ideas that depend on a computer to be put into practice. In this way, through a deductive method with systematic interpretation, it is intended to verify the insertion of the right to the patent and the protection of the software by copyright in the current configuration of the American and Brazilian legal systems. It concludes with the identification of the reflexes of the decision Alice Corporation v. CLS Bank International in the scope of the patent right in the technological society, while the Supreme Court decided to declare the merely abstract ideas initially claimed by Alice Corporation ineligible for a patent.

Keywords: patent law; abstract ideas; Copyright; software protection.

## **Introdução**

São inúmeras as tentativas de entendimento das consequências jurídicas de situações que acontecem no *ciberespaço*, ou que até mesmo dependem dele para acontecer. A presente pesquisa busca enfrentar uma temática que se encaixa nesta segunda categoria, qual seja, o debate da elegibilidade de patentes de ideias abstratas que dependem do desenvolvimento de um *software* para se tornarem efetivas.

Para isso, parte-se, inicialmente, de uma breve análise de uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América denominada Alice Corporation v. CLS Bank International, 573 US 208, de 2014, um caso que desde 2002 já vinha tramitando em tribunais distritais e do circuito federal, na busca da definição se ideias abstratas poderiam ser elegíveis para patente.

Em sequência, para melhor entendimento do posicionamento da Corte, o segundo item volta-se a análise da fundamentação e dos argumentos utilizados pela Suprema Corte para definir se tais patentes em debate eram inválidas e, portanto, inelegíveis.

Assim, dada à necessária fundamentação também da presente pesquisa no que se refere o direito atual para além da análise de caso, o terceiro momento é dedicado a verificação do direito fundamental à propriedade intelectual, ao se fazer observações sobre o direito à patente e a proteção ao *software* por meio de direitos autorais.

Por fim, o presente estudo vem a ser concluído com observações de possíveis reflexos da decisão de Alice Corporation v. CLS Bank International sobre o direito à proteção de *software* na sociedade tecnológica.

## **1 Breves apontamentos do caso Alice Corporation v. CLS Bank International da Suprema Corte estadunidense**

O caso denominado Alice Corporation v. CLS Bank International, 573 US 208 (UNITED STATES OF AMERICA, 2014), foi uma decisão de 2014 da Suprema Corte estadunidense que versa sobre assunto ainda muito recente de elegibilidade de patentes.

A Alice Corporation é uma empresa australiana que detinha as patentes '479 (UNITED STATES PATENT, 1999), '510 (UNITED STATES PATENT, 2005), '720 (UNITED STATES PATENT, 2006) e '375 (UNITED STATES PATENT, 2010), as quais todas têm relação com uma plataforma de negociação informatizada da empresa que trata de transações financeiras em que um terceiro liquida obrigações entre dois outros na tentativa de eliminar o risco de liquidação, dentro de um panorama denominado de *escrow system*.

Quer dizer, as patentes mencionadas correspondem a métodos eletrônicos e programas de computador que desenvolveriam ideias que descrevem formas pelas quais duas partes podem liquidar por meio de apresentação de uma análise de redução de riscos inerentes a essa liquidação. No entanto, Alice não foi capaz de

desenvolver o programa de computador, mas apenas patenteou sua ideia em potencial de ser desenvolvida para análise de risco.

Tem-se que este risco de liquidação é aquele assumido por cada parte no momento em que somente uma delas pagará sua obrigação. As patentes mencionadas que pertencem à Alice tratam desse risco mencionado ao se utilizar de um terceiro como intermediário da obrigação – que é o próprio conceito de *escrow system*.

Em 2002, Alice Corporation relata que o CLS Bank International começou a usar tecnologia semelhante à sua, e o acusou de violar suas patentes de nº '479, '510 e '720, ao passo que o banco de fato projetou um programa efetivo de computador que vinha a desenvolver a ideias que Alice havia patenteado como potenciais, integrando à ideia abstrata um código computacional completo e um modelo de operação.

A partir disso, o CLS Bank International ajuizou ação contra Alice em 2007, no afã de que fosse obtida uma sentença declaratória de não violação de patente cumulado com pedido de nulidade das patentes da Alice. O processo ocorreu no Tribunal Distrital de Columbia (UNITED STATES OF AMERICA, 2011), com o fundamento de que as patentes de Alice seriam inválidas e inexecutáveis, e que, portanto, não haveria como o CLS Bank tê-las infringido, ao passo que se tratava apenas de ideias abstratas como o próprio conceito de *escrow*. Concomitantemente, Alice também apresentou alegações contra o CLS Bank acusando-o de violação de patentes, acrescentando a de nº '375 supramencionada.

Nesse contexto, conhecendo das iniciais, o tribunal distrital decidiu sumariamente em favor de CLS Bank, ao passo que compreendeu que as patentes dependiam de implementação eletrônica.

A decisão do tribunal distrital foi no sentido de que as patentes da Alice eram inválidas porque eram referentes a uma ideia abstrata de que um terceiro intermediário neutro poderia facilitar a resolução de um conflito e eliminar o risco da liquidação. Uma ideia abstrata, conseqüentemente, não é elegível para proteção de

patente com fulcro no título 35 USC § 101<sup>2</sup> que trata sobre a lei de patentes nos Estados Unidos.

Em outros termos, a patente em debate se referia aos resultados que um programa de computador ofereceria a partir de análise de determinado caso concreto. A patente não seria do programa em si que rascunhava soluções e redução de riscos aos litígios, seria patente da própria solução e potencial redução de riscos que ainda dependiam de aplicação prática.

Alice Corporation recorreu da decisão no Tribunal de Apelações do Circuito Federal dos Estados Unidos. (UNITED STATES OF AMERICA, 2013) Em síntese, composto por 10 juízes, o tribunal de apelações manteve a decisão do tribunal distrital, mas não sem antes expressarem opiniões diferentes sobre o mérito da decisão. Por 7 votos à 3, a maioria do tribunal declarou que as ideias abstratas de sistemas computacionais não eram elegíveis para patente.

Os juízes que optariam pela declaração da elegibilidade de patente sugeriram uma ação legislativa, não apenas judicial, de modo que fosse mais bem ajustada a regulamentação de patentes para *softwares*, elucidando legislativamente termos de patente de *softwares* e o escopo cabível a patentes de tal conteúdo.

No entanto, ainda que por maioria, os juízes não concordaram entre si sobre o padrão pelo qual se justificava que as ideias abstratas não poderiam ser patenteadas. Na justificativa principal de cinco dos membros, o Tribunal aplicou um teste que buscava identificar determinado conceito fundamental aplicado pela ideia potencialmente patenteável, e, então, determinar se a alegação se tratava de ideia abstrata.

Esse teste envolvia um total de quatro etapas: 1) a determinação se a invenção se enquadrava em uma das quatro classes da lei de patentes: processo, máquina, fabricação ou composição de matéria; 2) se a reivindicação apresenta risco de antecipar ideia abstrata; 3) identificar essa reivindicação que apresenta risco de ideia

---

<sup>2</sup> "35 U.S. Code § 101 – Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title." Tradução livre: Quem inventar ou descobrir qualquer processo novo e útil, máquina, fabricação ou composição de matéria, ou qualquer melhoria nova e útil destes, pode obter uma patente para ele, sujeito às condições e exigências deste título. Cf. UNITED STATES OF AMERICA. **Inventions patentable**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/35/101>. Acesso em 04 out. 2022.

abstrata para que seja possível definir o conceito fundamental dessa afirmação; e 4) fazer a análise do conceito inventivo, de modo que se determine se há contribuição humana significativa para a ideia reivindicada. (UNITED STATES OF AMERICA, 2013)

Isso porque é preciso que se identifique o equilíbrio entre a contribuição humana e a contribuição de um computador para que a ideia não seja, na prática, completamente abstrata em si, o que não se verificou no caso em tela.

Provocando opiniões concordantes e discordantes, o caso alcançou a esfera da Suprema Corte dos Estados Unidos, que não diferente dos tribunais anteriores, confirmou que as reivindicações de Alice eram inelegíveis para declaração de patente.

Desta forma, cumpre verificar a fundamentação da Suprema Corte na formação de sua *opinion* em caso que acabou sendo caracterizado por uma formação tão conturbada.

## **2 Análise da fundamentação da Suprema Corte no caso Alice Corporation v. CLS Bank International**

O caso chegou à Suprema Corte no ano de 2014, sob presidência do *Chief of Justice* John G. Roberts Jr., e com *opinion* majoritária redigida pelo *justice* Clarence Thomas.

Mantendo as decisões dos tribunais prévios, a Corte decidiu no sentido de que as patentes de Alice não eram elegíveis por serem meras ideias abstratas. A questão e problemática fundamental que restou é que a decisão não deixou claro, a partir de então, quais *softwares* seriam elegíveis de patente. Apesar de dizer o que era inelegível, a Corte não se pronunciou sobre o que seria. Quer dizer, nem todo *software* é inelegível de patente só porque a Corte decidiu que as patentes reivindicadas por Alice assim seriam caracterizadas. Um *software* que carrega uma inovação de fato, é assegurável por meio da patente, ainda que a Corte não tenha se pronunciado sobre isso.

O fundamento da Corte tomou como base o caso *Mayo Collaborative Services, DBA, Mayo Medical Laboratories, et al. v. Prometheus Laboratories, inc.* 566 US 66, de 2012. (UNITED STATES OF AMERICA, 2012) Um pouco fora do contexto



tecnológico, o caso Mayo versava sobre um método específico de cálculo de dosagem para se administrar medicamentos a pacientes, método esse que foi considerado pela Corte, por unanimidade, como inelegível de patente. Este caso foi considerado pela Corte como paradigma para todas eventuais situações que a Corte necessitasse decidir sobre elegibilidade de patente.

Assim sendo, em situação considerada pela Corte como análoga, a pretensão de se implementar um *software* realizada por Alice não seria elegível de patente por se tratar de uma mera ideia de se utilizar um programa de computador para avaliar o risco em casos de liquidação. O chamado *Escrow system* de Alice não alcança o nível esperado e necessário para se considerar patenteável.

Para comprovar esse posicionamento, a Corte desenvolveu em Mayo um teste em duas etapas. Quais sejam: 1) a identificação da ideia abstrata, seja ela um algoritmo, um sistema computacional ou um princípio geral de ideia; e 2) se a primeira etapa for positiva, é preciso que o objeto alvo de patente acrescente algo para além da ideia em si, de forma que possa ser identificada como a incorporação de um conceito inventivo. Se identificado elemento inventivo, a patente é válida; caso contrário, a patente se torna inelegível.<sup>3</sup>

A discussão na Corte contou com a participação de inúmeros *amici curiae*, totalizando mais de 50 pareceres entre empresas e grupos que apresentaram argumentação em favor da Corte, no sentido que as patentes deveriam ser consideradas inválidas. Dentre a lista estavam presentes a *Electronic Frontier Foundation*, *Accenture Global Services – GmbH*, *Intellectual Property Law Association of Chicago*, *New York Intellectual Property Law Association*, *International Association for the Protection of Intellectual Property*, *American Intellectual Property*

---

<sup>3</sup> "These additional steps transformed the process into an inventive application of the formula. [...] And they insist that a process that focuses upon the use of a natural law also contain other elements or a combination of elements, sometimes referred to as an 'inventive concept,' sufficient to ensure that the patent in practice amounts to significantly more than a patent upon the natural law itself." Tradução livre: Essas etapas adicionais transformaram o processo em uma aplicação inventiva da fórmula. [...] E eles insistem que um processo que incide sobre o uso de uma lei natural também contém outros elementos ou uma combinação de elementos, às vezes referido como um "conceito inventivo", suficiente para garantir que a patente na prática equivale a significativamente mais do que uma patente sobre a própria lei natural. Cf. UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court Judgements. **Mayo Collaborative Services, DBA, Mayo Medical Laboratories, et al. v. Prometheus Laboratories, inc. 566 US 66**. Washington, 20 mar. 2012. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-1150.pdf>. Acesso em: 26 out. 2022.

*Law Association, The American Civil Liberties Union, Software Freedom Law Center, Microsoft Corporation*, dentre outros que apresentaram suas declarações. (SCOTUSblog, 2014)

O parecer de *The American Civil Liberties Union*, inclusive, constatou que defender que a lei de patentes pudesse ser usada para monopolizar ideias abstratas, pensamentos e discursos não é possível sem que se faça uma afronta à Constituição. Neste sentido indica o parecer:

Although the Section 101 doctrine prohibiting patenting of abstract ideas and natural phenomena has not been described previously as compelled by the First Amendment, there can be little doubt that patents giving control over intellectual concepts and abstract knowledge or ideas – and thus limiting free thought – would violate the First Amendment. The ability to think without constraint is an essential attribute of human autonomy and a cornerstone of the First Amendment. (THE AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION, 2014)<sup>4</sup>

Quer dizer, possibilitar a elegibilidade de patente para ideias meramente abstratas seria limitar o livre pensamento, o que viola essencialmente a Primeira Emenda. Consequentemente, limitar o livre pensamento passa a afrontar outros direitos fundamentais como o próprio desenvolvimento da personalidade, dentre outros direitos que derivam da liberdade no sentido geral, como a própria dignidade da pessoa humana.<sup>5</sup>

A *opinion* da Corte, unanimemente, considerou que não se deve assegurar patentes sobre ideias abstratas, pois elas são consideradas “blocos de construção da engenhosidade humana”. Assim se pronunciou a Corte:

---

<sup>4</sup> Tradução livre: Embora a doutrina da Seção 101 que proíbe patenteamento de ideias abstratas e fenômenos naturais não foi descrito anteriormente como compelido pela Primeira Emenda, pode haver pouca dúvida de que patentes que dão controle sobre conceitos intelectuais e conhecimento ou ideias abstratas - e, assim, limitando a liberdade pensamento – violaria a Primeira Emenda. A capacidade de pensar sem constrangimento é um atributo essencial da autonomia humana e uma pedra angular da Primeira Emenda.

<sup>5</sup> “[...]a liberdade e, por conseguinte, também o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade (e dos direitos fundamentais de um modo geral), constituem uma das principais (senão a principal) exigências da dignidade da pessoa humana.” Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 46.

We have “repeatedly emphasized this... concern that patent law not inhibit further discovery by improperly tying up the future use of” these building blocks of human ingenuity. [...] Accordingly, in applying the §101 exception, we must distinguish between patents that claim the “‘buildin[g] block[s]’” of human ingenuity and those that integrate the building blocks into something more [...] thereby “transform[ing]” them into a patent-eligible invention. (UNITED STATES OF AMERICA, 2014)<sup>6</sup>

Assim sendo, a mera ideia de Alice de se utilizar de um computador para se fazer análise de risco não é suficiente para suprir o elemento inventivo, sendo inválida a patente nos termos do § 101. Ainda seria necessário, portanto, como elemento inventivo, que de fato houvesse meios computacionais – como um *software* apto e efetivo – de que a ideia abstrata fosse transformada numa invenção elegível de patente.

### **3 Direito fundamental à propriedade intelectual: observações sobre o direito à proteção ao *software* por direitos autorais**

De forma a contextualizar o problema trazido no caso Alice em âmbito de direito brasileiro, o presente momento da pesquisa é dedicado a analisar a compreensão do direito fundamental à propriedade intelectual, fazendo-se, portanto, observações sobre o direito à patente – tão debatido no caso Alice – e a necessária proteção ao *software* pelos direitos autorais.

A Constituição Federal traz em seu art. 5º, inciso XXIX, a proteção de inventos industriais, garantindo a autores e autoras a então propriedade<sup>7</sup> de suas criações e o

<sup>6</sup> Tradução livre: Temos “repetidamente enfatizado isso... preocupação de que a lei de patentes não iniba novas descobertas ao amarrar indevidamente o uso futuro desses “blocos de construção da engenhosidade humana”. [...] Assim, ao aplicar a exceção do §101, devemos distinguir entre patentes que reivindicam o “‘bloco[s] de construção” da engenhosidade humana e aquelas que integram os blocos de construção em algo mais [...] transformando-os em uma invenção elegível para patente.

<sup>7</sup> Sobre o conceito de propriedade importa destacar que vem sendo desenvolvido há muitos anos em diferentes áreas do conhecimento. Dentro do Direito, recomenda-se o estudo de STORER, Aline; MACHADO, Edinilson Donisete. Propriedade industrial e o princípio da função social da propriedade. XVI Congresso Nacional/ PUC Minas. Propriedade Intelectual no mundo contemporâneo, Belo Horizonte, p. 2320-2332, 2007. p. 2321-2322, no qual se critica um sentido de monopólio a essa propriedade. Já no campo da filosofia, destaca-se a pesquisa ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. Propriedade intelectual e suas implicações constitucionais: análise do perfil constitucional da

privilégio temporário para sua utilização. Isso porque, para além da mera proteção, é preciso ter como fundamento da proteção à propriedade intelectual a observância do interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.<sup>8</sup>

Assim, é preciso que se compreenda em que lugar, dentro da propriedade intelectual<sup>9</sup>, está o direito à patente e o direito autoral no ordenamento interno.

Sinteticamente, é possível dizer que a propriedade intelectual tomou o lugar de destaque que hoje ocupa pois é a maneira constitucionalmente assegurada de se proteger a capacidade inventiva ou criativa – de invenção ou de criação, como termos também utilizados – daqueles e daquelas que desenvolvem determinado objeto elegível de proteção (BASSO, 2008), tendo como exemplos clássicos a própria patente, alvo de debate na presente pesquisa, além de marcas, desenhos industriais, programas de computador, dentre outros possíveis modelos de criações que dependem da identificação em seu núcleo desta capacidade inventiva. (AQUINO, 2017, p. 17)

Sua fundamentalidade encontra fulcro em seus próprios objetivos, quais sejam, o desenvolvimento social, a evolução cultural e o aprimoramento econômico da sociedade. Ademais, a propriedade intelectual assume funções anexas que também trazem certa fundamentalidade ao seu cerne, como a própria geração de

---

propriedade intelectual e suas interrelações com valores constitucionais e direitos fundamentais. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito). 288f. Universidade Federal do Ceará – UFC/CE. 2008. p. 48-50.

<sup>8</sup> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;" Cf. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 out. 2022.

<sup>9</sup> Sobre o conceito de propriedade intelectual, recomenda-se: "Definir o que seja propriedade intelectual não é tarefa simples. A grande maioria dos autores que se propõem a fazê-lo traça um conceito de conteúdo exemplificativo. Afirma-se que propriedade intelectual é o conjunto de direitos relativos a obras literárias, científicas e artísticas (*direitos de autor*), às interpretações, execuções e difusão dos mesmos (*direitos conexos*), bem assim os direitos atinentes às invenções – expressão utilizada aqui em sentido amplo – marcas, indicações geográficas e à proteção contra a concorrência desleal (*propriedade industrial*). A própria definição trazida pela Convenção constitutiva da Organização mundial da Propriedade Intelectual (OMPI/WIPO), não consiste em um conceito técnico de propriedade intelectual, mas tão somente em um rol de elementos que compõem seu conteúdo." Cf. LIMA, Humberto Alves de Vasconcelos. Propriedade intelectual no século XXI: em busca de um novo conceito e substrato teórico. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 56, p. 157-175, 2012. p. 158.

renda, políticas de ciência, tecnologia e inovação do país. (PEIXOTO NETO, 2013, p. 1179)

A propriedade intelectual assume, neste sentido, uma posição guarda-chuva que engloba três grandes grupos de proteção, quais seja, o direito autoral, a propriedade industrial e a proteção *sui generis*. Dentro de direito autoral, tem-se as categorias de i) direito do autor; ii) direitos conexos; e iii) programas de computador. A propriedade industrial refere-se a i) marcas; ii) patentes; iii) desenhos industriais; iv) indicação geográfica; e v) segredo industrial e repressão à concorrência desleal. Já a proteção *sui generis* envolve i) topografia de circuitos integrados; ii) cultivar; e iii) crescimento tradicional.

Denota-se por essa lista que a propriedade intelectual é temática de inúmeras peculiaridades e de amplo campo de debate exatamente por suas distintas áreas que, ainda que diferenciadas, pertencem todas à tutela constitucionalmente assegurada pela fundamentalidade da propriedade intelectual. Não só isso, importa ressaltar que estas tutelas assumem diferentes formas dentro do que se denomina como *ciberespaço* na sociedade tecnológica. Os desenvolvimentos e avanços da sociedade digital induzem também uma mudança no olhar que se deve dar à propriedade intelectual. A tutela não só daquilo que se pode materializar, mas também de elementos que se inserem na realidade *cibercultural*. (SANTOS; REBOUÇAS, 2016, p. 96-97; VIEGAS; DOS SANTOS, 2016, p. 1-11)

No caso Alice, é de se observar que ele acaba trazendo, dentro da propriedade intelectual, a necessária discussão do direito autoral, por se estar lidando não apenas com uma ideia, mas com um possível desenvolvimento de um programa de computador – *software*<sup>10</sup> – legítimo de ser tutelado; e a propriedade industrial, por se estar reivindicando a patente de ideias, ainda que abstratas, sobre esse possível *software* a ser desenvolvido para analisar riscos da liquidação.

---

<sup>10</sup> Sobre o conceito de *software*: “De acordo com a definição utilizada em vários textos legais, tais como a Emenda de 1980 à Lei Autoral dos EUA e o Projeto de Lei Tipo para a proteção do *software*, preparado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, *programa de computador* é o conjunto de instruções a serem usadas direta ou indiretamente por um computador (chamado *hardware*) a fim de obter um determinado resultado. Em outras palavras, programas de computador são sequências de comandos destinados a permitir que o *hardware* execute as tarefas desejadas.”. Cf. DOS SANTOS, Manoel J. Pereira. A proteção adequada ao “software”. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v. 8, p. 899-915, out. 2011. Versão em PDF. p. 1-9. Disponível em: [revistadoSTribunais.com.br](http://revistadoSTribunais.com.br). Acesso em: 28 out. 2022. p. 1.

Sobre o direito autoral, interessante observar que apesar de se orientar por uma visão individualista, ou seja, fomenta a capacidade criativa e produtiva daquele que detém o direito autoral, o seu incentivo é para que a própria sociedade se desenvolva intelectualmente a partir de novas criações, novas capacidades, novas obras.<sup>11</sup>

No entanto, enquanto o direito autoral assume esse papel de ampliador do conhecimento, ele também limita seu acesso pelo caráter protetivo que lhe é característico. (VIEGAS; DOS SANTOS, 2016) Isso porque é preciso que sejam desenvolvidos mecanismos de equilíbrio entre os incentivos de produção e desenvolvimento tecnológico que venham a beneficiar a sociedade e a remuneração daqueles que detém e manifestam o conhecimento. Ou seja, é preciso equilibrar o ganho social com a remuneração do responsável por aquele conhecimento produzido. (CLÈVE, 2021, p. 4)

Além disso, ressalta-se que a tutela desta seara do direito é de essencial importância num mundo em que a tecnologia permite uma interligação sem fronteiras pela rede mundial de computadores – a *internet*.<sup>12</sup> A propriedade do autor assume caráter ainda mais elegível de proteção à nível internacional pela grande circulação de informações conquistada pela sociedade digital.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Neste sentido: “Permanecendo no âmbito do discurso tradicional dos direitos autorais, habitualmente, atribui-se a este grande sistema jurídico de regulação, consagrado na modernidade, a função de estimular a atividade artística, científica e literária. Aos direitos autorais é atribuído o papel de fomentar a produção cultural e intelectual em sociedade. Assim, ao se proteger juridicamente o autor, garantindo os frutos econômicos e o vínculo indissolúvel entre ele e sua obra, está-se estimulando a criação artística, científica e literária e, conseqüentemente, contribuindo para o desenvolvimento e progresso de toda a sociedade.” Cf. STAUT JR., Sérgio Said; WACHOWICZ, Marcos. Rumos e desafios para uma funcionalidade dos direitos intelectuais na sociedade informacional. p. 13-26. In: WACHOWICZ, Marcos; CORTIANO, Marcelle. **Sociedade informacional & Propriedade Intelectual**. Curitiba: Gedai Publicações/UFPR, 2021. p. 15.

<sup>12</sup> Sobre a fundamentalidade do desenvolvimento de meios de comunicação e evolução da sociedade da informação para uma sedimentação da proteção dos direitos autorais, recomenda-se: OLIVEIRA, Larisse Silva; MICHALESKI, Alon Jeferson. A proteção autoral na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, v. 1013, p. 63-78, mar. 2020. Versão em PDF. p. 1-10. Disponível em: [revistadostribunais.com.br](http://revistadostribunais.com.br). Acesso em: 28 out. 2022.; SICUTO, Alana Gabi. A proteção do direito autoral em tempos de internet. **Revista de Direito Privado**, v. 80, p. 15-29, ago. 2017. Versão em PDF. p. 1-9. Disponível em: [revistadostribunais.com.br](http://revistadostribunais.com.br). Acesso em: 28 out. 2022.

<sup>13</sup> Por este motivo é que se celebram tantos acordos internacionais sobre o tema da propriedade intelectual, e ainda sobre o direito do autor. Conforme destacam Fernanda Oliveira Santos e Gabriela Maia Rebouças: “Por volta do século XIX, os países começaram a celebrar tratados mais abrangentes, contando com a participação de países de outros continentes. A Convenção de Berna realizada em 1886 representou uma unificação no tratamento dos direitos autorais entre os países envolvidos. [...] a Convenção criou uma União de países que não admitiam em seus territórios qualquer tratamento

O direito autoral no Brasil iniciou sua caminhada enquanto buscava tutelar direitos de músicos que, ao terem suas obras reproduzidas em locais públicos, passaram a reivindicar que deveriam então receber o valor referente àquelas criações que eram suas.<sup>14</sup> A movimentação iniciou com associações sem fins lucrativos que tutelavam os direitos de seus associados, de modo que as Constituições de 1891 a 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 reconheceram o direito autoral expressamente. (VIEGAS; DOS SANTOS, 2016)

A Constituição cidadã de 1988 não poderia ser diferente, concedeu ao direito autoral a característica da fundamentalidade, fazendo constar no art. 5º, XXVII que traz "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras [...]", tratando-se, portanto, de direito moral pela tutela da atividade criativa, e direito patrimonial ao garantir que o valor econômico atribuído àquela atividade criativa se volta ao seu autor por direito.

Assim sendo, é incontroverso considerar que a atividade criativa de uma pessoa humana é direito fundamental e tutelável pelas lentes constitucionais. No entanto, há de se considerar que a capacidade criativa não se basta no desenvolvimento de uma ideia abstrata, fato este que embasou o caso *Alice Corporation v. CLS Bank International*.

A proposta inicial de Alice era que a ideia desenvolvida estancada em si mesma deveria ser patenteável e, portanto, abarcada pela fundamentalidade que é inerente do direito autoral por se tratar de "atividade criativa" ao se considerar que

---

desigual entre estrangeiro e nacional. De acordo com o Instituto Nacional de Propriedade Industrial de Portugal, são atualmente 168 países signatários que formam a União de Berna. Apesar de mais de um século, a Convenção de Berna continua sendo o documento internacional mais importante em matéria de direitos autorais, especialmente nos países herdeiros do *droit d'auteur*, como é o caso do Brasil. O documento passou por diversas revisões no decorrer do tempo, sendo a mais recente em 1971. O ordenamento jurídico brasileiro incorporou a convenção a partir do decreto nº75.699/75." Cf. SANTOS, Fernanda Oliveira; REBOUÇAS, Gabriela Maia. Direitos autorais, acesso aos bens imateriais e direitos humanos na sociedade da informação: uma análise do marco normativo brasileiro e internacional. **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 94-113, jan.-jun. 2016. p. 99-100.

<sup>14</sup> Significa dizer, o direito autoral não objetiva estimular a própria atividade criativa e desenvolvimento intelectual, isso já é fato prévio e acontece ainda que sem proteção; o direito do autor objetivaria, neste sentido, incentivar a produção intelectual passando "necessariamente por uma política pública de incentivo à produção cultural centrada na figura do autor". Cf. KRETSCHMANN, Ângela; GRAU-KUNTZ, Karin. Quem disse que o direito do autor tem por fim incentivar a produção intelectual?. p. 51-67. In: WACHOWICZ, Marcos; CORTIANO, Marcelle. **Sociedade informacional & Propriedade Intelectual**. Curitiba: Gedai Publicações/UFPR, 2021. p. 65.

um programa de computador poderia ser desenvolvido pela corporação para encontrar soluções mais adequadas a situações da própria empresa.

Por este quesito do direito autoral, resta claro que o posicionamento da corte foi legítimo no sentido de declarar inelegíveis as patentes de Alice. É preciso se considerar que, apesar de ser uma ideia, o que Alice desenvolveu era uma ideia fundamentalmente abstrata, sem o núcleo da capacidade inventiva, de modo que desconfigura o próprio princípio tutelável do direito autoral. Utilizando-se do argumento de que objetos de propriedade intelectual precisam fomentar o desenvolvimento social e econômico do país em que se insere, o Brasil acompanharia o posicionamento da Corte estadunidense ao se considerar que uma ideia abstrata, sem efetividade no plano prático, é inelegível de defesa pela propriedade intelectual.

Especificamente sobre a proteção ao *software*, é preciso salientar que historicamente, os programas de computador não poderiam ser protegidos por patentes. Isso porque eles eram enquadrados no âmbito da propriedade industrial, considerando que claramente a criação de um programa de computador é baseada numa produção tecnológica que tem finalidade comercial e caráter utilitário, sem suficiente caráter inventivo elegível de patente.

Assim, entende-se que o plágio dos programas para comercialização é objeto de tutela à nível de direito autoral, mas que é possível existirem hipóteses de realização de cópias de uso privado que aproximam o ilícito do direito patenteário. Por isso, os Estados Unidos já admitiram que existem exceções em que certos tipos de *software* podem ser elegíveis para patente, desde que o programa não seja uma mera descrição algorítmica. (DOS SANTOS, 2011, p. 1-2)

À nível nacional e internacional, portanto, tem-se o entendimento majoritário de que programas de computador e desenvolvimento de *softwares* não são protegidos por patentes, mas pelas peculiaridades do Direito Autoral que busca garantir ao autor ou autora daquele programa de computador que não tenha circulação de cópias indevidas de suas criações, nem que sejam utilizados de forma não autorizada de maneira privada.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> "A tendência geral, no plano internacional, de se proteger o *software* com base no Direito Autoral firmou-se nesta década, principalmente após a Emenda de 1980 à Lei Autoral dos EUA e após a oposição de países expressivos, como a Grã-Bretanha, Alemanha Ocidental, EUA, Países Baixos e Hungria, contra a continuação dos estudos da OMPI com vistas à implantação de um tratado



#### 4 Os reflexos da decisão *Alice Corporation v. CLS Bank International* sobre o direito à patente na sociedade tecnológica

*Alice*, mesmo sendo de 2014, é um dos casos mais recentes da Suprema Corte estadunidense a versar sobre elegibilidade de patentes de invenções envolvendo *softwares*, precedida por *Bliski v. Kappos*, de 2010 (UNITED STATES OF AMERICA, 2010), e anterior a essa decisão somente havia a *Diamond v. Diehr*, de 1981. (UNITED STATES OF AMERICA, 1981)

Apesar se não ser o foco da presente pesquisa, é interessante compreender o que aconteceu nestes casos prévios. Em *Bliski v. Kappos* também se questionou a possibilidade de patente sobre um método de se fazer ou conduzir negócios. A Corte julgou inelegível tais pedidos de patente sob o mesmo argumento de que meras ideias em sentido abstrato não poderiam ser patenteadas.

Já em *Diamond v. Diehr*, a Corte julgou procedente o pedido de elegibilidade de patente. O pedido envolvia a patente de uma prensa desenvolvida com determinada tecnologia mais avançada para curar borracha por aquecimento controlado.

Em outros termos, o caso se tratava de patente de um processo físico que, ainda que dependesse da execução de um programa de computador, não perdia a essência criativa necessária para a elegível potencialidade da invenção como um todo.

Tendo isso em vista, apesar de o caso não trazer o debate sobre patentes de *software*, os reflexos da decisão de *Alice Corporation v. CLS Bank International* são utilizados como padrão para reivindicações de patente de *software* ou sobre *software*

---

específico e das leis-tipo. Visto que a proteção autoral é, com ou sem ressalvas, a solução geralmente adotada a nível internacional, convém rever de forma sucinta os principais argumentos favoráveis e contrários a essa posição. A teoria básica dos que defendem a proteção autoral é de que os programas de computador são obras intelectuais exteriorizadas, que resultam do esforço criativo do homem e se revestem do caráter de originalidade expressiva, enquadrando-se nos princípios e na sistemática da legislação de Direito de Autor. No que se refere ao aspecto filosófico ou ontológico do instituto, sustenta-se que o Direito Autoral protege as obras intelectuais qualquer que seja o meio em que estão exteriorizadas e independentemente de seu mérito ou destinação. Daí porque criações sem valor puramente estético (como as obras científicas e mesmo as obras de arte aplicada) são abrangidas pela lei." Cf. DOS SANTOS, Manoel J. Pereira. A proteção adequada ao "software". **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v. 8, p. 899-915, out. 2011. Versão em PDF. p. 1-9. Disponível em: [revistadoatribunais.com.br](http://revistadoatribunais.com.br). Acesso em: 28 out. 2022. p. 3.

para métodos de negócio, pois é a decisão paradigma mais recente de posicionamento da Corte Suprema estadunidense, que faz com que seja o entendimento majoritário a ser aplicado em casos análogos até que haja novo posicionamento determinado como exemplar.

### Considerações Finais

Apesar de *Alice Corporation v. CLS Bank International* ser uma decisão de 2014, é ainda caso paradigmático no Direito estadunidense para se tratar de elegibilidade de patentes, ao se considerar que seus reflexos influem diretamente na necessidade de se discutir temas de propriedade intelectual num momento em que a sociedade cada vez mais inova em questão de criatividade e de situações em que a sua tutela é necessária.

Para além, essa importância se deu no contexto da sociedade tecnológica por ter aberto o debate para a necessária proteção aos *softwares* e o modo pelo qual essa tutela deve acontecer, identificando o problema de que ainda não há entendimento firmado sobre essa elegibilidade de patente e como fazer sua devida assecuração.

Em relação ao ordenamento brasileiro, o caso também demonstra pertinência com as premissas da propriedade intelectual, de modo que o posicionamento brasileiro possivelmente também seria no sentido de declarar inválidas as patentes de Alice por se tratarem de meras ideias abstratas.

Isso porque é possível identificar que possibilitar a patente de ideias abstratas seria invalidar o próprio direito fundamental à liberdade, dentro do que se denomina de direito fundamental à liberdade de pensamento. Quer dizer, defender que a lei de patentes possa ser usada para monopolizar ideias abstratas, pensamentos e discursos não é possível sem que se faça uma afronta aos direitos fundamentais.

### Referências

AQUINO, Leonardo Gomes de. **Propriedade Industrial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BASSO, Maristela. A tutela constitucional da propriedade intelectual na Carta de 1988: avanço indiscutível. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 179, jul.-set. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 out. 2022.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Propriedade Industrial. Patente Inventiva. **Revista dos Tribunais**, v. 1029, p. 305-354, jul. 2021. Versão em PDF. p. 1-11. Disponível em: [revistadostribunais.com.br](http://revistadostribunais.com.br). Acesso em: 27 out. 2022.

DOS SANTOS, Manoel J. Pereira. A proteção adequada ao "software". **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v. 8, p. 899-915, out. 2011. Versão em PDF. p. 1-9. Disponível em: [revistadostribunais.com.br](http://revistadostribunais.com.br). Acesso em: 28 out. 2022.

KRETSCHMANN, Ângela; GRAU-KUNTZ, Karin. Quem disse que o direito do autor tem por fim incentivar a produção intelectual?. p. 51-67. *In*: WACHOWICZ, Marcos; CORTIANO, Marcelle. **Sociedade informacional & Propriedade Intelectual**. Curitiba: Gedai Publicações/UFPR, 2021.

LIMA, Humberto Alves de Vasconcelos. Propriedade intelectual no século XXI: em busca de um novo conceito e substrato teórico. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 56, p. 157-175, 2012.

OLIVEIRA, Larisse Silva; MICHALESKI, Alon Jeferson. A proteção autoral na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, v. 1013, p. 63-78, mar. 2020. Versão em PDF. p. 1-10. Disponível em: [revistadostribunais.com.br](http://revistadostribunais.com.br). Acesso em: 28 out. 2022.

PEIXOTO NETO, Pedro Accioly de Sá. O Direito fundamental à propriedade intelectual: uma análise à luz do princípio do desenvolvimento tecnológico e econômico. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 8, n. 2, p. 1174-1201, 2013.

ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. Propriedade intelectual e suas implicações constitucionais: análise do perfil constitucional da propriedade intelectual e suas interrelações com valores constitucionais e direitos fundamentais. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito). 288f. Universidade Federal do Ceará – UFC/CE. 2008.

SANTOS, Fernanda Oliveira; REBOUÇAS, Gabriela Maia. Direitos autorais, acesso aos bens imateriais e direitos humanos na sociedade da informação: uma análise do marco normativo brasileiro e internacional. **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 94-113, jan.-jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCOTUSblog. Independent News & Analysis on the U.S. Supreme Court. **BRIEFS AMICI CURIAE**. Disponível em: <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/alice-corporation-pty-ltd-v-clb-bank-international/>. Acesso em: 26 out. 2022.

SICUTO, Alana Gabi. A proteção do direito autoral em tempos de internet. **Revista de Direito Privado**, v. 80, p. 15-29, ago. 2017. Versão em PDF. p. 1-9. Disponível em: [revistadoSTribunais.com.br](http://revistadoSTribunais.com.br). Acesso em: 28 out. 2022.

STAUT JR., Sérgio Said; WACHOWICZ, Marcos. Rumos e desafios para uma funcionalidade dos direitos intelectuais na sociedade informacional. p. 13-26. *In*: WACHOWICZ, Marcos; CORTIANO, Marcelle. **Sociedade informacional & Propriedade Intelectual**. Curitiba: Gedai Publicações/UFPR, 2021.

STORER, Aline; MACHADO, Edinilson Donisete. Propriedade industrial e o princípio da função social da propriedade. XVI Congresso Nacional/ PUC Minas. Propriedade Intelectual no mundo contemporâneo, Belo Horizonte, p. 2320-2332, 2007.

THE AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION. **Brief Of the American Civil Liberties Union as Amicus Curiae in Support of Respondents**. Disponível em: <https://www.aclu.org/legal-document/alice-corporation-pty-ltd-v-clb-bank-international-amicus-brief>. Acesso em: 26 out. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. Court of Appeals for the Federal Circuit (USA). **CLS Bank International, Plaintiff-Appellee, and CLS services LTD., Counterclaim Defendant-Appellee, v. Alice Corporation PTY. LTD., Defendant-Appellant**. Washington, 10 maio 2013. Disponível em: <https://cafc.uscourts.gov/opinions-orders/11-1301.opinion.5-8-2013.1.pdf>. Acesso em: 02 out. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **Inventions patentable**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/35/101>. Acesso em 04 out. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court Judgements. **Alice Corporation v. CLS Bank International, 573 US 208**. Washington, 19 jun. 2014. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/2013/13-298>. Acesso em: 02 out. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court Judgements. **Bilski v. Kappos, 561 U.S. 593**. Washington, 28 jun. 2010. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/2009/08-964>. Acesso em: 28 out. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court Judgements. **Diamond v. Diehr, 450 U.S. 175**. Washington, 03 mar. 1981. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1980/79-1112>. Acesso em: 28 out. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court Judgements. **Mayo Collaborative Services, DBA, Mayo Medical Laboratories, et al. v. Prometheus Laboratories, inc. 566 US 66**. Washington, 20 mar. 2012. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-1150.pdf>. Acesso em: 26 out. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. United States District Court of Columbia. **CLS Bank International v. Alice Corporation PTY. LTD**. Civil Action No. 07-974 (RMC). Washington, 09 mar. 2011. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/district-of-columbia/dcdce/1:2007cv00974/125760/104/>. Acesso em: 02 out. 2022.

UNITED STATES PATENT. **US patent 5,970,479 filed 1992, issued 1999**. Disponível em: <https://patentimages.storage.googleapis.com/3c/5a/d4/0fa8e587031dc4/US5970479.pdf>. Acesso em: 02 out. 2022.

UNITED STATES PATENT. **US patent 6,912,510 filed 2000, issued 2005**. Disponível em: <https://patentimages.storage.googleapis.com/ad/fb/d8/44e2d750d85a97/US6912510.pdf>. Acesso em: 02 out. 2022.

UNITED STATES PATENT. **US patent 7,149,720 filed 2002, issued 2006**. Disponível em: <https://patentimages.storage.googleapis.com/97/59/ad/4d3ebd9f7d9717/US7149720.pdf>. Acesso em: 02 out. 2022.

UNITED STATES PATENT. **US patent 7,725,375 filed 2005, issued 2010**. Disponível em: <https://patentimages.storage.googleapis.com/62/04/38/898d0ac7c12ae7/US7725375.pdf>. Acesso em: 02 out. 2022.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; DOS SANTOS, Tássia Carolina Padilha. Cultura, Informação e direitos do autor: um dilema da sociedade cibernética. **Revista de Direito Empresarial**, v. 21, p. 127-146, dez. 2016. Versão em PDF. p. 1-11. Disponível em: [revistadoatribunais.com.br](http://revistadoatribunais.com.br). Acesso em: 28 set. 2022.



**31. DIREITO FUNDAMENTAL A UMA BOA ADMINISTRAÇÃO VS. DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA**

*FUNDAMENTAL RIGHT TO GOOD ADMINISTRATION VS. FUNDAMENTAL RIGHT TO THE PROTECTION OF PERSONAL DATA: ANALYSIS OF THE DECISION OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-31>

*Raquel Vieira Paniz<sup>1</sup>*

**RESUMO**

Este trabalho visa à elaboração de comentário crítico sobre a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no Processo n.º C-184/20, que tem por objeto pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Vilniaus apygardos administracinis teismas (Tribunal Administrativo Regional de Vilnius, Lituânia) no âmbito de litígio encetado entre OT (diretor de estabelecimento público financiado pelos fundos do Estado da Lituânia) e Vyriausioji tarnybinės etikos komisija (Comissão Superior de Prevenção dos Conflitos de Interesses na Função Pública da Lituânia), cuja solução dependia da interpretação a ser conferida ao teor dos artigos 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea “e”, e 9.º, n.º 1, do RGPD. Com esse escopo, o trabalho procede, de início, ao relato do caso e da decisão em comento, para, na sequência, analisar tanto o juízo de ponderação efetuado entre o direito fundamental a uma boa administração e o direito fundamental à proteção de dados pessoais, quanto o reconhecimento do direito à autodeterminação informativa enquanto manifestação do direito fundamental à proteção de dados pessoais na sociedade em rede contemporânea. Palavras-chave: Direitos fundamentais. Administração pública. Proteção de dados pessoais. Autodeterminação informativa.

**ABSTRACT**

This paper aims to elaborate a critical comment on the decision rendered by the Court of Justice of the European Union in Case n.º C-184/20, reference for a preliminary

ruling from the *Vilniaus apygardos administracinis teismas* (Vilnius Regional Administrative Court, Lithuania) in a dispute between OT (director of a public institution financed by Lithuanian State funds) and *Vyriausioji tarnybinės etikos komisija* (Supreme Commission for the Prevention of Conflicts of Interest in the Lithuanian Civil Service), outcome of which depended on the interpretation to be given to the content of Articles 6(1), first subparagraph, "e" and 9(1) of the GDPR. To this end, the work begins with an account of the case and the decision in question, and then analyzes both the balancing judgment made between the fundamental right to good administration and the fundamental right to the protection of personal data, and the recognition of the right to informational self-determination as a manifestation of the fundamental right to the protection of personal data in the contemporary network society.

Keywords: Fundamental rights. Public administration. Protection of personal data. Informative self-determination.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa à elaboração de comentário crítico sobre a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no Processo n.º C-184/20, que tem por objeto pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Vilniaus apygardos administracinis teismas* (Tribunal Administrativo Regional de Vilnius, Lituânia) no âmbito de litígio encetado entre OT (diretor de estabelecimento público financiado pelos fundos do Estado da Lituânia) e *Vyriausioji tarnybinės etikos komisija* (Comissão Superior de Prevenção dos Conflitos de Interesses na Função Pública da Lituânia), cujo teor se passa a relatar.

A controvérsia em tela teve início em 07 de fevereiro de 2018, quando a Comissão Superior de Prevenção dos Conflitos de Interesses na Função Pública da Lituânia ("Comissão Superior") proferiu decisão no sentido de que o diretor de estabelecimento público financiado pelos fundos do Estado da Lituânia havia contrariado a Lei relativa à Conciliação dos Interesses da Lituânia, mediante o descumprimento da obrigação legal de preencher declaração de interesses privados destinada à publicação no sítio eletrônico da Comissão Superior.



Diante desse cenário, o diretor recorreu da decisão ao Tribunal Administrativo Regional de Vilnius, Lituânia (“Tribunal Administrativo”). O diretor alegou que, mesmo que fosse obrigado a preencher declaração de interesses privados, com o que discordava, a publicação desta no sítio eletrônico da Comissão Superior violaria tanto o seu direito fundamental à proteção de dados pessoais, quanto o das outras pessoas que, conforme o caso, seriam mencionadas na sua declaração.

O Tribunal Administrativo, então, apresentou pedido de decisão prejudicial ao TJUE, sob a justificativa de que a solução da controvérsia dependia da interpretação a ser conferida ao teor do artigo 6.º, n. 1, primeiro parágrafo, alínea “e”<sup>1</sup>, e do artigo 9.º, n.1<sup>2</sup>, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 (“Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados”).

Ao julgar o pedido de decisão prejudicial, em 1º de agosto de 2022, o TJUE acordou que (i.) o artigo 6.º, n. 1, primeiro parágrafo, alínea “e”, do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), deve ser interpretado no sentido de que não é lícita a publicação *online* de declaração de interesses privados que tenha por objeto dados nominativos relativos ao cônjuge, concubino ou parceiro do declarante, bem como às pessoas próximas ou conhecidas do declarante suscetíveis de dar origem a um conflito de interesses, ou ainda qualquer transação celebrada nos últimos doze meses civis cujo valor exceda três mil euros; e (ii.) o artigo 9.º, n. 1, do RGPD, deve ser interpretado no sentido de que constitui tratamento de categorias especiais de dados pessoais a publicação, em sítio eletrônico, de dados pessoais suscetíveis de divulgar indiretamente a orientação sexual de uma pessoa singular.

Importa destacar que, para firmar a sua posição, o TJUE ponderou que é lícito o tratamento de dados pessoais que se revela necessário à execução de uma missão de interesse público ou ao cumprimento de uma obrigação legal. Nessa linha, a Corte observou que, *prima facie*, não se vislumbra qualquer ilicitude na Lei relativa à

---

<sup>1</sup> 1. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações:

[...]

e) O tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento;

<sup>2</sup> 1. É proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa.

Conciliação dos Interesses da Lituânia. Isso porque, ao adotar o princípio da transparência das declarações de interesses, o referido diploma legal promove tratamento de dados pessoais visando (i.) a assegurar a prevalência do interesse público quando da tomada de decisões pelas pessoas que trabalham no serviço público; (ii.) a garantir a imparcialidade dessas decisões; e (iii.) a prevenir as situações de conflito de interesses, bem como o aparecimento e o aumento da corrupção no serviço público.

Sucedo que, a despeito do legítimo interesse público em voga, consubstanciado no direito fundamental a uma boa administração, a Corte avaliou que a publicação da declaração de interesses privados no sítio eletrônico da Comissão Superior viabiliza que um número potencialmente ilimitado de pessoas possa consultar os dados pessoais em causa, inclusive os de caráter sensível, o que vai de encontro ao direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Nesse sentido, o TJUE concluiu que, desde que o princípio da minimização dos dados seja respeitado, a publicação *online* de declaração de interesses privados que tenha como objeto dados relativos ao fato de o declarante ou, de modo não nominativo, o seu cônjuge, concubino ou parceiro, fazerem parte de empresas, estabelecimentos, associações ou fundos, bem como dados relativos às suas atividades independentes e às pessoas coletivas nas quais têm a qualidade de sócio ou acionista, pode ser justificada pelos benefícios que essa transparência proporciona, a título de reforço dos deveres de probidade e de imparcialidade dos servidores públicos. Para além desses limites, estar-se-ia ferindo o direito fundamental à proteção de dados pessoais do declarante e das outras pessoas que, conforme o caso, poderiam vir a ser mencionadas na declaração de interesses privados.

Feito esse breve relato da controvérsia travada entre OT (diretor de estabelecimento público financiado pelos fundos do Estado da Lituânia) e *Vyriausioji tarnybinės etikos komisija* (Comissão Superior de Prevenção dos Conflitos de Interesses na Função Pública da Lituânia), assim como da respectiva decisão proferida pelo TJUE acerca da questão prejudicial apresentada pelo Tribunal Administrativo, proceder-se-á, na sequência, à análise crítica do caso em testilha, com especial atenção para (i.) a ponderação efetuada, pelo TJUE, entre os dois

direitos fundamentais que concretamente entraram em colisão, quais sejam o direito fundamental a uma boa administração e o direito fundamental à proteção de dados pessoais; e (ii.) o reconhecimento, pelo TJUE, do direito à autodeterminação informativa como manifestação do direito fundamental à proteção de dados pessoais na sociedade em rede contemporânea.

## 1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO À PONDERAÇÃO EFETUADA

De início, cabe registrar que a decisão proferida pelo TJUE no caso em tela operou, ao fim e ao cabo, juízo de ponderação, uma vez que a interpretação conferida ao artigo 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea “e”, e ao artigo 9.º, n.º 1, do RGPD, veio a sanar a colisão verificada entre dois direitos fundamentais preconizados pelos artigos 8.º e 41º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a saber: o direito fundamental à proteção de dados pessoais dos servidores públicos, de um lado, e o direito fundamental a uma boa administração, de outro.

Em verdade, conforme bem pontuado pelo TJUE em sua fundamentação, o próprio RGPD, em seu artigo 6º, já previu essa colisão de direitos fundamentais em sua redação, tendo esquadrinhado, pois, os limites a serem observados na hipótese de restrição ao direito fundamental à proteção de dados pessoais justificada pela promoção do direito fundamental a uma boa administração. Afirma-se isso porque o referido dispositivo legal dispõe, de forma expressa, que, no contexto do tratamento de dados pessoais necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito, ou para o exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento, o fundamento jurídico da operação, definido pelo direito da União ou do Estado-Membro ao qual o responsável pelo tratamento está sujeito, deve não só responder a um objetivo de interesse público, mas também ser proporcional ao objetivo legítimo perseguido.

O que se percebe, portanto, é que, mesmo em se tratando de limitação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais justificada pela promoção do direito a uma boa administração, tanto o TJUE, quanto o próprio RGPD, aplicam aquilo que a doutrina germânica denominou de limites dos limites (*Schranken-*

*Schranken*), isto é, restrições à atividade limitadora no âmbito dos direitos fundamentais, justamente com o objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao seu esvaziamento ou até mesmo à sua supressão (SARLET, 2019, p. 150).

Aqui, é importante destacar que, embora sejam variáveis, de acordo com as peculiaridades de cada ordem constitucional, os tipos de limites às restrições de direitos fundamentais, e diversificados os sentidos e os alcances a eles outorgados, constata-se certo consenso quanto ao fato de que, em princípio, uma restrição a direito fundamental somente será tida como justificada se não se descurar da proteção ao núcleo essencial desse direito, assim como do atendimento às exigências do princípio da proporcionalidade<sup>3</sup> e daquilo que se tem convencionado designar de proibição de retrocesso<sup>4</sup> (SARLET, 2018, p. 414). Aliás, dentre esses critérios, o princípio da proporcionalidade, acertadamente aplicado na decisão do caso em comento, atua, no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações de direitos fundamentais, regulando a intervenção do Estado e garantindo ao máximo a liberdade dos cidadãos.

Nessa ordem de ideias, tem-se que o TJUE, guiado pelo princípio da proporcionalidade, ponderou, no caso concreto, que a publicação de declaração de interesses privados, no sítio eletrônico da Comissão Superior, contendo dados pessoais nominativos, inclusive sensíveis, de diretor de estabelecimento que receba fundos públicos, assim como de cônjuge, concubino ou parceiro deste, visando à promoção de uma boa administração do interesse público, teria o condão de ferir

---

<sup>3</sup> Cumpre registrar que, para Humberto Bergmann Ávila, a proporcionalidade não se trata de princípio, mas sim de "postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados". Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, p. 175, jan./mar. 1999.

<sup>4</sup> Na lição de Luís Roberto Barroso, pelo princípio da proibição de retrocesso "entende-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. (...) O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior". Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 158-159.

sobremaneira o direito fundamental à proteção de dados pessoais, ultrapassando, assim, os limites dos limites aos direitos fundamentais.

Não se olvida, evidentemente, que, consoante posição corrente e amplamente recepcionada pela doutrina, o princípio da proporcionalidade, enquanto critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, desdobra-se em três subcritérios, quais sejam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito – cuja aplicação, vale ressaltar, deve se dar precisamente nessa ordem, tendo em vista a relação de subsidiariedade que os subcritérios da proporcionalidade estabelecem entre si<sup>5</sup>.

Ocorre que, em que pese a publicação *online* da declaração de interesses privados de diretor de estabelecimento público financiado pelos fundos do Estado da Lituânia, enquanto medida restritiva do direito fundamental à proteção de dados, talvez se revelasse capaz de alcançar – ou, ao menos, de fomentar<sup>6</sup> – a promoção do direito a uma boa administração *in casu*, em atendimento ao subcritério da adequação, é inequívoco que a medida restritiva em questão, ao promover o tratamento de dados nominativos, inclusive sensíveis, relativos ao cônjuge, concubino ou parceiro do declarante, bem como às pessoas próximas ou conhecidas do declarante suscetíveis de dar origem a um conflito de interesses, e ainda de dados referentes a qualquer transação celebrada nos últimos doze meses civis cujo valor

---

<sup>5</sup> “A análise da *adequação* precede a da *necessidade*, que, por sua vez, precede a da *proporcionalidade em sentido estrito*. A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade *nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras*. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. (...) Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito”. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 34-35, 2002.

<sup>6</sup> Virgílio Afonso da Silva assinala que, no Brasil, um difundido conceito de adequação, baseado em decisão do Tribunal Constitucional alemão, sugere que um meio deve ser considerado adequado se for apto a alcançar o resultado pretendido. Ocorre que, segundo o autor, tal conceito não seria preciso, sob o fundamento de que a sentença em alemão seria melhor compreendida se traduzisse o verbo *fördern*, usado na decisão, por fomentar, e não por alcançar. Nesse diapasão, adequado não seria somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente alcançado (*Ibidem*, p. 36).

excedesse três mil euros, não consistiria na opção menos gravosa<sup>7</sup>, tendo em vista que a sua aplicação restringiria excessivamente o direito fundamental em sopesamento, de sorte que os subcritérios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito<sup>8</sup> restariam integralmente desatendidos.

Outrossim, insta se faz salientar que a própria Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu artigo 52.º, n.º 1, estabelece que qualquer restrição ao exercício de direitos fundamentais não só deve respeitar o conteúdo essencial desses direitos, como também corresponder efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros, em observância ao princípio da proporcionalidade. Nessa mesma linha, e dando um passo além, o artigo 5º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção preconiza que cada Estado Parte deve procurar avaliar periodicamente os instrumentos jurídicos e as medidas administrativas pertinentes a fim de determinar se são adequadas para combater a corrupção.

Assim, ante todo o exposto, verifica-se que o TJUE, ao identificar os valores em jogo no caso em testilha, interpretou os artigos 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea "e", e 9.º, n.º 1, do RGPD, de forma a encontrar o justo equilíbrio entre os direitos fundamentais que entraram em colisão: de um lado, o direito fundamental a uma boa administração ostentado pelos cidadãos do Estado da Lituânia, e, de outro, o direito fundamental à proteção de dados pessoais dos diretor de estabelecimento público financiado pelos fundos do Estado da Lituânia, assim como das pessoas a ele relacionadas.

---

<sup>7</sup> Conforme destaca Ingo Wolfgang Sarlet, a opção pela medida restritiva menos gravosa envolve duas etapas de investigação, quais sejam (i.) o exame da igualdade de adequação dos meios, a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; e (ii.) o exame do meio menos restritivo, com o escopo de averiguar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 417.

<sup>8</sup> Na lição de Robert Alexy, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas, enquanto que as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 118.

## 2 DO RECONHECIMENTO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Da análise da decisão proferida pelo TJUE no Processo n.º C-184/20, também salta aos olhos o fato de o direito fundamental à proteção de dados, preconizado pelo artigo 8.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, ter se materializado sob a forma do já reconhecido direito à autodeterminação informativa, próprio da sociedade em rede contemporânea. A propósito, é importante recordar que, no caso em comento, a publicização da declaração de interesses privados sob discussão seria intermediada pela Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC), tendo em vista que o seu conteúdo, contendo dados nominativos, inclusive sensíveis, relativos ao cônjuge, concubino ou parceiro do declarante, bem como às pessoas próximas ou conhecidas do declarante suscetíveis de dar origem a um conflito de interesses, e ainda dados referentes a qualquer transação celebrada nos últimos doze meses civis cujo valor exceda três mil euros, seria publicado no sítio eletrônico da Comissão Superior.

Não é demais salientar que, com o advento da sociedade em rede, os dados pessoais transmudaram-se em verdadeiros meios de representação da pessoa humana, ocasionando, notadamente a partir da década de 1970, o espraiamento de leis<sup>9</sup> e de tratados internacionais<sup>10</sup> específicos para a proteção de dados enquanto projeção da personalidade (DONEDA, 2006, p. 140-141). Na jurisprudência, o maior reflexo desse movimento ocorreu em 1983, quando o Tribunal Constitucional alemão reconheceu, na multicitada decisão proferida no julgamento da Lei do Censo (*Volkzählungsgesetz*), a existência de um direito subjetivo fundamental à autodeterminação informativa, que atribuiria aos jurisdicionados o poder de decisão acerca do levantamento, do processamento e da transmissão dos seus dados

---

<sup>9</sup> No âmbito europeu, foram editadas a Lei de Proteção de Dados do Estado alemão de Hesse (1970), a Lei de Dados da Suécia (1973), o Estatuto de Proteção de Dados do Estado alemão de Rheinland-Pfalz (1974) e a Lei Federal de Proteção de Dados da Alemanha (1977). Nos Estados Unidos, foram editados o *Fair Credit Reporting Act* (1970) e o *Privacy Act* (1974).

<sup>10</sup> No período em tela, foram estabelecidas a Convenção 108 do Conselho da Europa (1981), as Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais (1980) e a Diretiva Europeia 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (1995).

peçoais<sup>11</sup>, em respeito à dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento da sua personalidade.

Percebe-se, portanto, que o direito à autodeterminação informativa consagra o protagonismo da pessoa humana diante das mais diversas operações de tratamento dos seus dados pessoais, de modo a promover a segurança jurídica na sociedade em rede contemporânea. Mais do que isso: conforme bem aponta Luiz Fernando Martins Castro (2002, p. 42-43), o direito à autodeterminação informativa confere à pessoa humana o direito de “[...] *decidir até onde vai a sombra que deseja que paire sobre as informações que lhe respeitam, construindo-se como uma liberdade, como um poder de determinar o uso dos seus dados pessoais*”.

Voltando nossos olhos para o caso em testilha, então, mostra-se salutar observar que o TJUE, muito pelo fato de estar amparado por uma Carta de Direitos Fundamentais que reconhece, de forma expressa, o direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental, facilmente identificou o direito à autodeterminação informativa do diretor de estabelecimento público financiado pelos fundos do Estado da Lituânia e das pessoas a ele relacionadas, impondo, assim, o respeito ao poder de decisão de que esses usuários dispõem acerca do tratamento dos seus dados pessoais.

Ainda sobre esse ponto, é inevitável fazer um paralelo com a realidade vivenciada no cenário jurídico brasileiro. No solo pátrio, o direito fundamental à proteção de dados pessoais não encontra previsão expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), tendo sido positivado, até o presente momento, apenas na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que entrou em vigor em 18 de setembro de 2020.

---

<sup>11</sup> Consoante explica Laura Schertel Ferreira Mendes, a Corte Constitucional alemã entendeu que “o processamento automático dos dados ameaçaria o poder do indivíduo em decidir por si mesmo se e como ele desejaria tornar públicos dados pessoais no sentido de que o processamento de dados possibilitaria a elaboração de um ‘quadro completo da personalidade’ por meio de ‘sistemas integrados sem que o interessado possa controlar o suficiente sua correção e aplicação’. Assim, aumentaria a influência do Estado sobre o comportamento do indivíduo, que não mais seria capaz de tomar decisões livres em virtude ‘da pressão psíquica da participação pública’. Uma sociedade, ‘na qual os cidadãos não mais são capazes de saber quem sabe o que sobre eles, quando e em que situação’, seria contrária ao direito à autodeterminação informativa, o que prejudicaria tanto a personalidade quanto o bem comum de uma sociedade democrática”. Cf. MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, n. 39, p. 188, jul./dez. 2018.



Sucedeu que, a despeito desse incipiente respaldo legal, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão paradigmática em 07 de maio de 2020, na qual destacou, na mesma trilha da decisão proferida pelo TJUE no Processo n.º C-184/20, a centralidade exercida pelo tema da proteção de dados na atual manutenção da democracia (MENDES; FONSECA, 2020, p. 473). Mais: o STF, na oportunidade, reconheceu, pioneiramente no âmbito da jurisprudência pátria, o direito à autodeterminação informativa como manifestação do direito à proteção de dados pessoais na sociedade em rede contemporânea.

Importa referir, a controvérsia que ensejou a prolação da referida decisão veio a lume com a publicação da Medida Provisória n.º 954, de 17 de abril de 2020, que previa o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) e de Serviço Móvel Pessoal (SMP) com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para fins de suporte à produção estatística oficial durante a Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) decorrente da pandemia de COVID-19.

Convencidos acerca da inconstitucionalidade material do inteiro teor de tal ato normativo primário, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), o Partido Socialista Brasileiro (PSB), o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e o Partido Comunista do Brasil (PCdoB) ajuizaram, então, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, apontando, dentre outras inconformidades, a ofensa ao direito à autodeterminação informativa.

No julgamento das referidas ADIs, o Plenário do STF, por maioria, suspendeu a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, de 17 de abril de 2020, firmando, assim, o elogiável entendimento de que a tutela do direito fundamental à privacidade não mais se adstringe à demarcação de um espaço privado, abarcando, também, a obediência aos princípios norteadores das atividades de tratamento de dados pessoais<sup>12</sup>, razão pela qual eventual medida restritiva ao seu conteúdo e alcance

---

<sup>12</sup> É nesse sentido, aliás, que Laura Schertel Ferreira Mendes sustenta que, “para além da coincidência do léxico com os modernos instrumentos internacionais de tutela da privacidade, certo é que a proteção da dignidade humana e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada numa sociedade da informação somente pode ser atingida hoje por meio da proteção contra os riscos do processamento de dados pessoais”. Cf. MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação

deve estar amparada em justificativa constitucional proporcional aos riscos de comprometimento do direito à autodeterminação informativa, que veicule, de forma clara, específica e precisa, a finalidade, a adequação, a necessidade e os limites do tratamento de dados pessoais, bem como preveja mecanismos técnicos e administrativos de segurança e de prevenção contra danos.

Nessa ordem de ideias, o que se depreende é que a consolidação da sociedade em rede, caracterizada pelo processamento massivo de informações intermediado pela TIC, trouxe consigo crescente necessidade de se funcionalizar o direito fundamental à proteção de dados pessoais, sendo esta considerada a única forma de se proteger a dignidade da pessoa humana e, ao fim e ao cabo, a própria democracia nos dias atuais. Tal fenômeno, aliás, pode ser ilustrado a partir tanto da decisão proferida pelo TJUE no Processo n.º C-184/20, quanto da decisão proferida pelo STF nas ADIs 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, uma vez que, em ambas, o juízo de ponderação efetuado identificou, na autodeterminação informativa, um direito “pesado” o suficiente para fazer frente ao outro direito em sopesamento.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar, criticamente, a decisão proferida pelo TJUE no Processo n.º C-184/20, que tem por objeto pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Vilniaus apygardos administracinis teismas* (Tribunal Administrativo Regional de Vilnius, Lituânia) no âmbito de litígio encetado entre OT (diretor de estabelecimento público financiado pelos fundos do Estado da Lituânia) e *Vyriausioji tarnybinės etikos komisija* (Comissão Superior de Prevenção dos Conflitos de Interesses na Função Pública da Lituânia), cuja solução dependia da interpretação a ser conferida ao teor do artigo 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea “e”, e do artigo 9.º, n.º 1, do RGPD.

Conforme se tentou demonstrar, o TJUE efetuou, no caso em tela, juízo de ponderação, de forma a encontrar o justo equilíbrio entre os dois direitos fundamentais que entraram em colisão: de um lado, o direito fundamental a uma boa

---

informativa: os dois lados da mesma moeda. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, n. 39, p. 202, jul./dez. 2018.

administração, e, de outro, o direito fundamental à proteção e dados pessoais. Nesse exercício, operado sob o manto do princípio da proporcionalidade, o TJUE pôde concluir que a publicação *online* de declaração de interesses privados que tenha por objeto dados nominativos, inclusive os de caráter sensível, relativos ao cônjuge, concubino ou parceiro do declarante, bem como às pessoas próximas ou conhecidas do declarante suscetíveis de dar origem a um conflito de interesses, ou ainda dados referentes a qualquer transação celebrada nos últimos doze meses civis cujo valor exceda três mil euros, teria o condão de ferir sobremaneira o direito fundamental à proteção de dados pessoais, ultrapassando, assim, os limites dos limites aos direitos fundamentais (*Schranken-Schranken*).

Outrossim, o TJUE teve o mérito de reconhecer o direito à autodeterminação informativa enquanto manifestação do direito fundamental à proteção de dados pessoais na sociedade em rede contemporânea, mormente ao se considerar que a publicização da declaração de interesses sob discussão seria intermediada pela TIC. Para além disso, ao se cotejar a decisão proferida pelo TJUE no Processo n.º C-184/20 com a decisão proferida pelo STF nas ADIs 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, é possível visualizar a tendência manifestada pelos diversos ordenamentos jurídicos no sentido de funcionalizar o direito fundamental à proteção de dados pessoais sob a forma do direito à autodeterminação informativa, como forma de se proteger a dignidade da pessoa humana e, em última análise, a própria democracia contemporânea.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, 669 p.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 369 p.

CASTRO, Luiz Fernando Martins. Proteção de dados pessoais: panorama internacional e brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, n. 19, p. 40-45, out. /dez. 2002.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 439 p.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

\_\_\_\_\_; FONSECA, Gabriel Campos Soares da Fonseca. STF reconhece o direito fundamental à proteção de dados: comentários sobre o referendo da Medida Cautelar nas ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 130, p. 471-478, jul./ago. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, 199 p.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, 515 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

## 32. "NUR MIR?": SAMPLING, LIBERDADE ARTÍSTICA VERSUS DIREITO DE PROPRIEDADE À LUZ DO DIREITO ALEMÃO E EUROPEU

"NUR MIR?": SAMPLING, ARTISTIC FREEDOM VERSUS PROPERTY RIGHTS UNDER THE GERMAN AND EUROPEAN LAW



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-32>

Roxanne Albanus<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo analisa o conflito entre direitos fundamentais *liberdade artística* e *direito de propriedade* no contexto do caso *Pelham*. O trabalho apresenta um comentário crítico à decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (C-476/17) a partir da comparação com a conclusão do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE 142, 74). As cortes adotaram perspectivas completamente opostas sobre a aplicação do direito fundamental à liberdade artística na interpretação da utilização do *sampling* feito sem autorização dos titulares do direito.

Palavras-chave: Liberdade artística. *Sampling*. Tribunal Constitucional Federal Alemão. Tribunal de Justiça da União Europeia.

### ABSTRACT

The present article analyzes the conflict between fundamental rights *artistic freedom* and *property rights* in the context of the *Pelham* case. The paper presents a critical commentary on the decision of the Court of Justice of the European Union (C-476/17) from the comparison with the conclusion of the German Federal Constitutional Court (BVerfGE 142, 74). The courts adopted completely opposite perspectives on the application of the fundamental right to artistic freedom in interpreting the use of sampling made without permission of the right holders.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Europeu e Alemão no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGD-UFRGS) em cooperação com o Centro de Estudos Europeus e Alemães (*Zentrum für Deutschland- und Europastudien*) (ZDE-UFRGS-PUCRS). Bolsista CAPES. Advogada.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9685402188591673>. E-mail: r.albanus18@gmail.com.

Keywords: Artistic freedom. *Sampling*. German federal Constitutional Court. Court of Justice of the European Union.

## INTRODUÇÃO

A técnica de composição musical conhecida como *sampling* (pt. amostragem) consiste em incorporar segmentos de diferentes gravações sonoras já existentes – os *samples* (pt. amostras) – em uma nova peça musical (BVerfGE 142, 74). A prática permite extrair trechos de qualquer tamanho de gravações, armazená-los, transformá-los digitalmente, realizar pequenas modificações, como mudanças no tom ou no tempo, e reutilizá-los em novas gravações<sup>2</sup> (BVerfGE 142, 74) (DUHANIC, 2016). Onipresente no mundo musical contemporâneo<sup>3</sup>, o uso do *sampling* se popularizou nas composições a partir da metade dos anos 80 devido ao desenvolvimento e disseminação da tecnologia e software, e desde então influencia a música popular<sup>4</sup> (FISCHER, 2020, p. 13) (DÖHL, 2019). No entanto, foi no hip-hop, gênero da música objeto do caso analisado neste artigo, que a prática “explodiu”. A técnica é tão fundamental para o gênero, que é impossível concebê-lo sem ela, trata-se de um elemento que define o próprio estilo musical (BVerfGE 142, 74), conforme Duhanic: “*no sampling, no hip-hop*” (DUHANIC, 2016). Embora o *sampling* seja uma forma de *expressão artística*, e não uma simples cópia<sup>5</sup>, o modo como é realizado

---

<sup>2</sup> Trata-se de uma prática de *cópia musical* na qual uma *cópia digital* de um som é inserida em um novo contexto musical (FISCHER, 2020).

<sup>3</sup> O procedimento é amplamente utilizado no mundo da música. Como Lindenbaum cita, *Paul's Boutique* dos *Beastie Boys*, de 1989, é um álbum de rap com batidas composto com diversos *samples*, incluindo um solo de guitarra dos *Isley Brothers*, o reggae padrão *Stop That Train*, o solo de guitarra dos *Beatles* de *The End*, de *Johnny Cash Folsom Prison Blues* e até sons de propagandas de rádio (LINDENBAUM, 1999, p. 2).

<sup>4</sup> Conforme Lindenbaum citou, ainda em 1999, “há 10 anos atrás, enquanto apenas 8 dos 100 álbuns mais vendidos continham amostragem, atualmente, quase um terço do mesmo número utilizam amostragem como ferramenta artística” (LINDENBAUM, 1999, p. 1 e 2). A prática teve seu início na Jamaica em 1960, quando os DJs começaram a utilizar sistemas de som portáteis e misturar partes de gravações existentes em novas mixagens, sobrepondo vocais, mas foi nos Estados Unidos que o *sampling* digital teve sua evolução, e seu sucesso se deu a partir dos anos 80, com o desenvolvimento da tecnologia de sintetizadores e máquinas de bateria a serem ligadas a computadores através da *Musical Interface Digital de Instrumentos* (MIDI) (DUHANIC, 2016). Hoje, é possível ser utilizada a partir de qualquer *Smartphone* (DÖHL, 2022).

<sup>5</sup> O *sampling* não se confunde com *falsificação* ou *plágio* (hipóteses de reprodução ilegal). Na *falsificação*, copia-se o estilo do artista, apresenta-se como se do autor original fosse, *atribui-se autoria*; no *plágio*, a criação da obra é usurpada do autor, um “furto” de propriedade, *usurpa-se a autoria* (ODY, 2018, p. 81) (PASQUALOTTO, 2021, p. 509). No *sampling*, a utilização dos *samples* para

pode ser considerado ilícito<sup>6</sup>, assim a configuração de violação dependerá da análise do caso concreto (PASQUALOTTO, 2021, p. 509 e 510). O *sampling* desafia o mundo jurídico, a exemplo da complexidade do caso aqui analisado, conhecido como *Metall auf Metall, Pelham*, ou *Kraftwerk*, que há mais de 23 anos é *ouvido* pelos tribunais<sup>7</sup>, ainda sem uma decisão final. Trata-se da primeira disputa judicial sobre a técnica no âmbito dos tribunais superiores (DÖHL, 2019). O caso em questão é de grande relevância mundial, considerado um marco para a regulação do *sampling* (PASQUALOTTO, 2021, p. 506 e 510). Nele é discutido o conflito entre direitos fundamentais, especialmente a liberdade artística *versus* direito de propriedade.

## 1 CONDIÇÕES NÃO TÃO LIVRES PARA O SAMPLING

Tudo começou em 1997, quando o artista e produtor alemão do gênero de hip-hop *Moses Pelham* escreveu e produziu a música *Nur mir*, interpretada pela artista alemã *Sabrina Setlur*, na qual foi utilizada uma amostra de dois segundos da gravação musical *Metall auf Metall*, de 1977, da banda *Kraftwerk*, sem a autorização dos titulares do direito. Os dois segundos da amostra foram desacelerados em 5% e repetidos em *loop* ao longo de toda música (BVerfGE 142, 74). Dois membros da banda processaram *Pelham*, um coprodutor e a empresa de produção (MIMLER, 2017, p. 2) afirmando violação de seus direitos como produtora do fonograma com base no §85, I,<sup>8</sup> da Lei de Direitos Autorais alemã (dt. *Urheberrechtsgesetz*, abrev.

---

uma nova não envolve atribuição, nem usurpação de autoria. Em muitos casos, justamente se busca o oposto, como homenagear, estabelecer algum diálogo, configurando-se nesses casos uma exaltação (PASQUALOTTO, 2021, p. 509). Conforme o produtor de rap, *Daddy-O*, citado por *Lindenbaum*: o *sampling* "é algo que se junta com pedaços e peças que outras pessoas fizeram. Uma vez que se tenha o produto completo, tem-se uma imagem completamente diferente" (LINDENBAUM, 1999, p. 2).

<sup>6</sup> Conforme ensina *Pasqualotto*, trata-se de um fenômeno multifacetado, sob o qual incide diferentes proteções no âmbito autoral: sobre a composição, melodia, letra, gravação, fonograma, reprodução, entre outros; abrange os direitos dos compositores, intérpretes, detentores dos direitos de reprodução exploração, dos titulares dos direitos autorais e conexos. Por isso, a depender de como a técnica é desenvolvida, especialmente quando não se tem autorização para o uso, é possível que uma ou mais dessas proteções sejam violadas (PASQUALOTTO, 2021, p. 509).

<sup>7</sup> Passando por todas as instâncias judiciais possíveis, do *Landgericht Hamburg* até o Tribunal de Justiça da União Europeia.

<sup>8</sup> A disposição estabelece: *o produtor do fonograma tem o direito exclusivo de reproduzir, distribuir e tornar o fonograma acessível ao público* (§85, I, 1, UrhG). No caso do *sampling*, isso significa que o uso de amostra de um fonograma é consentido pelo produtor do fonograma, e não pelo autor criativo (FISCHER, 2020, p. 48).

UrhG)<sup>9</sup>, o qual garante aos produtores de fonogramas direitos conexos<sup>10</sup> de exclusividade de reproduzir o fonograma. Como defesa, *Pelham* argumentou que a utilização do *sample* deveria ser permitida com base no conceito de *uso livre* (dt. *Freie Benutzung*), previsto no §24 UrhG, o qual estabelecia<sup>11</sup> uma exceção para interferência nos direitos autorais e conexos. A partir do dispositivo, era possível o uso legítimo de uma obra protegida por direitos autorais: “uma obra independente que tenha sido criada *usando livremente* a obra de outra pessoa pode ser *publicada e usada* sem a necessidade do consentimento do autor do trabalho usado”<sup>12</sup>.

Ao analisar o caso, os tribunais alemães entenderam que o *uso livre* do *sample* só seria permitido sob condições muito rigorosas (JÜTTE, QUINTAIS, 2021, p. 02). Em 2008, o Tribunal Federal alemão (dt. *Bundesgerichtshof*, abrev. BGH) confirmou a decisão das cortes mais baixas, entendendo existir interferência nos direitos dos produtores de fonograma mesmo quando os menores fragmentos de som fossem retirados de uma gravação sonora se o artista puder de produzir por si mesmo o

---

<sup>9</sup> A lei de direitos autorais alemã tutela os direitos de autor e os direitos conexos e dos direitos sobre programas de computador (ODY, 2018, p. 36 e p. 160). Os *direitos de autor* são aqueles que protegem a relação do e de sua obra, enquanto criador de uma obra intelectual (criação do espírito exteriorizada); os *direitos conexos* são os intimamente relacionados com os do autor (são destes dependentes ou até a eles subordinados) como os dos intérpretes ou executantes de obras de arte e os produtores fonográficos (ODY, 2018, p. 36 e p.160).

<sup>10</sup> No caso *Pelham*, a disputa se deu sobre os direitos conexos dos produtores, pois se dá sobre uma gravação, do fonograma, e não da obra musical (melodia e letra), protegida expressamente pelo direito autoral (§2, 1,1), por ser considerada uma criação intelectual pessoal (§2,2). O fonograma consiste na fixação da obra musical no suporte material e tem sua proteção nos direitos conexos de exclusividade do produtor do fonograma previsto no §85 (ODY, 2018, 160).

<sup>11</sup> Revogado em 07 de junho de 2021 pela implementação da Diretiva (UE) 2019/790.

<sup>12</sup> *Uso livre (1) Um trabalho independente que tenha sido criado usando livremente o trabalho de outra pessoa pode ser publicado e usado sem o consentimento do autor do trabalho usado* (§ 24, I, UrhG). Ela representava uma limitação ao escopo de proteção do §23 (o qual permite a *publicação e a exploração* da adaptação ou transformações da obra somente com o consentimento do autor). De forma que são normas conectadas. Regra geral, qualquer transformação, como reprodução da obra, depende de autorização do autor, “pois ele tem o direito de se opor a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como criador, em sua reputação ou honra, podendo suspender eventual autorização já deferida se implicar afronta a sua reputação e imagem (art. 24, IV e VI, LDA.)” (ODY, 129). Então, o §24 era uma exceção: se as características individuais do trabalho anterior *desbotarem*, havia *uso livre* na acepção do § 24 (SPECHT-RIEMENSCHNEIDER; RIEMENSCHNEIDER; SCHNEIDER, 2020, p. 19). Se as adaptações e transformações resultassem em obra independente, não era necessário o consentimento do autor, recebendo proteção de direito autoral (ody 130 131). Embora conectados, o *uso livre* previsto no §24, continha um espectro ainda maior de exceção, do que as hipóteses do §23 (“(1) 1 *Adaptações* ou outras *transformações* de uma obra, em particular uma melodia, só podem ser publicadas ou utilizadas com o consentimento do autor”), pois se referia a qualquer obra independente, *nova*.



*trecho musical*<sup>13</sup> (SCHONHOFEN, 2016), excedendo, assim, a hipótese de limitação dos direitos autorais e conexos do *uso livre* (PASQUALOTTO, 2021, p. 516). Em 2012, o BGH limitou ainda mais o uso não autorizado de uma amostra, de modo que somente poder-se-ia invocar a exceção *se a amostra não pudesse ser reproduzida por um produtor médio com seus próprios meios*<sup>14</sup> (JÜTTE, QUINTAIS, 2021, p. 3), chegando à conclusão de que o *sample* de dois segundos constituía uma invasão do direito do produtor do fonograma não justificada pelo *uso livre* (BVerfGE 142, 74). Diante das negativas, *Pelham* entrou com uma reclamação<sup>15</sup> no Tribunal Constitucional alemão (dt. *Bundesverfassungsgericht*, abrev. *BVerfG*) argumentando que as condições restritivas para o *sampling* tornariam o uso não autorizado de uma amostra praticamente impossível, de modo a violar seu *direito fundamental à liberdade artística* previsto no art. 5, 3, 1<sup>16</sup> da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Constituição alemã) (dt. *Grundgesetz*, abrev. GG) (JÜTTE, QUINTAIS, 2021, p. 3). A Corte Constitucional teve então de esclarecer até que ponto os músicos poderiam invocar o direito fundamental à *liberdade artística* por meio do *uso livre* do § 24 UrhG na utilização de trechos de gravações sonoras de outras pessoas por meio do *sampling*, em face dos direitos dos produtores previstos no §85, I UrhG, protegidos pelo direito fundamental de *propriedade*, art. 14, I GG<sup>17</sup> (BVerfGE 142, 74).

## 2 “NUR MIR?” LIBERDADE ARTÍSTICA VERSUS DIREITO DE PROPRIEDADE

Afinal, a quem pertence um som? *Nur mir?*<sup>18</sup>(pt. somente a mim?). Será que uma amostra não poderia ser utilizada para a realização de uma obra nova? Ou

<sup>13</sup> O tribunal entendeu que se o artista for capaz de desenvolver a liberdade artística de outra forma, não deve ser autorizado a interferir na propriedade de outra pessoa (ODY, 2018, p. 132).

<sup>14</sup> Conforme a decisão “se, no momento do uso da gravação sonora feita por terceiros, for possível para um produtor musical com equipamento e habilidades médias produzir sua própria gravação sonora que, do ponto de vista do público relevante, é equivalente à original quando usada no mesmo contexto musical” (BGH, I ZR 182/11).

<sup>15</sup> BVerfGE 142, 74.

<sup>16</sup> “Artigo 5º [Direito de Liberdade de Expressão, Liberdade de Imprensa, Liberdade de Arte e Ciência] (3) 1 Arte e ciência, pesquisa e ensino são gratuitos” (art. 5, 3, 1 GG).

<sup>17</sup> Artigo 14 [Propriedade, Herança e Expropriação] (1) A propriedade e o direito de herança são garantidos. 2 Conteúdo e limites são determinados pelas leis” (art. 14, I GG).

<sup>18</sup> Fazendo menção a própria letra da música objeto da disputa, como feito por FISCHER, 2020, p. 13. A saber: “*Dieses Leben ist mir. Nur mir! Mir nur ganz alleine. Nur mir. Nur mir, nur mir, nur mir ganz allein.*” (pt. Esta vida é minha. Só minha! Somente para mim. Só minha. Só minha, só minha, somente para mim) (tradução livre da autora) (SABRINA SETLUR, 1997).

artista só poderia criar a partir *do nada*, no *vácuo*<sup>19</sup>? Essas questões envolvem os limites do direito fundamental à liberdade artística em relação ao direito de propriedade. A *liberdade artística*, consagrada no art. 5, III, da Lei Fundamental alemã<sup>20</sup>, protege a criatividade individual e as obras dos artistas (KOHAL, 2022, p. 499). Para compreender o alcance de sua proteção, importa alguma conceituação do que é *arte*<sup>21</sup> (KOHAL, 2022, p. 500). No entanto, tentar defini-la seria infrutífero, e até mesmo prejudicial, tendo em vista que o conceito jurídico não pode limitar sua amplitude (ODY, 2018, p. 47). A *arte* é um conceito aberto<sup>22</sup>, sem limites para área de proteção (HUFEN, 2022) de forma que as diversas expressões de arte<sup>23</sup> não se resumem, e nem precisam ser, a um único conceito (ODY, 2018, p. 47). O texto da Lei Fundamental não impõe limitações à liberdade artística<sup>24</sup>, de modo que a doutrina alemã a entende como "*insuscetível de limitação por lei*"<sup>25</sup> (ODY 40). Assim, as

---

<sup>19</sup> RAUE, 2022, p. 01

<sup>20</sup> "arte, ciência, pesquisa e ensino são livres" (art. 5, III, GG)

<sup>21</sup> No caso concreto, é necessário buscar alguma definição de arte para aplicar a lei. Não se pode diferenciar "boa" e "má" arte, por ser um Estado ideologicamente neutro (Art. 20 I GG - princípio da democracia). Assim, evita-se a distinção entre "arte digna de proteção" e a "não digna". Segundo Kohal, há *três abordagens* desenvolvidas pelo Tribunal Constitucional alemão. Como *conceito material*, "a essência da atividade artística é o desenho criativo livre, no qual impressões, experiências do artista são levadas à percepção imediata através de uma certa linguagem formal" (da decisão Mephisto)" Sob o *ponto de vista formal*, a Corte deu ênfase na ação necessária para a produção da arte, como pintar, esculpir e escrever, definições que devem ser amplas para não reduzir a área de proteção. Por fim, como *conceito aberto*, o Tribunal reserva o direito de definir o conceito de arte de maneira totalmente aberta, a diversidade de suas interpretações possível é que faz uma obra de arte (KOHAL, 2022, p. 501 e 502).

<sup>22</sup> O conceito aberto inclui diferentes aspectos de arte: inclui arte engajada e não engajada, política e neutra, estética e feia, até mesmo arte pornográfica e blasfema (HUFEN, 2022).

<sup>23</sup> Conforme Ody: "arte designa uma grande variedade de obras, desde pinturas rupestres, arte do Egito antigo, arte clássica greco-romana até modernas instalações, incluindo, ainda, música, literatura e cinema, embora a palavra seja mais comumente utilizada para designar artes visuais, em especial a pintura". Trata-se de "conceito jurídico relativo que, de acordo com a norma em relação ao qual é considerado, pode ter diferentes significados. Assim, pode ser examinada a arte no contexto do direito fundamental a liberdade artística (art. 5, alínea 3, 1 parte da GG) ou da proteção autoral de uma obra de arte (§§ 1 e 2 UrhG)" (ODY, 2018, p. 47).

<sup>24</sup> Conforme Epping e Hillgruber, "por razões sistemáticas, o BVerfG rejeitou expressamente a aplicação das limitações do artigo 5(2), artigo 2(1) frase 2 e artigo 5(3) frase 2 à liberdade artística" (EPPING; HILLGRUBER, 2022).

<sup>25</sup> Embora a Constituição de Weimar já contivesse disposição semelhante ao atual art. 5, III da GG, no seu art. 142, essa liberdade formulada abertamente pode ser entendida como um contra projeto explícito à perseguição nacional-socialista, chamada de *arte degenerada* (KOHAL, 2022, p. 499). A liberdade de expressão e imprensa, diferentemente, são expressamente limitadas pela Lei Fundamental "por prescrições legais gerais, por preceitos legais de proteção à infância e juventude e pelo direito à honra, enquanto o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é reconhecido e, desde que não ofenda a direito de outros nem seja contra a ordem constitucional e costumes (art. 2 GG), devendo ser respeitada a propriedade, seja ela material ou imaterial (art. 14 GG)" (ODY, 41).

restrições ao seu exercício só podem se dar pela *colisão* com outro direito fundamental constitucionalmente garantido a partir da devida ponderação, "em face do que a doutrina chama de *limitação imanente do direito fundamental*, por ser ela inerente ao sistema constitucional" (ODY, 2018, p. 43). Apenas a própria Constituição pode determinar os limites da garantia à liberdade artística, de maneira que seus limites só podem ser encontrados no direito constitucional conflituoso com direitos fundamentais de outros *sujeitos de direito* e de outros *bens jurídicos de ordem constitucional* (EPPING; HILLGRUBER, 2022). Assim, ela é ilimitada *in abstracto*, mas pode ser limitada *in concreto*, por exemplo, pela *dignidade da pessoa humana*<sup>26</sup> (ODY, 41), ou pelo direito fundamental de propriedade<sup>27</sup> (art.14,1 GG).

Nesse sentido decidiu o BVerfG, de acordo com sua própria jurisprudência, pela *ponderação* entre a *liberdade artística* e os *direitos conexos* na proteção da liberdade artística (ROSSA, 2017). Diferentemente do BGH, a Corte Constitucional entendeu que as disposições de direitos dos produtores (§85, I, 1) e de uso livre (§ 24 § 1) do UrhG são compatíveis com a liberdade artística do art. 5, 3, I e com a proteção de propriedade do art. 14, I do GG (SCHONHOFEN, 2016). Como normas gerais, elas protegem tanto os direitos dos produtores de fonogramas e sua propriedade, como a liberdade artística para o uso de fonogramas (BVerfGE 142, 74). Entendeu que a liberdade artística pode ser alcançada na interpretação do direito de propriedade, pois o § 85 deixa espaço para essa interpretação (SCHONHOFEN, 2016), sendo necessário um *equilíbrio* entre o interesse no *desenvolvimento artístico sem restrições* e as participações dos produtores de fonogramas. A Corte questionou por que o proprietário seria autorizado a "proibir o uso de sua obra na concepção de obra nova, se sua propriedade não é afetada e, em especial, se não sofre nenhum prejuízo financeiro": o uso da batida da gravação em outra peça não afetaria a

<sup>26</sup> Ou/e ainda: quando há colisão com o direito geral de personalidade (como em difamações, insultos), ou proteção a ordem democrática (como uma banda de rock nazista) (HUFEN, 2022). Pode haver uma colisão com o direito autoral de terceiro (direito especial de personalidade) "a liberdade artística pode configurar ofensa ao direito autoral de terceiro quando com intenção de criação de obra nova, autônoma, o artista realiza cópia ou plágio, adaptação não autorizada ou excede a liberdade de citação" (ODY, 2018, p. 43), ou, como no caso, aqui analisado, entre a liberdade artística e o direito de propriedade (pois trata-se de um fonograma, e não da obra musical).

<sup>27</sup> Regra geral, entende-se que a liberdade artística não pode justificar o *uso* ou *dano* à propriedade alheia sem indenização, de modo que ao ponderar esses direitos fundamentais em conflito, deve-se considerar "se, e, até que ponto certas formas de arte são possíveis sem infringir a propriedade de outra pessoa" (EPPING; HILLGRUBER, 2022).

comercialização a primeira (ODY, 2018, p. 132). Ela entendeu ser especialmente importante que o artista possa passar por um processo criativo que seja o mais livre possível em termos financeiros e de conteúdo; que tanto o autor, quanto o produtor de fonograma devem aceitar o fato de que uma obra se torna parte do patrimônio cultural da sociedade como um todo quando publicada e, portanto, também do *debate artístico amplo e público* (ROSSA, 2017). E, se decidido de forma contrária, seriam comprometidos os interesses de outros artistas, especialmente os de hip-hop, pois o *sampling* é um dos elementos estilísticos do gênero que seria excluído do seu processo criativo, de forma que contrária a liberdade artística (ODY, 2018, p. 132). As condições impostas pelo BGH para admitir o *sampling* seriam uma restrição ao próprio processo criativo (ROSSA, 2017). Acertada a decisão da Corte Constitucional Federal Alemã, pois respeita os limites dos direitos fundamentais e observa a ponderação entre eles. O *sampling* necessário para o hip-hop, o define como estilo, e permite a feitura de obra nova. Não há *roubo* em pegar o "*chip- chip- chip*"<sup>28</sup> para criar obra independente. Conforme Raue, criações intelectuais fazem parte de um processo de comunicação cultural, de maneira que são pontes para o intercâmbio humano qualificado. Apesar dos direitos autorais terem como fim proteger a relação intelectual e pessoal entre a obra e o autor, e sua exploração econômica, o autor não criou a obra no *vácuo*, mas sim com apoio em "conquistas culturais e através de sugestões mais ou menos concretas de obras pré-existentes". Assim, sua obra logicamente também se torna a base de uma maior criação cultural e desenvolvimento social (RAUE, 2022, p. 01).

---

<sup>28</sup> Como *Pelham* cita em entrevista, é diferente de pegar algo uma pessoa criou e vender como sua, é muito diferente "*chip chip chip*" presente na música (4:00) Youtube. **Seit 20 Jahren vor Gericht wegen 2 Sekunden Musik: Moses Pelham vs. Kraftwerk** | Arte TRACKS. 2021. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=QrHrszMHW28&ab\\_channel=ArteTRACKS](https://www.youtube.com/watch?v=QrHrszMHW28&ab_channel=ArteTRACKS)> Acesso em nov. 2022.

### 3 TRANS-EUROPA EXPRESS<sup>29</sup>

O BVerfG determinou que o caso *Pelham* fosse devolvido ao BGH, que por sua vez encaminhou seis questões ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJEU)<sup>30</sup> (FISCHER, 2020 p.14), que se resumem<sup>31</sup>: a) se seria necessária a autorização do titular dos direitos da amostra para o uso do *sampling*; b) se o *sampling* poderia ser considerado uma *citação* nos termos do art. 5, n. 3, alínea d, da Diretiva 2001/29<sup>32</sup>; c) se, na ausência de uma exceção prevista no artigo, os direitos fundamentais<sup>33</sup> poderiam ser invocados para justificar uma exceção fora da lista prevista; d) se os

<sup>29</sup> *Metall auf Metall* faz parte de um álbum baseado numa viagem imaginária de trem pela Europa. A música também faz referência a essa ideia: sua monotonia rítmica lembra os ruídos dos trens, e sua estrutura se baseia no curso de uma viagem de trem (FISCHER, 2020, p. 47).

<sup>30</sup> Pediu esclarecimentos por entender que a harmonização dos direitos autorais europeus estaria afetada: os direitos dos produtores de fonogramas são harmonizados na União Europeia pelo art. 2, alínea c da Diretiva 2001/29 (Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação e pelo art. 9, n. 1, alínea b da Diretiva 2006/115 (Directiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguel, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual e pelas exceções e limitações previstas no art. 5 Diretiva 2001/29, a partir de uma lista exaustiva do que os Estados-Membros podem prever em suas leis nacionais como "usos permitidos" (JÜTTE, QUINTAIS, 2021, p.10).

<sup>31</sup> As questões foram mais precisamente: 1) se há violação no direito exclusivo do produtor de fonogramas de reprodução do fonograma (art. 2, c da Diretiva 2001/29) quando se retiram desse excertos mínimos e são transferidos para outro fonograma; 2) se um fonograma que tenha excertos mínimos de outro é considerado uma cópia na acepção do art. 9º, n.1 da Diretiva 2006/115; 3) se os Estados-Membros podem criar limitações de direitos de autor e conexos, como a disposição alemã do §24, n.1, perante a legislação europeia do art. 2, alínea c, da Diretiva 2001/29 (direito exclusivo de reprodução) e do art. 9º, n.1, alínea b, da Diretiva 2006/115 (direito de distribuição); 4) se deve-se considerar que uma obra protegida é utilizada para efeitos de citação conforme o art. 5º, nº 3, d da Diretiva 2001/29 quando não for perceptível; 5) se as disposições europeias relativas ao direito de reprodução e ao direito de distribuição do produtor de fonogramas [artigo 2.o, alínea c), da Diretiva [2001/29] e artigo 9.o, n. 1, alínea b), da Diretiva [2006/115] e às exceções e limitações a esses direitos (artigo 5.o, n. 2 e 3, da Diretiva [2001/29] [e artigo 10.o, n.o 2, primeiro parágrafo, da Diretiva 2006/115]) deixam alguma margem de apreciação na sua transposição para o direito nacional; 6) como os direitos fundamentais da carta da EU devem ser tomados em considerações na determinação do âmbito de proteção do direito exclusivo do produtor de fonogramas de reprodução e de distribuição do seu fonograma e do alcance das exceções ou limitações desses direitos (C-476/17).

<sup>32</sup> A sugestão da exceção de citação pelo BGH foi como uma "válvula de liberação para a amostragem criativa" (JÜTTE, QUINTAIS, 2021, p.11). Artigo 5. Exceções e limitações. 3. Os Estados-Membros podem prever exceções ou limitações aos direitos previstos nos artigos 2.o e 3.o nos seguintes casos:[...] d) Citações para fins de crítica ou análise, desde que relacionadas com uma obra ou outro material já legalmente tornado acessível ao público, desde que, exceto quando tal se revele impossível, seja indicada a fonte, incluindo o nome do autor, e desde que sejam efetuadas de acordo com os usos e na medida justificada pelo fim a atingir (5, n. 3, alínea d, da Diretiva 2001/29).

<sup>33</sup> Os direitos fundamentais da União Europeia: Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000/C 364/01). "Artigo 13. Liberdade das artes e das ciências. As artes e a investigação científica são livres. É respeitada a liberdade acadêmica. [...]. Artigo 17. Direito de propriedade. [...]. 2. É protegida a propriedade intelectual".

Estados-Membros poderiam manter disposições já previstas em suas leis nacionais para de criar flexibilidade além do disposto na Diretiva (como o §24 UrhG) (JÜTTE, QUINTAIS, 2021, p.10). A Corte de Justiça entendeu, a luz da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que:<sup>34</sup> a) produtor pode se opor a utilização da amostra se for possível de ser reconhecida na nova gravação; b) o conceito de citações, presente no art. 5º, n. 3, alínea d, da Diretiva 2001/29 não abrange hipótese em que não é possível identificar a obra citada; c) que o art. 2º, alínea c, da Diretiva 2001/29 constitui medida de harmonização completa do conteúdo material nele previsto; d) que um Estado-Membro não pode prever exceção ou limitação ao direito do produtor de fonograma para além daqueles previstos no art. 5º da Diretiva 2001/29.

Deste modo, de acordo com o TJEU, o *sampling* sem autorização só é permitido quando a amostra não for reconhecível na nova gravação, e a lei alemã não pode prever limitações aos direitos dos produtores de fonograma além das previstas na normativa europeia. Restando o artigo §24 UrhG em desacordo com as normas da Bloco<sup>35</sup>. Por outro lado, para considerar o *sampling* como uma citação, e, portanto, uma exceção a proteção dos direitos autorais, seria necessário que a obra da amostra seja *identificável*<sup>36</sup> e que uso da amostra tenha intenção estabelecer um *diálogo*<sup>37</sup> com a obra reproduzida. Neste ponto, o Tribunal fez uma vaga referência

---

<sup>34</sup> A Corte chegou aos seguintes resultados: 1) o direito exclusivo conferido ao produtor de fonograma por meio do art. 2º, alínea c, da Diretiva 2001/29/CE, autoriza que o produtor se oponha à utilização de amostra do seu fonograma, ainda que ela seja muito reduzida, em fonograma diverso, salvo se for alterada e não for possível reconhecê-la na nova gravação. 2) não constitui uma cópia o fonograma que possuir trechos musicais de outro para efeitos do art. 9º, n. 1, alínea b, da Diretiva 2006/115/CE, porque não contém a totalidade ou parte substancial daquela obra; 3) um estado-membro não pode prever exceção ou limitação ao direito do produtor de fonograma para além daqueles previstos no art. 5º da Diretiva 2001/29; 4) o conceito de "citações", presente no art. 5º, n. 3, alínea d, da Diretiva 2001/29 não abrange hipótese em que não é possível identificar a obra citada; 5) o art. 2º, alínea c, da Diretiva 2001/29 constitui medida de harmonização completa do conteúdo material nele previsto (PASQUALOTTO, 2021, p. 519)

<sup>35</sup> O Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que a exceção de direitos autorais alemã de *uso livre* era incompatível com a lei da União Europeia (ENGELS, 2022). O fundamento é que a harmonização pretendida da lei de direitos autorais perderia sua eficácia se os Estados-Membros estabelecessem suas próprias exceções e limitações de direitos garantidos por direitos autorais além dos limites do da Diretiva InfoSoc (SPECHT-RIEMENSCHNEIDER; RIEMENSCHNEIDER; SCHNEIDER, 2020, p. 20).

<sup>36</sup> Uma citação seria no sentido de "ilustrar uma afirmação, defender uma opinião ou ainda permitir um confronto intelectual entre essa obra e as afirmações do referido utilizador" (C-476/17).

<sup>37</sup> Ter por objetivo *interagir com a referida obra* (C-476/17). Trata-se de um requisito subjetivo da perspectiva do amostrador, não deve importar se o usuário pode reconhecer o diálogo (JÜTTE, QUINTAIS, 2021, p.11). Característica difícil de ser conferida, ainda mais no caso do *sampling*. Por

ao art. 13 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>38</sup>, a luz da qual a exceção de citação pode ser lida para incluir a amostragem musical (JÜTTE, QUINTAIS, 2021, p.11); porém, dentro desses preceitos. Após a decisão do TJEU de 2019, o caso voltou ao BGH em 2020<sup>39</sup>, e, em abril de 2022, coube ao Tribunal Regional Superior de Hamburgo (dt. *Oberlandesgericht Hamburg*, abrev. OLG) fazer uma diferenciação a partir de três períodos diferentes que afetaram a legalidade da amostra: (1) *de 1999 - antes de 22 de dezembro de 2002*: a utilização da amostra no caso *Pelham* é abrigada pelo direito autoral<sup>40</sup>, tendo em vista o parecer do BVerfG, constituindo uma violação menor dos direitos do produtor, pois não houve prejuízo financeiro, permitida pelo *uso livre* (art. 24 da UrhG, versão antiga) em razão da liberdade artística (ENGELS, 2022); (2) *22 de dezembro de 2002 - 7 de junho de 2021*<sup>41</sup>: o *sampling* de 2 segundos constitui violação dos direitos de reprodução do *Kraftwerk*, pois o ouvinte médio de música seria capaz de reconhecer a sequência sonora utilizada da gravação original, não sendo aplicável qualquer outra regra de exceção (ENGELS, 2022); e (3) *Após 7 de junho de 2021*: a amostragem realizada por *Pelham* deve ser considerada um *pastiche*<sup>42</sup>, um tipo permitido de reprodução (ENGELS, 2022). No entanto, a consideração do *sampling* como *pastiche* ainda não é

---

exemplo, *Pelham* disse no processo não saber que aquela sequência particular derivava da obra de *Kraftwerk*, ele apenas encontrou em seu arquivo de sons quando procurava contraste frio com o canto de *Setlur* (BVerfGE 142, 74).

<sup>38</sup> Liberdade das artes e das ciências. As artes e a investigação científica são livres. É respeitada a liberdade acadêmica. [...] (Artigo 13 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia).

<sup>39</sup> Em 2020 o BGH chegou à conclusão de que o uso “o uso da amostra de dois segundos foi insuficiente para constituir um diálogo entre as duas obras” e então ser configurada como citação (conforme o art. 5, n. 3, alínea d da Diretiva 2001/29/CE, implementada pelo §51 UrhG). Para o BGH, a amostra do caso *Pelham* pode ser reconhecida na nova produção (mas um ouvinte não pode assumir que ela foi retirada de outro fonograma, reconhecer como um componente estrangeiro (não tem, portanto, diálogo, não há interação com a obra nova) O BGH, portanto, estabeleceu uma barreira bastante alta para amostras a fim de qualificar-se como uma exceção de citação, especialmente para amostras que não contêm letra, como a amostra em questão de *Metall auf Metall*. Por esse pensamento, é difícil argumentar como uma amostra de dois segundos retirada de uma peça de música eletrônica de vanguarda de 1977 pode entrar em diálogo com uma canção de hip-hop do final dos anos 90 (JÜTTE, QUINTAIS, 2021, p.11).

<sup>40</sup> Até a introdução da Diretiva 2001/29, apenas a lei nacional e aplicável ao caso.

<sup>41</sup> Depois que a Diretiva 2001/29 entrou em vigor, o §24 UrhG não está mais disponível como defesa.

<sup>42</sup> A partir dessa data, a nova regra do *Pastiche* (§ 51a UrhG) entrou em vigor na Alemanha implementando o art. 5, inciso 3, alínea k da Diretiva 2001/29 e a Diretiva 2019/790 (DSM- Diretiva sobre Direitos Autorais no Mercado Único Digital) a qual permite a reprodução de obras para fins de *pastiche*. Conforme a exposição de motivos da lei alemã, um *pastiche* inclui a adoção ou imitação de uma obra ou parte de uma obra alheia, no contexto da qual é reconhecível um envolvimento da obra existente ou outro objeto de referência e que representa uma expressão de apreciação ou reverência pelo original (ENGELS, 2022).

conclusiva, pois mais uma vez se trata de interpretação das normas da União Europeia. Os membros de *Kraftwerk* apelaram dessa última decisão, que aguarda julgamento. Provavelmente, para além do BGH, o caso ainda irá mais uma vez para o TJEU, como decisão prejudicial sobre a interpretação e o alcance do termo *pastiche* nos termos da Diretiva 2001/29 e DSM<sup>43</sup> (ENGELS, 2022).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir desse artigo, pode-se observar que a utilização do *sampling* na União Europeia é um tema bastante controverso e sujeito a interpretações diversas. Chegou-se à conclusão de que atualmente é necessário *autorização* para o uso de amostras, a menos que não seja possível reconhecê-las. Caso sejam reconhecíveis, é possível caracterizá-las como *citação*, desde que haja *diálogo* com o fonograma de origem, ou ainda, em alguns casos, como *pastiche*, se houver uma clara referência ao fonograma original. Contudo, a disputa ainda não terminou e a definição precisa dessas exceções e seus limites estão em discussão e devem ser objeto de futuros julgamentos e decisões. Para além da regulação do *sampling*, a análise do caso denota uma preocupante restrição ao direito fundamental à liberdade artística na União Europeia, saindo dos *trilhos* musicais e atingindo todas as formas de criações artísticas. A comparação entre as duas decisões evidencia que as Cortes partem de perspectivas diversas sobre o direito fundamental à liberdade artística. Enquanto a Corte alemã buscou um *equilíbrio* entre o desenvolvimento artístico e a propriedade dos produtores de fonograma, a partir de uma análise do caso concreto, numa perspectiva de *conflito entre direitos fundamentais e ponderação* - entre direitos *ilimitados em abstrato* -, a Corte europeia adotou uma *restrição em abstrato* ao direito fundamental à liberdade artística, permitindo apenas as exceções aos direitos autorais e conexos previstas nas diretivas. Embora o § 24.º UrhG previa hipótese muito mais ampla e de acordo com o direito fundamental à liberdade artística do que

---

<sup>43</sup> Conforme Engels, existem algumas orientações claras necessárias para o *pastiche*, como "mostrar um envolvimento com a obra original, o que também pode envolver uma expressão de apreciação ou homenagem ao original", assim, ao contrário da visão do OLG Hamburg, é duvidoso a interação artística necessária com o trabalho do *Kraftwerk* usado (ENGELS, 2022).



as exceções previstas nas diretivas<sup>44</sup> (com texto aberto possibilitando uma leitura de acordo com o próprio princípio, baseada em conceitos abertos e de arte, criação, com norte a amplitude, protegendo assim o processo criativo), o TJEU entendeu que tal artigo não poderia ser aplicado, por não estar previsto em norma europeia. Por outro lado, o BVerfG analisou a *compatibilidade* do dispositivo com os preceitos fundamentais, concluindo que ele e o §85 UrhG forneciam ferramentas suficientes para a *ponderação* entre os direitos envolvidos. Conclui-se que são abordagens distintas, que partem de culturas e interpretações constitucionais muito conflitantes: “percepções específicas de direitos fundamentais e proporcionalidade sob a lei alemã *versus* uma abordagem que tende a enfatizar a integração do mercado sob a ordem jurídica da União Europeia” (WESTKAMP, 2022, p. 62).

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Bundesverfassungsgericht**. BVerfG, Urteil vom 31. 5. 2016 – 1 BvR 1585/13 (lexetius.com/2016,1285). Disponível em: <https://lexetius.com/2016,1285>. Acesso em nov. 2022.

ALEMANHA. **Bundesgerichtshof**. BGH, 20.11.2008 - I ZR 112/06. Disponível em: <https://lexetius.com/2008,3859>. Acesso em nov. 2022.

ALEMANHA. **Bundesgerichtshof**. BGH, 13.12.2012 - I ZR 182/11. Disponível em: <https://lexetius.com/2012,6749>. Acesso em nov. 2022.

ALEMANHA. **Bundesgerichtshof**. BGH, 30.04.2020 - I ZR 115/16. Disponível em: <https://openjur.de/u/2230139.html>. Acesso em nov. 2022.

ALEMANHA. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>. Acesso em nov. 2022.

ALEMANHA. **Urheberrechtsgesetz**. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/>. Acesso em nov. 2022.

---

<sup>44</sup> Inclusive, o art. §23 da UrhG foi acrescentado uma exceção que lembra o §24 UrhG, porém, também limitado as hipóteses de *adaptações* e *transformações*. Desde 07 de junho de 2021: “Adaptações ou outras transformações de uma obra, em particular uma melodia, só podem ser publicadas ou utilizadas com o consentimento do autor” e “se a obra recém-criada estiver a uma distância suficiente da obra utilizada, não há *adaptações* ou *transformações* na acepção da frase 1”, ou seja, não precisa de consentimento (§23, I, 2).

DÖHL, Frédéric. **Streit zwischen Moses Pelham und Kraftwerk: Der EuGH entscheidet über einen für die Musik besonders wichtigen Fall.** Tagesspiegel. 2019. Disponível em: <<https://www.tagesspiegel.de/kultur/der-eugh-entscheidet-uber-einen-fur-die-musik-besonders-wichtigen-fall-6045193.html>>. Acesso em nov. 2022.

DUHANIC, Ines. **Copy this Sound! The Cultural Importance of Sampling for Hip Hop Music in Copyright Law – A Copyright Law Analysis of the Sampling Decision of the German Federal Constitutional Court.** GRUR Int. 2016, 1007. Disponível em: <<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fgrurint%2F2016%2Fcont%2Fgrurint.2016.1007.1.htm&pos=6&hlwords=on>>. Acesso em nov. 2022.

ENGELS, Gabriele. **Metall auf Metall X: The Sampling Odyssey continues.** Dlapiper. 2022. Disponível em: <https://mse.dlapiper.com/post/102hvkl/metall-auf-metall-x-the-sampling-odyssey-continues> Acesso em nov. 2022.

EPPING, Volker; HILLGRUBER, Christian. **GG Art. 5 [Recht der freien Meinungsäußerung].** BeckOK Grundgesetz, 52. Edition Stand: 15.08.2022. Disponível em: [https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2fkomm%2fBeckOKGG\\_52%2fGG%2fcont%2fBECKOKGG%2eGG%2eA5%2ehtm](https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2fkomm%2fBeckOKGG_52%2fGG%2fcont%2fBECKOKGG%2eGG%2eA5%2ehtm)> Acesso em nov. 2022.

FISCHER, Georg. **Sampling in der Musikproduktion: Das Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kreativität.** Marburg: Büchner-Verlag; 2020.

HUFEN, Friedhelm. **Die Kunstfreiheit (Art. 5 III Var. 1 GG) Basiswissen, neue Fragen, neue Fälle.** JuS 2022, 897. Disponível em: <<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fjus%2F2022%2Fcont%2Fjus.2022.897.1.htm&pos=1&hlwords=on>> Acesso em nov. 2022.

JÜTTE, Bernd Justin; QUINTAIS, João Pedro. **Sample, sample in my song, can they tell where you are from? The Pelham judgment – Part I.** Kluwer Copyright Blog, 2019. Disponível em: <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/11/06/sample-sample-in-my-song-can-they-tell-where-you-are-from-the-pelham-judgment-part-i/>>. Acesso em nov. 2020.

JÜTTE, Bernd Justin; QUINTAIS, João Pedro. **The Pelham Chronicles: Sampling, Copyright and Fundamental Rights.** Journal of Intellectual Property Law and Practice, 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3775599>. Acesso em nov. 2022.

KOHAL, Jaschar. **Grundrechte Klausur- und Examenswissen, Fundamental Rights: Knowledge for University and State Examinations.** 2022. De Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110765533>

LINDENBAUM, John. **Music Sampling and Copyright Law**. Princeton University, Center for the Arts and Cultural Studies, 1999.

MEINHARDT, Lars. **Freie Benutzung**. Weber kompakt, Rechtswörterbuch 7. Edition 2022. Disponível em: [https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Flex%2Fcrekom\\_7%2Fcont%2Fcrekom.frieibenutzung.htm&pos=4&hlwords=on](https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Flex%2Fcrekom_7%2Fcont%2Fcrekom.frieibenutzung.htm&pos=4&hlwords=on). Acesso em nov. 2022.

MIMLER, Marc. **'Metall Auf Metall' – German Federal Constitutional Court Discusses the Permissibility of Sampling of Music Tracks**. Queen Mary Journal of Intellectual Property, Vol 7 Iss. 1, 119-127., 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3242124>. Acesso em nov. 2022.

ODY, Lisiane Feiten Wingert. **Direito e Arte: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão**. Madri, Barcelona, B. Aires, S. Paulo: Marcial Pons, 2018.

PASQUALOTTO, Victória Franco. Sampling – da Alemanha ao Brasil. In: FEITEN WINGERT ODY, Lisiane (Org.). **Direito comparado Alemanha-Brasil: temas de direito privado em estudos originais e traduzidos**. Faculdade de Direito da UFRGS, 2021.

RAUE, Benjamin. **Der schleichende Tod des Bearbeitungsrechts – Vervielfältigung, Bearbeitung, Pastiche und freie Benutzung im neuen Urheberrecht**. Zeitschrift für das gesamte Medienrecht (AfP). 2022

ROSSA, Elisabeth. **Kunstfreiheit und Eigentumsschutz im Lichte des Europarechts Das Stilmittel des Samplings vor dem EuGH**. MMR 2017, 665. Disponível em: <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fmmr%2F2017%2Fcont%2Fmmr.2017.665.1.htm&pos=2&hlwords=on>. Acesso em nov. 2022.

SCHONHOFEN, Sven. **Sechs Urteile über zwei Sekunden, und kein Ende in Sicht: Die „Sampling“-Entscheidung des BVerfG**, GRUR-Prax 2016, 277. Disponível em: <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fgrurprax%2F2016%2Fcont%2Fgrurprax.2016.277.1.htm&pos=1&hlwords=on>. Acesso em nov. 2022.

SPECHT-RIEMENSCHNEIDER, Louisa; RIEMENSCHNEIDER, Severin; SCHNEIDER, Ruben. **Internetrecht**. 2020. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg.

SPIEGEL. **Pelham vs. Kraftwerk Das bedeutet das Sampling-Urteil**. 2016. Disponível em: <Moses Pelham vs. Kraftwerk: Das bedeutet das Sampling-Urteil - DER SPIEGEL > Acesso em nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Acesso em nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2001/29/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32001L0029> Acesso em nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2006/115/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguel, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0115> > Acesso em nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Tribunal de Justiça da União Europeia**. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 29 de julho de 2019. *Pelham GmbH e o. contra Ralf Hütter e Florian Schneider-Esleben*. Processo C-476/17. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216552&doclang=PT> > Acesso em nov. 2022.

WESTKAMP, Guido. **Two Constitutional Cultures, Technological Enforcement and User Creativity: The Impending Collapse of the EU Copyright Regime?**. IIC 53, 62–93 (2022). Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-021-01131-0#citeas>. Acesso em nov. 2022.

### 33. OS LIMITES DA COLETA, TRATAMENTO E TRANSFERÊNCIAS DE DADOS DE PASSAGEIROS NA UNIÃO EUROPEIA

*LIMITS ON THE COLLECTION, PROCESSING AND TRANSFER OF PASSENGER DATA  
IN THE EUROPEAN UNION*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-33>

*Emmanuel Rocha Reis<sup>1</sup>*

#### RESUMO

Este artigo tem a finalidade de examinar os limites da coleta, tratamento e transferências de dados de passageiros na União Europeia (UE), tomando como paradigma o julgado do Tribunal de Justiça Europeu, datado de 21 de junho de 2022, originário da demanda entre “Ligue des droits humains” ASBL (LDH) x “Conseil des ministres”, diante do Tribunal Constitucional da Bélgica, pontuando sobre a legalidade de uma lei local belga, datada de 25/12/2016, que fez a transposição da Diretiva 2016/681 (Diretiva do Registro de Identificação dos Passageiros – PRN), mas que acabou por determinar a coleta automática de todos os dados (sensíveis ou não) de qualquer passageiro em deslocamento à Bélgica, violando, assim, o direito ao respeito à vida privada, bem como o direito à proteção de dados pessoais, que são direitos fundamentais objetos de proteção da União Europeia e de leis belgas. O problema da pesquisa visa analisar as repercussões jurídicas da decisão, quanto a ampliação do regramento PNR, considerando a obrigatoriedade de transposição da Diretiva 2016/81, em todos os países membros da União Europeia. De tal maneira, objetiva-se compreender os aspectos substanciais da coleta, tratamento e transferência dos dados coletados de passageiros no âmbito da União Europeia, comparando tais circunstâncias à dinâmica no Brasil. A pesquisa utiliza o método dogmático, técnica de pesquisa de análise comparada dos fundamentos doutrinários e jurisprudenciais, com abordagem qualitativa, convergindo para a

---

<sup>1</sup>Doutorando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, sob orientação do Prof. Dr. Ingo Sarlet. Bolsista CAPEX/PROEX. Mestre em Direito – PPGDUFPI. Professor Titular na Universidade Estadual do Piauí – UESPI, Campus Picos – PI.  
ORCID - <https://orcid.org/0000-0001-6753-3424>. e-mail [reisrocha2@gmail.com](mailto:reisrocha2@gmail.com)

conclusão que identifica possíveis repercussões jurídicas da decisão do Tribunal de Justiça Europeu e as forma de percepção do fato em julgados brasileiros.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Dados pessoais. Privacidade e Proteção de dados. Tratamento e transferência de dados. Tribunal de Justiça Europeu.

### **ABSTRACT**

This article aims to examine the limits of collection, processing and transfer of passenger data in the European Union (EU), in light of the protection of fundamental rights of privacy and data protection, taking as a paradigm the decision of the European Court of Justice , dated June 21, 2022, originating from the claim between "Ligue des droits humains" ASBL (LDH) x "Conseil des ministres", before the Constitutional Court of Belgium, pointing to the legality of a Belgian local law, dated 25 /12/2016, which transposed Directive 2016/681 (Passenger Identification Record Directive – PRN), but which ended up determining the automatic collection of all data (sensitive or not) of any passenger traveling to Belgium , thus violating the right to respect for private life, as well as the right to protection of personal data, which are protected by the European Union and Belgian laws. The research problem aims to analyze the legal repercussions of the decision, regarding the expansion of the PNR regulation, considering the mandatory transposition of Directive 2016/81, in all member countries of the European Union. In this way, the objective is to understand the substantial aspects of the collection, treatment and transfer of data collected from passengers within the European Union, comparing such circumstances to the dynamics in Brazil. The research uses the dogmatic method, a research technique of comparative analysis of doctrinal and jurisprudential foundations, with a qualitative approach, converging to the conclusion that identifies possible legal repercussions of the decision of the European Court of Justice and the way of perceiving the fact in Brazilian judgments.

Keywords: Fundamental rights. Personal data. Privacy and Data Protection. Processing and transfer of data. European Court of Justice.

## INTRODUÇÃO

Induvidosamente, a sociedade contemporânea é permeada por uma crescente implantação de mecanismos tecnológicos que utilizam uma grande quantidade de informações de todos aqueles que entram em contato com a tecnologia, por vezes, com informações trocadas com o consentimento não pleno, indireto, levado pelos manuseios de celulares, tabletes, etc.

Cada vez mais a distribuição de dados junto aos sistemas de informação torna a sociedade extremamente vigiada, com a movimentação de dados passando pelo viés da construção de IoTs, ou internet das coisas, que apresenta programas que realizam, desde práticas cotidianas, como uso de câmeras de segurança, GPSs, sistemas de reconhecimento facial, etc., que rompem barreiras físicas, biológica e digital (SCHWAB, 2016, p. 30)

De tal maneira, invariavelmente, o uso desenfreado de dados pode afetar direitos fundamentais, como privacidade, proteção de dados, livre circulação, etc., sendo possível questionar sobre a determinação de limites quanto ao recolhimento, tratamento e transferências de dados na sistemática contemporânea da sociedade tecnológica.

Nesse contexto, a União Europeia apresentou a Diretiva 2016/681 (Diretiva do Registo de Identificação dos Passageiros – PRN), a Diretiva 2004/82 (Diretiva API – dados para combate a imigração ilegal e controle de fronteiras) e Diretiva 2010/65 (formalidades de declaração exigidas aos navios que chegam aos portos dos Estados-Membros), com finalidade de ter uma ferramenta de combate ao terrorismo, de modo a coletar, tratar e transmite dados de passageiros de voos, embarcações, etc., que chegam e saem dos países membros.

As Diretivas devem ser, para alcançar sua eficácia nos Estados-Membros, inseridas no contexto local, via legislação nacional. Assim, apresenta-se o caso *“Ligue des droits humains” ASBL (LDH) x “Conseil des ministres”* (processo C-817/19), remetido pelo Tribunal Constitucional da Bélgica, que, após recurso, teve julgamento pelo Tribunal de Justiça Europeu, em 21 de junho de 2022, sendo originário da demanda que travava o debate sobre a legalidade da lei local belga,

datada de 25/12/2016, que determina a coleta automática de todos os dados (sensíveis ou não) de qualquer passageiro em deslocamento à Bélgica<sup>2</sup>.

Referido quadro compõe o problema do artigo, qual seja, analisar as repercussões jurídicas da decisão do Tribunal de Justiça Europeu no caso belga, no que tange a ampliação do regramento PNR/API no momento de sua transposição aos Estados-Membros, construindo uma aplicabilidade dos dados informacionais diverso da proposta das diretivas, o que acaba por afrontar direitos fundamentais, em especial a privacidade e a proteção de dados.

De tal maneira, objetiva-se compreender os aspectos substanciais da coleta, tratamento e transferência dos dados coletados de passageiros no âmbito da União Europeia, comparando tais circunstâncias à dinâmica no Brasil.

A pesquisa utiliza o método dogmático, técnica de pesquisa de análise comparada dos fundamentos doutrinários e jurisprudenciais, com abordagem qualitativa, convergindo para a conclusão que identifica possíveis repercussões jurídicas da decisão do Tribunal de Justiça Europeu e as formas de percepção do fato em julgados brasileiros (GIL, 2008, p. 25).

## 1 CONTEXTO DO CASO “*LIGUE DES DROITS HUMAINS*” ASBL (LDH) X “*CONSEIL DES MINISTRES*”

A iniciativa petítória da “*Ligue des droits humains*” ASBL (LDH), doravante denominada de LDH, argumenta que a lei belga, objeto do litígio constitucional, violaria o direito ao respeito à vida privada, bem como como o direito à proteção de dados pessoais, que são objetos de proteção da União Europeia e de leis belgas, como o art. 22 da Constituição local, que dispõe sobre “Todas as pessoas têm direito

---

<sup>2</sup> **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 21 de junho de 2022.** Ligue des droits humains ASBL contra Conseil des ministres. Reenvio prejudicial – Tratamento de dados pessoais – Dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR) – Regulamento (UE) 2016/679 – Artigo 2.º, n.º 2, alínea d) – Âmbito de aplicação – Diretiva (UE) 2016/681 – Utilização dos dados PNR dos passageiros dos voos operados entre a União Europeia e países terceiros – Faculdade de incluir os dados dos passageiros dos voos operados na União – Tratamento automatizado desses dados – Prazo de conservação – Luta contra as infrações terroristas e a criminalidade grave – Validade – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigos 7.º, 8.º, 21.º e 52.º, n.º 1 – Legislação nacional que estende a aplicação do sistema PNR a outros transportes efetuados na União – Liberdade de circulação na União – Carta dos Direitos Fundamentais – Artigo 45.º. Processo C-817/19. Disponível em EUR-Lex - 62019CJ0817 - EN - EUR-Lex (europa.eu). Acesso em: 18 out. de 2022.



ao respeito pela sua vida privada e familiar, exceto nos casos e nas condições estabelecidos por lei”<sup>3</sup>.

Assim, como fundamento principal, a Liga afirma que a incorporação dos regramentos das referidas Diretivas (PNR e API) estariam dispostos, na lei local, de maneira ampla, no que tange a natureza dos dados PNR, contendo uma generalização no formato de recolhimento, transferência e tratamento de dados daqueles que circulam na União Europeia, sendo, também, uma lei que viola o direito fundamental a privacidade e a proteção de dados, na medida que não se observa os limites restritivo presentes nas Diretivas.

Nesse aspecto, a LDH, em substância, alega que o âmbito de aplicação da referida lei e a definição dos dados recolhidos, são suscetíveis de revelar informações sensíveis, por ser se demasiadamente aberto, afrontando o art. 52º, n. 1, da Carta dos Direitos Humanos da União Europeia<sup>4</sup>, pois o conceito de passageiro contido na norma belga permite um tratamento automatizado sistemático, não direcionado (distorcendo os parâmetros da Diretiva), dos dados de todos os passageiros.

No contexto do caso, argumenta, ainda, a LDH, que a Lei Belga, ao alargar o sistema previsto pela Diretiva PNR, têm por efeito restabelecer, indiretamente, controlos nas fronteiras internas, atos contrários à liberdade de circulação das pessoas livre circulação de pessoas, afastando-se do objeto das normas, que é a implantação de mecanismo de combate ao terrorismo.

Com efeito, quando uma pessoa se encontra no território belga, seja em sua chegada, ou mesmo em sua partida, ou até mesmo em escalas, os seus dados são automaticamente recolhidos, sensíveis ou não, passando por um tratamento diferentemente do que as determinações das Diretivas PNR e API previam, pois os dados disponíveis à Autoridade Nacional estão em uso livre, inclui, portanto, possíveis controles extras, como no caso do controle de migrações.

---

<sup>3</sup> Artigo com livre tradução. Constituição Belga disponível em: <http://web.archive.org/web/20070519123536/http://www.fed-parl.be/gwuk0002.htm>. Acesso em 16 out. de 2022.

<sup>4</sup> A aplicação irrestrita das diretivas ocasionam afronta à livre circulação na União Europeia. Texto da Carta Disponível em: Carta dos Direitos Fundamentais da UE | Eurocid - Informação europeia ao cidadão (mne.gov.pt)

Em contraponto, o Conselho de Ministro considera, em especial, que é inadmissível falar em afronta à privacidade, pois, ao se considerar o Regulamento (UE) 2016/679 – Regime Geral de Proteção de Dados, percebe-se que o RGPD não é aplicável à Lei de 25 de dezembro de 2016, e, assim, o tratamento dos dados previsto pela lei local estaria em conformidade com a Diretiva PNR, constituindo um instrumento essencial no âmbito da luta contra o terrorismo e a grande criminalidade, e as medidas que resultam da referida lei são necessárias para alcançar os objetivos prosseguidos e proporcionadas (CASE LAW, UNIÃO EUROPEIA, 2022, p. 15).

Nesse contexto, de conflito do sistema PNR belga e o princípio da livre circulação de pessoas e proteção de dados, o Tribunal Constitucional Belga decidiu suspender a instancia e submeter a demanda ao Tribunal de Justiça Europeu, considerando, entre outros fatores que o Comité Consultivo da Convenção n° 108 do Conselho da Europa indicou, no seu Parecer de 19 de agosto de 2016, alerta sobre as implicações em matéria de proteção dos dados do tratamento dos dados dos passageiros [TPD(2016)18rev], pois os dados PNR, em conformidade com as disposições da Diretiva PNR, são sistematicamente objeto de uma avaliação prévia que implica um cruzamento com bases de dados ou critérios preestabelecidos (CASE LAW, UNIÃO EUROPEIA, 2022, p. 22).

## 2 DA DECISÃO E SEUS ELEMENTOS

Diante da contextualização do julgado, cabe a apresentação de elementos essenciais que se manifestam como núcleo duro do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Europeu, representados no debate sobre o limite da coleta, tratamento e transferências de dados de passageiros na União Europeia (UE) e a proteção do direito à privacidade e proteção de dados, que tem como viés a proteção da livre circulação nos Estados-Membros.

Essa perspectiva, conforme suscita Callejón (2010, p. 14), passa pelo panorama do Tribunal de Justiça Europeu, quanto a sua atuação, que tem como função precípua velar a legislação da União Europeia para que seja interpretada e

aplicada de maneira “uniforme”, garantindo o respeito do direito europeu por suas instituições e países.

Em especial, na análise do processo C-817/19 (*Ligue des droits humains x Conseil des ministres*), diante do Tribunal Constitucional da Bélgica, importantes elementos de integração de normas na União Europeia foram contemplados, a partir de uma interpretação que não viole direitos fundamentais, em particular a privacidade e a proteção de dados, sob o crivo da proporcionalidade, mantendo-se a unidade do direito constitucional interno, por meio de um diálogo e cooperação entre os tribunais europeus (CALLEJÓN, 2010, p. 17).

Nesse aspecto, destaca-se que no processo C-817/19, em atenção a relevância da Diretiva (UE) 2016/681, de 27 de abril de 2016 (Passenger name record – PNR), que ainda passa por procedimentos de incorporações em vários Estados-Membros, foram apresentadas observações, em representações, por 15 governos (destaque, belga, checo, dinamarquês, alemão, estónio, irlandês, espanhol, francês), além do Parlamento Europeu, Comissão Europeia, Autoridade Europeia para a Proteção de dados, Agência de Direitos Fundamentais da União Europeia, considerando as implicações econômicas e jurídicas da decisão<sup>5</sup>.

Dessa forma, na marcha processual, o Tribunal Constitucional belga, em outubro de 2019, apresentou 10 questionamentos ao Tribunal de Justiça Europeu, que, principalmente, visava discutir a validade da Diretiva PNR e a compatibilidade da Lei belga de 25 de dezembro de 2016 com o direito da União Europeia, destacando-se, para fins da presente pesquisa, os seguintes temas:

- a) Pergunta 2 (p. 27 do Acórdão): os dados que enumera são muito vastos, que excedem os dados referidos no artigo 3.º, n.º 2, da [Diretiva API]<sup>6</sup> – e que, considerados conjuntamente, poderiam revelar dados sensíveis e violar, assim, os limites do “estritamente necessário”?

---

<sup>5</sup> Dados retirados do Acórdão do Tribunal de Justiça Europeu (Grande Seção), de 21 de junho de 2022. Processo C-817/19, p. 3. Disponível em: EUR-Lex - 62019CJ0817 - EN - EUR-Lex (europa.eu). Acesso em 14 out. de 2022.

<sup>6</sup> O artigo citado refere-se as definições de Transportadora área, voo exta-UE; intra-UE; passageiro; registro de identificação dos passageiros, etc.

b) Pergunta 3: Os pontos 12 e 18 do anexo I<sup>7</sup> da [Diretiva PNR] são compatíveis com os artigos 7.º, 8.º e 52.º, n.º 1, da [Carta], na medida em que, tendo em conta os termos “designadamente” e “incluindo”, os dados a que se referem são mencionados a título exemplificativo, e não exaustivo, de modo que a exigência de precisão e de clareza das regras que implicam uma ingerência no direito ao respeito da vida privada e no direito à proteção dos dados pessoais não é respeitada?

c) Pergunta 9, alínea “b”: Deve a [Diretiva API], lida em conjugação com o artigo 3.º, n.º 2, [TUE] e com o artigo 45.º da [Carta], ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional como a lei impugnada, que, para efeitos de combate à imigração ilegal e de melhoria dos controlos nas fronteiras, autoriza um sistema de recolha e de tratamento de dados dos passageiros “com destino, proveniência ou trânsito em território nacional”, o que pode implicar indiretamente o restabelecimento dos controlos nas fronteiras internas? (CASE LAW, UNIÃO EUROPEIA, 2022, p. 30)

Tal interesse se dá pelo fato de que, se tratando de um ato da União, deverá haver uma interpretação que não afete sua validade, tão pouco seja em desconformidade com o direito inicial presente no conjunto normativo, além da consonância com a Carta de cada ente, ao tempo que aos Estados-Membros cabe garantir que internamente também interpretem sem contrariar os direitos fundamentais de proteção do arcabouço jurídico da União (CALLEJÓN, 2010, p. 15).

Dessa maneira, percebe-se que a LDH argumenta com base nos direitos fundamentais da privacidade e proteção de dados, ao tempo que a defesa contra-argumenta sob a égide do combate ao terrorismo e a não aplicação do regime de proteção de dados ao caso concreto.

No campo do direito fundamental à privacidade deve considerar o espectro amplo de proteção do direito à vida privada, pois essa perspectiva abrange tanto o direito de estar sozinho, uma vida privada, como atinge dimensões conexas, em seu âmbito de proteção, no que diz respeito a intimidade, honra, imagem, as quais não

---

<sup>7</sup> Os itens do anexo se referem aos recolhimento dos dados de menores e de seus responsáveis, além das informações prévias sobre os passageiros (dados API)

podem ser dissociadas, reclamando um tratamento conjunto (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2022, p. 462-463).

Nessa perspectiva, salienta Doneda (2019, p. 46-47), quanto ao direito à privacidade e tutela de dados pessoais, ultrapassasse a medida da proteção individual, da forma tradicional que possa ser percebida, posto que é apresentada uma dimensão coletiva, pois se reconhece pessoas como instrumentos passíveis de controle político de indivíduos, além do possível uso dos dados pessoais em discriminação de grupos minoritários.

Assim, a legislação local, ao incorporar a diretiva, acabou por utilizar tecnologias capazes de armazenar todas as informações, além de utilizar reconhecimento faciais via inteligência artificial, de forma automatizada (*machine learning*), sem a intervenção humana.

Neste caso, observando o art. 4º da Diretiva 2016/681, cabe aos Estados-Membros, na incorporação da Diretiva, criar uma autoridade nacional competente, denominada de Unidade de Informações de Passageiros – UIP, que será responsável pela coleta dos registros identificados nas companhias aéreas, relacionados aos passageiros que chegam e saem da Bélgica (dados pessoais, informação de pagamento, itinerários, situações dos passageiros quanto a estadia, quantidade de bagagens, nomes e dados de acompanhantes, etc.), podendo transmitir os dados para outros órgãos, como a Europol (FRITZ, 2022, p. 2).

Tal fato, diante da reiterada aplicação da IA, poderá ocasionar a mudança do formato de avaliação, levando a extrapolar as medidas pensadas inicialmente com a disposição das Diretivas, chegando a consequências de não se ter como identificar quais razões o programa tomou decisões, o que pode causar enorme prejuízo, como, por exemplo, em casos que haja uma identificação discriminatória, ou mesmo uma coleta de dado para fins de controle migratório.

Nesse ponto, pondera Fritz (2022, p. 3), a avaliação automatizada deve ter a intervenção humana, para que haja o crivo dos respeitos aos direitos fundamentais, em respeito à defesa do possível suspeito, à luz das garantias da Carta Europeia de Direitos Humanos, em especial no seu art. 47, no que tange a garantia dos direitos de liberdade e presunção de inocência.

No mais, nesse rol de direitos fundamentais, há a inclusão da proteção de dados pessoais, que, nos termos do art. 16º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e nos art. 7º e 8º, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, assim são descritos, corroborado com o Regulamento (UE), n. 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – RGPD, além da Diretiva (UE) 2016/680 que cuida da proteção das pessoas singulares, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes, para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão às sanções penais e livre circulação de tais dados (EUROPARL., 2022, p. 2).

No presente caso, o Acórdão afastou a argumentação da defesa quanto a não aplicação do RGPD ao caso de inconstitucionalidade da lei belga, afirmando que o art. 19 enuncia que o “regulamento não deverá, por isso, ser aplicável às atividades de tratamento para esses efeitos”, mas os dados pessoais tratados pelas autoridades competentes ao abrigo do presente regulamento deverão ser regulados, quando forem usados para os efeitos referidos, por um ato jurídico da União mais específico, a saber, a Diretiva (UE) 2016/680 (TJUE, Acórdão, 2022, p. 14).

Contudo, embora o Tribunal de Justiça Europeu reconheça que há uma atribuição de elevado nível protetivo à matéria relativa a proteção de dados, a Diretiva PNR possui dispositivos que introduzem um contínuo regime de vigilância, mesmo sem uma sistematização.

Esse fluxo indireto de vigilância inclui a avaliação e o tratamento dos dados pessoais dos passageiros, o que remete aos Estados-Membros o dever de ponderar o uso das informações, utilizando-as quando há uma percepção de gravidade ao interesse de objeto geral, como nos casos de ameaças terroristas (FRITZ, 2022, p. 4).

Nesse perfil, revive-se as peculiaridades quanto os formatos contemporâneos de tratamento de dados pessoais em meio às instituições públicas e privadas, que contemplam um entrelaçar das liberdades individuais, da garantia do direito à privacidade e o contraponto do exercício prestacional efetivo dos serviços públicos, com ênfase na segurança pública, onde a disponibilidade de informações e àqueles que a detém, passam a ser o crivo de itens de poder, de controle e de formas de gestão contemporâneas (RODOTÁ, 2008, p. 27).

Ou seja, na apresentação da decisão pelo Tribunal de Justiça Europeu, atenta-se para situação contemporânea de que, mesmo observando a existência de direitos fundamentais de proteção à privacidade, a proteção de dados e o viés da livre circulação, a sociedade digital permite a existência de normativas que possam, a partir de crivos que respeitem o núcleo central dos direitos fundamentais, ter nos avanços tecnológicos uma nova roupagem às reivindicações em relação à privacidade e dados (LIMBERGER, 2017. p. 151)

### **3 CONSEQUÊNCIAS DA DECISÃO: LIMITES DA COLETA, TRATAMENTO E TRANSFERÊNCIAS DE DADOS DE PASSAGEIROS NA UNIÃO EUROPEIA (UE)**

O Acórdão do Tribunal de Justiça Europeu (Grande Secção) trouxe uma interpretação constitucional à Diretiva PNR, diante da sua replicação na lei belga, passando a decidir sobre o crivo da proporcionalidade, pois o tratamento de dados de passageiros, previsto da normativa, não foi afastado, porém, foi dado uma interpretação de forma a respeitar os artigos 7º (respeito pela vida privada), 8º (proteção de dados); 21 (não discriminação) e 52, n.1 (interpretação respeitando o conteúdo essencial do exercício dos direitos e liberdades), ambos da Carta dos Direitos Fundamentais da União (CASE LAW, UNIÃO EUROPEIA, 2022, p. 35).

Assim, impõe-se uma leitura com o foco para a existência de uma não decisão automatizada da autoridade competente, por meio de inteligência artificial (*machine learning*), diante da possibilidade de ocorrência de erros, sem intervenção humana, que possam atacar frontalmente o conteúdo essencial dos direitos fundamentais em voga (FRITZ, 2022, p. 5).

Nesse contexto, a consequência da decisão, de forma mediata, foi apresentar limites da coleta, tratamento e transferências de dados de passageiros na União Europeia (UE), pois a Diretiva PNR possui um sistema que é instituído a partir de informações claras, identificáveis e presentes no seu anexo I, que se relacionam ao voo em operação e seus passageiros, ou seja, rubricas específicas do anexo são cobertas.

De tal modo, ficou determinado pelo Tribunal que a aplicação de dados do sistema da Diretiva PNR, para outras circunstâncias, que não o voo, deve estar

limitada às infrações terroristas e a crimes graves, com relação objetiva, em atenção ao anexo II do instrumento e o sistema de justiça criminal local (CASE LAW, UNIÃO EUROPEIA, 2022, p. 60).

Com isso, há possibilidade de aplicação extensa da Diretiva PNR aos voos selecionados, ou a todos os voos intracomunitários, com decisão do Estado-Membro, diante de sua competência, mas devendo o ato ser utilizado de maneira restritiva, passível de fiscalização do uso extremamente necessário.

Nesse contexto, há também a permanência da avaliação antecipada, mas com a utilização da base de dados não discriminatória, com o uso de dados pela autoridade competente restrito à missão de combater infrações terroristas e à criminalidade grave, que tenham relação com o transporte aéreo de passageiros.

Frisa-se, portanto, que a decisão determina que não se pode usar tecnologia de inteligência artificial em sistemas de autoaprendizagem (*machine learning*), cabendo um tratamento por meio não automatizados (evitar os falsos positivos), principalmente quanto a manutenção do núcleo do direito fundamental à privacidade e proteção de dados.

Essa é a percepção da existência da proteção do núcleo essencial de um direito fundamental, que consiste na parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental (SARLET, 2021, p. 423).

Assim, mesmo que se precise fomentar um outro princípio, o intérprete não pode desprezar o núcleo essencial, devendo ser resguardada a garantia geral e abstrata prevista no texto normativo.

Nesse contexto, à luz de Sarlet, Marinoni e Mitidieiro (2022, p. 405-409), pode-se destacar que os elementos da proporcionalidade se descrevem em três etapas de análise, como a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, pontuando que a decisão do Tribunal apresenta o princípio da proporcionalidade como instrumento metodológico para a realização do controle dos atos que se apresentam diante dos interesses privados e públicos, o que permite a convivência de princípios divergentes.



Tem-se, assim, uma adequação da Diretiva, considerando o local de sua aplicação e não somente aquele que realiza a aplicabilidade da normativa, diante da grande necessidade de se continuar com o combate ao terrorismo.

Nessa perspectiva, ao tempo que se elenca a concepção de segurança, é preciso uma análise de outros meios que possam intervir de forma menos rigorosa, para, assim, realizar o mandado de ponderação.

Esse mandado tem sua importância, considerando o princípio fomentado pelo meio escolhido ser, ou não, suficientemente grande para justificar a intensidade da restrição (combate ao terrorismo) ao princípio contraposto (liberdade, proteção de dados, privacidade etc.), possibilitando autorizações restritivas que não ataquem o núcleo duro dos direitos fundamentais em comento (SARLET, 2021, p. 417).

Dessa feita, para a legitimidade da normativa belga, é necessário a aplicação do crivo da exigência do sistema PNR para coleta de dados com fins de combate a ameaça terrorista/criminalidade.

Nesse sentido, a decisão esclarece que, havendo a coleta, armazenamento e transferência de dados dos passageiros, sem crivos específicos, ocorrerá interferência grave aos direitos fundamentais de liberdade, proteção de dados pessoais e à privacidade, tornando-se um novo paradigma para os países da União Europeia, que estão preparando suas legislações internas para regulamentar as Diretivas PRN e API (FRITZ, 2022, p. 5).

#### **4 CONEXÕES COM O DIREITO BRASILEIRO**

O Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Europeu, no caso *“Ligue des droits humains” ASBL (LDH) x “Conseil des ministres”* (processo C-817/19), apresentou o debate da coleta, tratamento e transferências de dados, no âmbito da privacidade e proteção dos dados pessoais como direito fundamental, o que apresenta conexões com legislações no Brasil, bem como, na atuação da Corte Suprema, diante dos aspectos irreversíveis da sociedade de informação.

Ressalta-se, entretanto, que a proteção de dados pessoais não é restrita ao universo da tecnologia de informação, pois alcança toda proteção do dado pessoal, como suscita Sarlet et al (2022, p. 543):

(...) a proteção dos dados não se restrinja aos dados armazenados, processados e transmitidos na esfera da informática, pois em princípio ela alcança a proteção de todo e qualquer dado pessoal independentemente do local (banco de dados) e do modo pelo qual é armazenado, cada vez mais os dados disponíveis são inseridos em bancos de dados informatizados (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2022, p. 543)

Também cabe a reflexão quanto ao direito à privacidade, que no ordenamento jurídico pátrio encontra tutela no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, dentro do rol dos direitos da personalidade e que, assim, tem relação, como premissa inicial, direta com a dignidade da pessoa humana, item que impõe equilíbrio quanto a aplicabilidade de liberdades em sua flexibilização, no que tange não ser absoluto, como não é nenhum outro direito (SALES SARLET; RUARO, 2021, p. 5).

Nesse influxo, o caso europeu apresenta o acréscimo do uso de algoritmos, através da inteligência artificial, na construção da avaliação de dados recebidos antecipadamente, no ambiente dos locais de acesso aos países, onde os passageiros passaram a ter todos os dados, incluindo os sensíveis, coletados, tratados e transmitido a uma autoridade que, de maneira amplíssima, fazia o uso de toda informação possível, com o uso do "*machine learning*", ou seja, sem a presença do crivo humana no final do procedimento.

No contexto brasileiro, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018), considerando a conexão entre a privacidade e a proteção de dados, assegura a integralidade da proteção à pessoa humana na medida em que consagra a obrigatoriedade do gerenciamento seguro do início até ao fim da operação que envolve os dados pessoais (SALES SARLET; RUARO, 2021, p. 6).

Nessa perspectiva de medida de segurança, a integralidade da gama de informação transmitida por captura de dados, via inteligência artificial, é facilmente utilizada para outros fins, considerando a existência de pré-cadastro dos dados das pessoas em empresas, como no caso da decisão europeia, que identifica empresas relacionadas a venda de passagens aéreas, ocorrendo afronta direta ao direito fundamental à proteção de dados pessoais, considerando os termos da Emenda Constitucional n.º 115, de 10 de fevereiro de 2022, que acrescentou o inciso LXXIX

ao artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, dispondo que "é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais" (SARLET, 2022, p. 2).

De tal forma, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018), em seu artigo 5º, incisos I e II, conceitua os dados pessoais, como refletem Sales Sarlet e Ruaro:

(...) os dados pessoais são, então, em princípio, todas as informações de caráter personalíssimo caracterizadas pela identificabilidade e pela determinabilidade do seu titular, enquanto os dados sensíveis são aqueles que, à guisa de exemplo, tratam sobre a origem racial e étnica, as convicções políticas, ideológicas, religiosas, as preferências sexuais, os dados sobre a saúde, os dados genéticos e os biométricos. Os dados sensíveis são, em vista disto, nucleares para a prefiguração e para a personificação do sujeito de direito no contexto atual. (SALES SARLET; RUARO, 2021, p. 7).

Retoma-se, portanto, o contexto de irreversibilidade da sociedade de informação, principalmente com o avanço da internet 5G, o que remete a ampliação de IoTs (internet das coisas), em que todos disponibilizam dados cadastrais, criam perfis, disponibilizam localização, recontam vidas por meio de redes sociais, fatos que constroem uma verdade identidade digital.

Dessa forma, conforme citado, a exemplo de outros países, o Brasil incorporou no catálogo constitucional de direitos fundamentais, através da Emenda Constitucional 115/2022, o direito à proteção de dados pessoais, consolidando decisão do STF que já reconheciam como tal, conforme decisão liminar na ADI 6.387 MC-Ref./DF de 2020, na discussão da constitucionalidade da Medida Provisória N. 954/2020, que exigia o fornecimento, pelas empresas de telecomunicação, os dados dos usuários (nome, endereço, PN, PJ, etc.), para o IBGE, durante a pandemia do COVID – 19 (SARLET, 2022, p. 1).

Nesse contexto, considerando a coleta, armazenamento, tratamento, utilização e transmissão de dados pessoais, é perceptível a proximidade da proteção de dados pessoais à proteção da pessoa humana e da dignidade da pessoa humana,

reconhecendo que, como foi no caso europeu, mesmo havendo uma possível violação simultânea de outros direitos, há posições jurídicas que tal proteção abarca, como:

(a) o direito ao acesso e ao conhecimento dos dados pessoais existentes em registros (bancos de dados) públicos ou privados; (b) o direito ao não conhecimento, tratamento e utilização e difusão de determinados dados pessoais pelo Estado ou por terceiros, aqui incluído um direito de sigilo quanto aos dados pessoais; (c) o direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis pela coleta, armazenamento, tratamento e utilização dos dados; (d) o direito ao conhecimento da finalidade da coleta e da eventual utilização dos dados; (e) o direito à retificação e, a depender do caso, à exclusão de dados pessoais armazenados em bancos de dados. (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2022, p. 548).

Da mesma forma, é possível descrever o direito fundamental à proteção de dados pessoais a partir da dupla dimensão (subjéctiva e objectiva) dos direitos fundamentais, importando na proteção individual frente a riscos inerentes a personalidade, considerando coletas, utilizações, circulações indevidas de dados pessoais, ao tempo que se observa a dimensão objectiva, quanto a possibilidade de se garantir um controle de fluxos de dados pessoais (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2022, p. 549).

Tais aspectos são presentes no julgamento da ADPF n. 695, em análise do Decreto 10.046/2019, que dispõe sobre a governança do compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal, instituindo o cadastro base do cidadão e Comitê de governança de dados, reconhecendo procedente o pedido de arguição, pressupondo que o compartilhamento de dados pessoais entre órgãos e entidades da Administração Pública deve ter:

a) eleição de propósitos legítimos, específicos e explícitos para o tratamento de dados (art. 6º, inciso I, da Lei 13.709/2018); b) compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas (art. 6º, inciso II); c) limitação do compartilhamento ao mínimo necessário para o atendimento da finalidade informada (art. 6º, inciso III); bem como o cumprimento integral dos requisitos,

garantias e procedimentos estabelecidos na Lei Geral de Proteção de Dados, no que for compatível com o setor público. (BRASIL, 2022, ADPF n. 695, Ministro relator Gilmar Mendes).

Contudo, ressalta-se que a decisão enfatiza a observância do art. 23, inciso I, da Lei n. 13.709/2018 (LGPD), para que haja a devida informação clara dos motivos do uso dos dados, conforme se percebe no item 2 e 3 da decisão:

2. O compartilhamento de dados pessoais entre órgãos públicos pressupõe rigorosa observância do art. 23, inciso I, da Lei 13.709/2018, que determina seja dada a devida publicidade às hipóteses em que cada entidade governamental compartilha ou tem acesso a banco de dados pessoais, "fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos". 3. O acesso de órgãos e entidades governamentais ao Cadastro Base do Cidadão fica condicionado ao atendimento integral das diretrizes acima arroladas, cabendo ao Comitê Central de Governança de Dados, no exercício das competências aludidas nos arts. 21, incisos VI, VII e VIII do Decreto 10.046/2019: 3.1. prever mecanismos rigorosos de controle de acesso ao Cadastro Base do Cidadão, o qual será limitado a órgãos e entidades que comprovarem real necessidade de acesso aos dados pessoais nele reunidos. Nesse sentido, a permissão de acesso somente poderá ser concedida para o alcance de propósitos legítimos, específicos e explícitos, sendo limitada a informações que sejam indispensáveis ao atendimento do interesse público, nos termos do art. 7º, inciso III, e art. 23, *caput* e inciso I, da Lei 13.709/2018; 3.2. justificar formal, prévia e minudentemente, à luz dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e dos princípios gerais de proteção da LGPD, tanto a necessidade de inclusão de novos dados pessoais na base integradora (art. 21, inciso VII) como a escolha das bases temáticas que comporão o Cadastro Base do Cidadão (art. 21, inciso VIII); 3.3. instituir medidas de segurança compatíveis com os princípios de proteção da LGPD, em especial a criação de sistema eletrônico de registro de acesso, para efeito de responsabilização em caso de abuso. (BRASIL, 2022, ADPF n. 695, Ministro relator Gilmar Mendes).

Ou seja, Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu que entidades e órgãos da administração pública federal devem observar critérios para compartilhar dados entre si, com pressupostos legítimos, especificando, explicitamente, o tratamento, limitando aquilo que for indispensável ao interesse público, o que converge com o posicionamento do julgado de 21 de junho de 2022 do Tribunal de Justiça Europeu.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das percepções abordadas, há o fato concreto de que atualmente a imersão mundial é voltada para a dimensão da tecnologia como paradigma contemporâneo do desenvolvimento das sociedades, e que dela deve-se extrair o que melhor for possível para garantir o bem-estar de todos, inclusive com a possibilidade de disponibilidade tecnológica para todas as camadas sociais, o que inclui o respeito aos direitos fundamentais e a dignidade humana.

Nesse contexto, o fio condutor das normativas e regramentos do uso da tecnologia na sociedade de informação é ter a manutenção da conexão do ambiente digital com os direitos fundamentais, que, no caso em análise, *"Ligue des droits humains" ASBL (LDH) x "Conseil des ministres"* (processo C-817/19), julgado pelo Tribunal de Justiça Europeu, ratificou o entendimento de que o uso de inteligência artificial deve estar pautado em crivos que não altere núcleos essenciais de direitos fundamentais.

Ao analisar as repercussões jurídicas da decisão do Tribunal de Justiça Europeu, no caso belga, no que tange a ampliação do regramento PNR/API, no momento de sua transposição aos Estados-Membros, demonstrou-se uma aplicabilidade dos dados informacionais diversa da proposta das diretivas, o que acabou por afrontar direitos fundamentais, em especial a privacidade, a proteção de dados e a liberdade.

Assim, o Tribunal de Justiça Europeu (Grande Secção) decidiu que o tratamento de dados de passageiros apresentado na Lei belga deve ser interpretado à luz da Carta dos Direitos Fundamentais da União, o que impõe uma leitura restritiva da norma, tendo como foco a não decisão automatizada da autoridade competente por meio de inteligência artificial (*machine learning*), sem intervenção humana.

Assim, pode-se destacar no acórdão que a Diretiva PNR possui um sistema que é instituído a partir de informações claras, identificáveis e presentes em seu próprio texto, no caso, itens como anexos, que se relacionam ao voo em operação e seus passageiros, ou seja, rubricas específicas

Destaca-se, assim, que a lei belga, ao aplicar dados, utilizando o sistema da Diretiva PNR, para outras circunstâncias, que não relacionadas ao evento deslocamento por aviões, trêns, navios, rodovias, etc., deve estar limitada às infrações terroristas e a crimes graves, com relação objetiva, em atenção a instrumentos do sistema de justiça criminal local.

Assim, percebe-se que os limites da coleta, tratamento e transferência de dados estão presentes no debate constitucional da proteção do núcleo de direitos fundamentais, quer seja no julgado do Supremo Tribunal Federal (STF), na ADPF n. 695, quer seja no julgamento da Diretiva PNR – Julgado do Tribunal de Justiça Europeu, em relação a se ter um crivo para o manuseio de dados pessoais, no caso europeu, diante da realidade dos dados dos voos que entram e saem do espaço aéreo belga, oportunizando a viabilidade de uma competência concorrente, a partir da decisão de que cada Estado-Membro irá utilizar de maneira restritiva os dados pessoais, com uso de um crivo, no caso, dito pela Diretiva, sendo, de toda forma, sempre passível de fiscalização do uso extremamente necessário dos dados, fato a ser realizado por uma Autoridade Nacional, como deve ocorrer no Brasil, ao se ter a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Percebe-se, portanto, que toda e qualquer avaliação antecipada, utilizando base de dados, deve ser não discriminatória, de uso das autoridades competentes e presente um crivo mínimo para se evitar abusos, como no caso da Europa, que destina o uso apenas na missão de combater infrações terroristas e à criminalidade grave.

Por fim, percebe-se a presença do importante paradigma europeu quanto a impossibilidade de uso da tecnologia de inteligência artificial em sistemas de autoaprendizagem (*machine learning*), fora dos padrões pré-determinados em legislações próprias, demonstrando a necessidade de se ter, também, no uso de dados pessoais, um tratamento por meio não automatizado, diante de inúmeras externalidades negativas, como, por exemplo, nas situações de discriminações e

demais abusos de direitos, fato que minimizaria a ocorrência dos falsos positivos, passíveis de recorrência no uso de algoritmos e Inteligência Artificial.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 09 de nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 6.387 MC-Ref./DF de 2020**. Julgada em 15 de dez. 2020. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Ministra Relatora Rosa Weber. 12 de nov. de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em: 20 out. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ADPF n. 695**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 191, 26.09.2022. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5938693>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Lei Federal n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em 16 out. 2022.

CALLEJÓN, F. B. (2010). As relações entre o Tribunal de Justiça da UE e os tribunais constitucionais nacionais dos Estados-Membros. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, 4(13), 13–36. <https://doi.org/10.30899/dfj.v4i13.417>. Acesso em 28 nov. 2022.

**CASE LAW, UNIÃO EUROPEIA. CJEU – Ligue des droits humains v Conseil des ministres – C-817/19**. Disponível em: <https://gdprbeetle.eu/ligue-des-droits-humains/> Acesso em 14 out. 2022.

**COMISSÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da UE**. Disponível em: Carta dos Direitos Fundamentais da UE | Eurocid - Informação europeia ao cidadão (mne.gov.pt). Acesso em 20 out. 2022.

**COMISSÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça Europeu (Grande Seção), de 21 de junho de 2022**. Processo C-817/19, p. 3. Disponível em: EUR-Lex - 62019CJ0817 - EN - EUR-Lex (europa.eu). Acesso em 14 out. de 2022.

**COMISSÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e nos art. 7º e 8º, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível



em chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcgclefindmkaj/https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC\_3&format=PDF. Acesso em 18 out. de 2022.

**COMISSÃO EUROPEIA.** Diretiva 2016/681 (Diretiva do Registo de Identificação dos Passageiros – PRN. Dados Acórdão do Tribunal de Justiça Europeu (Grande Seção), de 21 de junho de 2022. Processo C-817/19, p. 3. Disponível em: EUR-Lex - 62019CJ0817 - EN - EUR-Lex (europa.eu). Acesso em 14 out. 2022.

**COMISSÃO EUROPEIA.** Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 21 de junho de 2022 “*Ligue des droits humains*” ASBL (LDH) x “*Conseil des ministres*” (processo C-817/19), Disponível em EUR-Lex - 62019CJ0817 - EN - EUR-Lex (europa.eu). Acesso em: 18 out. de 2022.

**COMISSÃO EUROPEIA.** Constituição da Bélgica. Disponível em: <http://web.archive.org/web/20070519123536/http://www.fed-parl.be/gwuk0002.htm>. Acesso em 16 out. de 2022.

**COMISSÃO EUROPEIA.** Parlamento Europeu e do Conselho (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – RGPD, Diretiva. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/LSU/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em 17 out. de 2022.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

LIMBERGER, Têmis. Mutações da privacidade e a proteção dos dados pessoais. In: RUARO, Regina Linden; PIÑAR MAÑAS, José Luis; MOLINARO, Carlos Alberto (Org.). **Privacidade e proteção de dados pessoais na sociedade digital**. Porto Alegre: Fi, 2017. p. 145-168.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Organização Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHAWB, K. **A quarta revolução industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. Título original: *The Fourth Industrial Revolution*. São Paulo: Edipro, 2016.

SARLET, Ingo W. A EC 115/22 e a proteção de dados pessoais como Direito Fundamental I. **CONJUR. Disponível em** <https://www.conjur.com.br/2022-mar-11/direitos-fundamentais-ec-11522-protacao-dados-pessoais-direito-fundamental> acesso 22 nov. de 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 13ª ed. rv. e atual., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SARLET, Ingo W. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 11º ed. revista e ampliada. São Paulo. Saraiva Jur, 2022.

SALES SARLET, G. B.; RUARO, Regina Linden. (2021). A PROTEÇÃO DE DADOS SENSÍVEIS NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO SOB O ENFOQUE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) – L. 13.709/2018. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, 26(2), 81–106. <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v26i22172>. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2172/694>. Acesso em 25 nov. de 2022.

## 34. SOCIEDADE TECNOLÓGICA E O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA ÁREA DA SAÚDE: APONTAMENTOS A RESPEITO DO PANORAMA ATUAL E DESAFIOS

*TECHNOLOGICAL SOCIETY AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE PROTECTION OF PERSONAL DATA IN THE AREA OF HEALTH: NOTES ON THE CURRENT SITUATION AND CHALLENGES*



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-34>

*Ricardo Luís Lenz Tatsch<sup>1</sup>*

### RESUMO

No contexto de uma sociedade informacional e hiperconectada, há uma grande quantidade de dados pessoais que diariamente são captados, tratados e utilizados, inclusive os obtidos na área da saúde, apesar do caráter sensível desses dados pessoais. Os dados pessoais de saúde, inseridos em sistemas informatizados por profissionais de saúde, obtidos por meios de exames clínicos, laboratoriais, de imagem, dispositivos vestíveis ou, ainda, por meio de aplicativos, em face de sua grande quantidade e em decorrência dos avanços tecnológicos na área da tecnologia da informação, possibilitam a criação de perfis, que podem ser benéficos, quando utilizados para a pesquisa científica, instituição de políticas públicas ou o tratamento de um paciente. Porém, os dados pessoais de saúde podem ser utilizados indevidamente, com a criação de perfis que poderão resultar em um discrimen indevido do titular dos dados pessoais. Diante disso, objetivamos neste trabalho realizar uma análise do panorama atual da utilização dos dados pessoais na área da saúde e dos riscos existentes, bem como se efetivamente está sendo protegido o direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Palavras-chave: Direito Fundamental; Proteção de Dados Pessoais; Saúde; Desafios.

---

<sup>1</sup> Doutorando e mestre em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Participante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais (PUCRS). Procurador Regional da República. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3162417730641494>. E-mail: [ricardo.tatsch@edu.pucrs.br](mailto:ricardo.tatsch@edu.pucrs.br).

## ABSTRACT

In the context of an informational and hyperconnected society, a large amount of personal data is captured, processed and used daily, including those obtained in the health area, despite the sensitive nature of these personal data. Personal health data, entered into computerized systems by health professionals, obtained through clinical, laboratory, imaging exams, wearable devices, or even through applications, in view of their great amount and due to technological advances in information technology, enable the creation of profiles, which can be beneficial when used for scientific research, the institution of public policies or the treatment of a patient. However, personal health data can be used improperly, with profiling that could result in undue discrimination of the personal data subject. In view of this, this paper aims to analyze the current panorama of the use of personal data in the area of health and the existing risks, as well as whether the fundamental right to the protection of personal data is being effectively protected.

Keywords: Fundamental Right; Personal Data Protection; Health; Challenges.

## INTRODUÇÃO

Atualmente, nos encontramos inseridos dentro de uma sociedade tecnológica e informacional, em que há uma crescente captação, tratamento e circulação de dados pessoais, advindos de um número cada vez maior de dispositivos eletrônicos que estão presentes na vida diária do ser humano, principalmente de computadores pessoais, celulares, games e *iot*. Veja-se que o aumento de vendas de tais equipamentos contribuiu para a redução dos seus preços, surgindo daí um verdadeiro círculo virtuoso entre esses fatores, que resultou na disseminação dessas tecnologias entre os vários estratos da população. Em consequência, houve uma espécie de democratização das tecnologias de informação entre a população, cujo efeito é o igual aumento da captação de dados pessoais.

Também a área da saúde tem sido afetada por este novo mundo, de constante e acelerado desenvolvimento tecnológico, em que há um imenso número de aplicativos, equipamentos na área da saúde, além da inserção, em sistemas informatizados, de dados pessoais sensíveis dos usuários que utilizam o sistema de

saúde.

No presente trabalho, pretendemos expor e analisar a inter-relação entre o desenvolvimento da sociedade tecnológica (mas também globalizada e hiper conectada, em especial no que diz respeito com o desenvolvimento na área da digital, em que há uma grande circulação de dados pessoais em um mundo igualmente digital) com o direito, mais especificamente no que diz respeito com o direito fundamental à proteção de dados pessoais, estabelecido expressamente como direito fundamental na Constituição brasileira de 1988 em 2022,<sup>2</sup> embora já houvesse disciplina da matéria por meio da Lei nº 13.709/2018.

Para atingirmos as finalidades propostas, utilizamos neste estudo a técnica da pesquisa bibliográfica, nacional e estrangeira, além da pesquisa documental, mais precisamente no que diz respeito com as informações contidas em páginas da rede mundial de computadores, que não receberam tratamento analítico, pesquisas publicadas e jurisprudência.

Assim, no presente ensaio, iniciamos por demonstrar a estreita ligação do desenvolvimento da sociedade com o próprio desenvolvimento da tecnologia, inclusive no que se relaciona com a área da saúde, e da existência de uma relação mútua entre eles.

Após, veremos como a saúde digital interfere de forma aguda na privacidade dos dados pessoais dos indivíduos, como a Lei geral de Proteção de Dados (LGPD) atua na proteção da privacidade desses dados, seguida de uma análise das dificuldades e riscos no campo da proteção desse direito fundamental, considerando o contínuo, acelerado e volumoso avanço da tecnologia na área em questão, acabando por apresentar as conclusões deste breve trabalho.

---

<sup>2</sup> Art.5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022).

## 1 SOCIEDADE TECNOLÓGICA E DIREITO

A palavra tecnologia é uma derivação do termo grego *tekhnología* (*τεχνολογία*), conjunção dos radicais gregos *tekhno* (de *tékhné*, 'arte, artesanato, indústria, ciência') e *logía* (de *lógos*, ou 'linguagem, proposição'), podendo ser definido como (1) "teoria geral e/ou estudo sistemático sobre técnicas, processos, métodos, meios e instrumentos de um ou mais ofícios ou domínios da atividade humana (p.ex., indústria, ciência etc.)" , (2) "técnica ou conjunto de técnicas de um domínio particular" e (3) "qualquer técnica moderna e complexa" (HOUAISS, 2009, p. 1821) ou como "1. Estudos dos processos técnicos de determinado ramos da produção industrial ou de vários ramos. 2 O mesmo que técnica. 3. O mesmo que tecnocracia." (ABBAGNANO, 1998, p. 942).

Parece-nos que o significado mais usual do termo tecnologia é o da terceira acepção apresentada pelo dicionário Houaiss ou a primeira colocada por Abbagnano, que compreendem (para a maioria das pessoas) algo moderno/novo, cuja função é auxiliar ou apoiar o ser humano, especialmente para realizar uma melhora da sua condição de vida. Veja-se que a tecnologia surge com o ser humano em face de sua condição estrutural de animal técnico, pois "aberto que está às possibilidades e não querendo apenas sobreviver, mas viver bem, que é o 'supérfluo como necessário', teremos de esperar por tempos mais próximos de nós para nos confrontarmos com o triunfo da 'tecnociência'". (LOUREIRO, 2015, p. 34-35). Muito embora não possa ser imediatamente percebido, é necessário salientar que a tecnologia atual é resultante de um processo de desenvolvimento gradual da história humana, servindo a inovação técnica de outrora e a de hoje como o alicerce para as inovações técnicas do futuro, existindo aí um processo de interconexão tecnológica. Também é necessário ter em mente que a tecnologia não pertence ao mundo natural, em que estão todos os seres vivos, humanos ou não humanos, mas ao mundo cultural, já que deriva da condição da pessoa humana como ser possuidor de capacidade cognitiva. Para Molinaro:

Como homens e mulheres, num entorno social, superamos a natureza, mas não o inteiramente *natural*, diferenciamo-nos do puramente animal, dado que este se

relaciona imediata e instintivamente com o ambiente; ao contrário, nós, os humanos, nos imobilizamos no *encontro* com o objeto. Nós também nos distinguimos dos animais, porque nossas possibilidades de sobrevivência implicam o domínio da natureza e de sua transformação, agora, já social, ajustada por um conjunto de relações. Relações essas que possibilitam o existir comunitário, e fazem do trabalho (instrumento de produção dos meios de subsistência) o monopólio fundamental da transformação da natureza (2007, p. 14).

Já segundo Max Weber, "a crença no valor da verdade científica é produto de determinadas culturas, e não um produto dado da natureza." (2001, p. 152).<sup>3</sup> Por isso, temos como correta a assertiva de Pontes de Miranda, para quem "a finalidade da evolução é o aperfeiçoamento do tipo humano" (2000, p. 37).

Veja-se que a espécie humana é gregária, necessitando do convívio de outras pessoas, e que vive em uma sociedade bastante complexa,<sup>4</sup> derivando desta característica o próprio desenvolvimento da tecnologia, porquanto, conforme salienta Robert Merton, "o desenvolvimento persistente da ciência ocorre somente em sociedades com certa ordem, sujeitas a complexos peculiares de pressuposições tácitas e constringências institucionais" (2013, p. 159). O desenvolvimento tecnológico, por sua vez, está intrinsecamente ligado às inovações, que são melhorias substanciais e sustentáveis, que contribuem para lidar com problemas antigos ou recentes (HOFFMANN-RIEM, 2015, p. 11-12). E ao nos referirmos ao desenvolvimento tecnológico, também estamos falando em aquisição de novos conhecimentos (que se encontra vinculado ao benefício trazido pela descoberta) e, de forma contraditória, em um não conhecimento, resultado dos riscos decorrentes da inovação, que são incertos e muitas vezes desconhecidos (HOFFMANN-RIEM,

---

<sup>3</sup> É necessário reconhecermos que há seres não humanos que também utilizam de alguma técnica, muito rudimentar (razão pela qual não acreditamos que evoluirá além desse ponto), para auxiliar na sua sobrevivência, sem que se vislumbre qualquer possibilidade de aperfeiçoamento de tal técnica com o passar do tempo. É o que ocorre com alguns primatas, que utilizam artefatos de madeira (orangotangos, bonobos e gorilas) ou até mesmo de pedra (chipanzés, macaco-prego brasileiro ou o macaco de rabo longo na Tailândia) para auxiliar na sua alimentação (BARRAS, 2015).

<sup>4</sup> Há outros seres que vivem em sociedade (de caráter extremamente simples, se comparado com a nossa), como, *v. g.*, as abelhas e formigas, cuja organização social objetiva apenas a sobrevivência e reprodução da espécie, ou seja, difere do ser humano (*homo sapiens*) que, ao viver em sociedade, também objetiva uma melhora das condições de vida.

2015, p. 16-17). Veja-se que inúmeras vezes certos riscos decorrentes de inovações tecnológicas somente são descobertos muito tempo depois de seu surgimento. Vera Lúcia Raposo traz um exemplo de efeitos adversos (risco não previsto quando do seu lançamento) do medicamento Talidomida. Segundo essa autora, o medicamento Talidomida foi:

(...) patenteado pela farmacêutica Grunenthal nos anos 50 do século passado. Embora originalmente tenha sido criado como antídoto contra o gás venenoso, acabou por ser comercializado em 1957 essencialmente para combater os enjoos da gravidez. Rapidamente o produto chegou a toda a Europa e mesmo a outras regiões do globo (curiosamente, nunca foi comercializado nos EUA). Contudo, alguns anos mais tarde estabeleceu-se uma relação entre a toma deste medicamento e o nascimento de crianças com várias e graves deformações congênitas, sobretudo focomélia, ou seja, a ausência de membros, pelo que eventualmente o produto foi retirado do mercado. Porém, certo é que entre 1957 e 1961 (data da retirada do medicamento) mais de 10 mil crianças em 46 países [inclusive no Brasil] nasceram com estas graves anomalias (2018, p. 21).

É de se observar que atualmente o medicamento Talidomida encontra-se disponível em território brasileiro, porém, por força da Lei nº 10.651/2003, seu fornecimento somente é realizado por meio do Sistema Único de Saúde, e não em farmácias comerciais (art. 2º), sendo, ainda, vedada sua utilização por mulheres grávidas ou que tenham possibilidade de engravidar (a embalagem e rótulo do medicamento devem exibir, ostensivamente, esta restrição – art. 1º, III).

Desta forma, ao menos uma grande parte dos elementos da vida em sociedade estão, de alguma forma, inter-relacionados, afirmando Hoffmann-Riem que “as inovações sociais são (...) importantes para a implantação de inovações tecnológicas” (2015, p. 14).<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Tendo em vista os limites propostos a este trabalho, não será possível nos aprofundarmos em diversos temas relevantes relacionados com a tecnologia, seu desenvolvimento e teorias específicas, como, *v. g.*, a do *determinismo tecnológico* e a da *construção social da ciência e tecnologias*. Sobre esses dois últimos temas citados, em excelente síntese, é de se conferir o trabalho de Ingo Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro (2015, p. 93-93).



Inserido no espectro do desenvolvimento tecnológico, foi e continua sendo relevante para a humanidade o relacionado com a área da saúde. Desde tempos longínquos o desenvolvimento na área da saúde, expressão que utilizamos para nos referirmos a todos os métodos utilizados para a solução de problemas físicos ou mentais, tem sido de suma importância para a melhora da qualidade de vida e o aumento da expectativa de vida do ser humano. O desenvolvimento tecnológico nessa área fez com que passássemos da utilização de ossos, pedras lascadas, chifres, cacos afiados de conchas e dentes de tubarão como os primeiros instrumentos cirúrgicos (ROONEY, 2013, p. 137) e a utilização de larvas para a limpeza e secagem de feridas (ROONEY, 2013, p. 147-148), até o moderno instrumental dos dias atuais, como o bisturi elétrico, a utilização de anti-inflamatórios e antibióticos, bem como o transplante de órgãos e a colocação de órteses e próteses. Temos como certo que esse progresso tecnológico na área da saúde, como já dito, muito contribuiu para a elevação da média mundial da expectativa de vida ao nascer, que no ano de 1800 era de 28,5 anos, enquanto no ano de 2001 estava em 66,6 anos (FERGUSON, 2012, p. 180-181).

A partir do que expusemos até agora, é possível afirmarmos a existência de uma paralela evolução da tecnologia e da sociedade, o que também engloba o direito, este em especial para que, de um lado, não bloqueie ou prejudique o desenvolvimento da própria sociedade em que ele é aplicável (sendo que tal ideia não pode ser tida como absoluta), e de outro, para a proteção do próprio ser humano, como é o caso dos direitos fundamentais de minorias ou de grupos em situação de vulnerabilidade (v. g. pessoas portadoras de deficiência). E a respeito da importância da técnica no mundo atual, Pierre Levy ressalta que:

Na época atual, a técnica é uma das dimensões fundamentais onde está em jogo a transformação do mundo humano por ele mesmo. A incidência cada vez mais pregnante das realidades tecnoeconômicas sobre todos os aspectos da vida social, e também os deslocamentos menos visíveis que ocorrem na esfera intelectual obrigam-nos a reconhecer a técnica como um dos mais importantes temas filosóficos e políticos de nosso tempo. Ora, somos forçados a constatar o distanciamento alucinante entre a natureza dos problemas colocados à

coletividade humana pela situação mundial da evolução técnica e o estado do debate "coletivo" sobre o assunto, ou antes do debate *mediático* (2010, p. 7).

Devemos ter sempre em consideração que o direito é um fenômeno humano e social (ASCENSÃO, 2011, p. 23),<sup>6</sup> cuja função é regular as relações jurídicas,<sup>7</sup> ou seja, "toda a situação da vida real (social) juridicamente relevante (produtiva de consequências jurídicas), isto é, disciplinada pelo direito" (ANDRADE, 1997, p. 2). Precisamente no que se refere com a inovação tecnológica em nosso país, temos que ressaltar que a Constituição de 1988 estabeleceu a tarefa-dever do Estado de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação (art. 218, *caput*, da CRFB/88). Essa diretriz constitucional caracteriza-se como sendo uma liberdade, abarcando posições subjetivas e deveres objetivos (em especial deveres de proteção), os quais vinculam o poder público e, em alguma medida, os atores privados (SARLET, I.; PETTERLE, 2014, p. 17). Em razão disso, a regulação de inovações tecnológicas deve levar em conta a necessidade de se ponderar, numa verdadeira concordância prática, entre a proteção da inovação e os direitos ou interesses afetados, sem desconsiderar os fatores de risco envolvidos, dentro daquilo que João Carlos Loureiro chama de "Constituição da técnica" (em suas duas faces). Para o autor português:

A Constituição da técnica tem, como Janus, duas faces:

- a) por um lado, compreende, em primeira linha, a possibilitação (incluindo a *promoção*) da atividade científica, um dever expresso do Estado de incentivar e apoiar a inovação tecnológica, vista como um fator decisivo de competitividade econômica em sociedades de conhecimento;
- b) por outro, integra também uma dimensão de *proteção* face aos riscos técnicos, entendida a fórmula em sentido amplo (perigos e riscos), traduzidas em

---

<sup>6</sup> Sobre a inter-relação entre direito e ordens sociais, Hans Kelsen considera, tendo em vista "que a Moral e Direito são ordens sociais, e apenas se produzem dentro de uma sociedade, a conduta é que constitui o objeto de suas normas, a conduta de um ser humano que – direta ou indiretamente – se refere a outras pessoas, ao tocar – direta ou indiretamente – nos seus interesses." (1986, p. 117).

<sup>7</sup> Devemos reconhecer que ao realizar a análise e apresentar uma forma de regulação de inovações envolvendo fatos da vida, que se constituem em novas relações jurídicas, ou mesmo no tocante a fatos conhecidos há muito tempo, mas que necessitam de uma nova visão (mais atual) sobre o tema, o direito também atua como colaborador de mudanças sociais.

mecanismos de controlo e regulação (no limite, de proibição) (LOUREIRO, 2015, p. 38).

E aqui, novamente, surge o paralelismo entre inovação tecnológica e risco/perigo, com a qual o jurista terá de conviver permanentemente nessa área. O desafio do jurista, considerando um novo mundo, foi muito bem observado na visionária (e sempre atual)<sup>8</sup> lição de Rogério Ehrhardt Soares,<sup>9</sup> que utilizou para tanto como figura de linguagem a conhecida fábula da *Bela Adormecida*:

Se fosse possível a um jurista particularmente interessado pelas coisas do direito público entrar no sono da princesa da fábula, não precisaria deixar correr os cem anos para descobrir atônito que à sua volta tudo mudou. Bastava-lhe ter esperado pelo desencanto dos últimos vinte anos e verificaria que o seu castelo de construções e os seus servidores estariam irremediavelmente submersos no silvado duma nova realidade, perante o qual se encontravam indefesos. E o dramático, quase trágico, é que não há forças benfazejas que rasguem novas clareiras e tracem novas sendas para um regresso ao velho mundo, como numa readmissão ao paraíso e, apesar de tudo, de muitos lados se nota o esforço para mergulhar na realidade com um arsenal obsoleto e, pior ainda, com um *pathos* dissonante com os tempos. Como um cavaleiro de elmo emplumado que galhardamente lançasse um repto a um carro de assalto. (SOARES, 2008, p. 23).

Não temos dúvidas de que nesta corrida com as novas tecnologias, a sua regulação e a proteção dos direitos jamais chegará na frente. Entretanto, temos certeza de que não podemos desanimar nesta tarefa, sob pena de começarmos a perder a nossa própria humanidade.

---

<sup>8</sup> É de se ressaltar que a primeira edição da obra de Rogério Ehrhardt Soares é de 1969.

<sup>9</sup> A qual pode, perfeitamente, ser transportada para a situação que analisamos neste trabalho, envolvendo inovações tecnológicas, independentemente da área em que ela se apresente.

## 2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA ÁREA DA SAÚDE DIGITAL

O ser humano, mesmo que seja um animal sociável, cuja sobrevivência e desenvolvimento necessita da convivência com outras pessoas, igualmente necessita de um espaço próprio, de intimidade e privacidade, necessário para o desenvolvimento de uma vida com qualidade. Não podemos imaginar que um ser humano possa, de forma integral e permanente, se expor aos olhos e ao crivo de outros indivíduos.

A título de exemplo, até mesmo no Império Bizantino, em que a concepção de privacidade não era idêntica a desenvolvida a partir do século XIX, havia a necessidade de um *espaço* privado nas residências, sendo que se destacar que muitas delas, dependendo da classe social dos seus habitantes, igualmente funcionavam como espaços públicos (PATLAGEAN, 2007, p. 547-559).

Assim, como visto, a noção de privacidade (*privacy*) existe desde tempos imemoriais. No entanto, ao menos para o mundo ocidental, é necessário reconhecer que o conceito de privacidade teve uma formação mais cientificamente estruturada no campo do direito a partir do trabalho escrito por Brandeis e Warren, publicado em 1890, que o estabeleceu como um direito individual de *não intromissão*, que ia além do corpo do indivíduo (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 213), apesar de tal direito não existir de forma expressa na Constituição Norte-Americana. Mesmo atualmente, o entendimento formulado pelos autores americanos ainda exerce influência sobre o que entendemos por privacidade,<sup>10</sup> muito embora não se possa mais reconhecer que tal concepção seja aplicável a todos os atuais *atos da vida*, porquanto não consegue apresentar soluções adequadas às situações decorrentes das inovações tecnológicas, notadamente no que diz respeito com o mundo digital.

A privacidade,<sup>11</sup> que se caracteriza como um direito especial de personalidade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 451), está estabelecida como um direito

---

<sup>10</sup> Com o decorrer do tempo, houve uma grande evolução/ampliação do conceito de privacidade, para além do *right to be et alone*, abarcando situações como o direito do indivíduo estabelecer e criar sua própria identidade, de forma isolada e nas relações sociais (CEDEPA ESPINOSA, 2012, p. 969).

<sup>11</sup> Saliente-se que limitamos o nosso estudo à privacidade do indivíduo, e não à sua intimidade, que, ao menos para uma parcela da doutrina, nada mais é do que uma esfera mais restrita do indivíduo, possuindo uma proteção mais ampla. Diante disso, o que estamos a falar sobre a privacidade também vale para a intimidade.

fundamental na Carta Política de 1988 (art. 5º, X), é de difícil definição. Mesmo assim, podemos caracterizá-lo, utilizando a lição de Ingo W. Sarlet, como um direito de controle sobre uma parcela da vida privada, em que é possível o desenvolvimento de “sua individualidade”, compreendendo um espaço reservado para se recolher e refletir, bem como o controle “sobre as informações a respeito de sua vida pessoal” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 460).

Observe-se que o estabelecimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais em nossa Constituição (art. 5º, LXXIX – incluído pela Emenda Constitucional nº 115/2022) não afasta a necessidade da análise do direito à privacidade nos casos envolvendo dados pessoais, já que o direito à proteção de dados pessoais surge a partir da retirada de parcelas de outros direitos, inclusive o da privacidade. Ingo W. Sarlet, antes do advento da Emenda Constitucional nº 115/2022, asseverava que “o direito à proteção de dados pessoais pode ser associado ao direito à privacidade (no sentido de uma ‘intimidade informática’) e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que inclui o direito à livre disposição dos dados pessoais” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 487), com o que podemos sustentar que o direito hoje existente no art. 5º, LXXIX, da CRFB/88, é, em parte, uma especificidade (juntamente com parcelas específicas extraídas de outros direitos fundamentais) do direito à privacidade. Por isso, não há como negar que a utilização de dados pessoais atinge, em maior ou menor grau, dependendo da situação concreta, a privacidade do indivíduo.<sup>12</sup>

Hoje vivemos em um mundo bastante diferente daquele que existia quando da promulgação da nossa atual Constituição. Somos, atualmente, uma sociedade informacional, considerada aquela em que a geração, o conhecimento e a transmissão da informação tornam-se fontes fundamentais de produtividade e poder e em que a informação penetra em toda a estrutura social (CASTELLS, 1999, p. 87). Na realidade, conforme sustenta Klaus Schwab, estamos vivendo uma quarta revolução industrial, que se caracteriza por uma inter-relação entre a tecnologia e os mundos digital, físico e biológico (2016, p. 23). Acrescente-se que a atual sociedade

---

<sup>12</sup> Moisés Barrio Andrés afirma que “no contexto da Internet, é geralmente aceito que a privacidade é o direito de determinar quando, como e em que medida os dados pessoais podem ser partilhados com terceiros” [tradução livre] (2020, p. 194).

está hiperconectada, com um gigantesco fluxo diário de informações, principalmente entre computadores e dispositivos móveis de comunicação. E nesse processo de hiperconexão ocorre a transferência de dados pessoais, sem que muitas vezes o indivíduo tenha conhecimento disso ou, mesmo sabedor dessa transferência, não se importe, em face de uma visão diversa de privacidade da que existia no final do século passado. Em realidade, constatamos que ao lado de uma sociedade física/material (analógica) há, hoje em dia, uma nova sociedade, de característica digital, na qual uma constelação de informações dos mais diversos tipos flui a cada segundo.<sup>13</sup>

Assim, temos a coleta de dados de saúde dos usuários do sistema de saúde digital (*eHealth*),<sup>14</sup> obtidos (principalmente) a partir da inserção em rede das informações de exames clínicos, laboratoriais, de imagem, de prontuários eletrônicos do paciente (PEP), extraídas de dispositivos móveis de medicina ou de saúde e a inserida pelo médico ou outro profissional de saúde em sistema informatizado em que está a ficha do paciente, o que possibilita sua posterior análise, tratamento, transmissão e uso, até mesmo para fins diversos do que inicialmente previstos.

Observe-se que a evolução dos programas (constituído por algoritmos,<sup>15</sup> que nada mais são do que uma sequência de comandos a serem obedecidos, a fim de

---

<sup>13</sup> Em janeiro de 2022, a *Datareportal* apontou a existência de 4,95 bilhões de usuário da *internet* (KEMP, 2022). Já no Brasil, conforme dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2021, 90 % dos domicílios no país tinham acesso à *internet* (NERY; BRITTO, 2022).

<sup>14</sup> A Organização Mundial de Saúde define a *eHealth* como sendo "o uso de tecnologias de informação e comunicação (TIC) para a saúde. [tradução livre]" (WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Health topics, e-Health*. Digital Health. Disponível em: <https://www.who.int/westernpacific/health-topics/e-health>. Acesso em: 16-10-2022). Já o Comitê Gestor da Estratégia e-Saúde do Ministério da Saúde brasileiro afirma que: "de forma mais ampla 'e-Saúde' representa o contexto da prática de atenção à saúde facilitada e aperfeiçoada pelo uso de tecnologias modernas de Informação e Comunicação (TIC), considerando as aplicações dessas tecnologias na organização, gestão e agilidade dos processos de atendimento ao paciente, no compartilhamento de informações, na garantia de maior qualidade e segurança das decisões clínicas, no acompanhamento de pacientes, em políticas de Saúde pública, na compreensão dos fatores determinantes do bem estar do cidadão, na detecção e controle de epidemias, entre tantas outras possibilidades.". (MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Estratégia e-Saúde para o Brasil*, 2017. Visão de e-Saúde para o Brasil. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-digital/material-de-apoio/DocumentodaVisobrasileiraparaaEstrategiaeSade2017.pdf>, p. 17. Acesso em: 16-10-2022). Observe-se que o referido Comitê foi substituído, em 2019, pelo Comitê Gestor da Estratégia da Saúde Digital (Resolução nº 46 do Ministro da Saúde, de 29 de agosto de 2019), sendo que a partir de então, aparentemente, saúde digital passou a ser a denominação oficialmente utilizada pelo Ministério da Saúde como o correspondente em língua portuguesa ao *eHealth*.

<sup>15</sup> Para definição tradicional de algoritmo, ele dever ser considerado como sendo "uma lista de instruções que levam o usuário diretamente a uma resposta ao resultado específico, dadas as

solucionar um problema ou realizar uma tarefa)<sup>16</sup> de avaliação de dados pessoais, juntamente com a hiperconectividade do mundo atual, faz com que mesmo os dados médicos anonimizados sejam passíveis de desanonimização ou, ainda, possam ser utilizados para a construção de grupos, o que traz o potencial risco de estigmatização, de discriminação ou de exclusão dos indivíduos que o compõe (SARLET, G.; MOLINARO, 2019, p. 202-203).

Nessa quadra, mostra-se necessário que o indivíduo tenha a possibilidade de controle de seus dados (digitais) pessoais de saúde, ou seja, possa exercer a autodeterminação informativa,<sup>17</sup> ainda mais considerando as características dessas informações e os prejuízos que a sua incorreta utilização pode acarretar ao indivíduo. Especificamente sobre a autodeterminação informativa, diante de sua estrutura normativa, caracteriza-se com um princípio, não se colocando acima de outros direitos, como o da privacidade ou ao da personalidade, possuindo uma dupla dimensão, individual e coletiva, em que na primeira é garantido a cada um decidir sobre acessar, utilizar e difundir os seus próprios dados pessoais, bem como, no tocante à segunda, se “constitui precondição para uma ordem comunicacional livre e democrática, distanciando-se, nessa medida, de uma concepção de privacidade individualista e mesmo isolacionista à feição de um direito de estar só (*right to be alone*)” (SARLET, 2021, p. 32).

Por sua vez, é especialmente grave o fato de que para a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei nº 13.709/2018, art. 11, II) os dados sensíveis de saúde<sup>18</sup> não

---

informações disponíveis” (MODELI; et al., 2020, p. 78).

<sup>16</sup> Como os objetivos de um algoritmo são estabelecidos a partir de *ordens* (linhas de comando) elaboradas por uma pessoa humana, a sua execução, necessariamente, sempre será o resultado do *conhecimento de mundo* do próprio programador, devendo ser lembrado que “os limites de minha linguagem significam os limites de meu mundo” (WITTGENSTEIN, 2001, p. 245, proposição 5.6). Daí porque a importância do que se denomina de *privacy by design*, que é a “metodologia que visa proteger a privacidade do usuário desde a concepção de quaisquer sistemas de tecnologia da informação ou de práticas de negócio que sejam concernentes ao ser humano” e de “*privacy by default*, que se refere à metodologia que adota por padrão a configuração de privacidade mais restritiva possível na fase da coleta de dados pessoais por qualquer sistema de tecnologia da informação, a fim de garantir a proteção dos dados pessoais de forma automática, ainda que nenhuma interação com a máquina tenha sido feita pelo usuário nesse sentido.” (JIMENE, 2019, p. 336).

<sup>17</sup> A autodeterminação informativa pode ser definida como “o direito que tem o indivíduo de escolher com quem pretende compartilhar suas informações, partindo do pressuposto de que pode vetar qualquer ingerência não consentida e porquanto são dados e informações de caráter pessoal que quer manter em sigilo.” (RUARO, 2015, p. 45).

<sup>18</sup> “Os dados de saúde consistem nas informações que se referem à saúde passada, presente ou futura, em pessoas saudáveis ou doentes, com enfermidades de caráter físico ou psicológico, e que

necessitam do consentimento de seu titular ou responsável para fins de estudos a serem realizados por órgãos de pesquisa ou mesmo para a tutela da saúde, quando realizados de forma exclusiva por profissionais, serviços da área da saúde ou por autoridade sanitária, sendo também permitida a comunicação e o uso compartilhado das informações entre controladores de dados sensíveis referentes à saúde nas hipóteses relacionadas com a prestação de serviços nessa área, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde (exceto para as operadoras de planos privados de assistência à saúde quando visem à prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade ou a contratação ou exclusão de beneficiários), incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, desde que em benefício dos interesses dos titulares de dados. Além disso, é possível o compartilhamento dos dados pessoais de saúde para permitir a portabilidade dos dados pelo titular ou, ainda, para realizar transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços, o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador e o tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos. Diante disso, vemos que há uma grande variedade de situações em que os dados pessoais relacionados com a saúde encontram-se disponíveis para compartilhamento entre os operadores, pessoas jurídicas de direito privado ou público, sem que para tanto seja necessário o consentimento do titular ou do responsável (e também sem que o titular dos dados saiba sobre tais compartilhamentos), com o que temos uma excessiva invasão no âmbito da privacidade desses indivíduos e, também, uma violação no direito fundamental à proteção de dados pessoais (no que se inclui a autodeterminação informativa), tudo isso resultando em igual desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana (em especial no que toca com o livre desenvolvimento da personalidade).

É necessário salientar que ao criticarmos a desnecessidade de consentimento do titular dos dados de saúde, ou do seu responsável, em uma ampla gama de situações, não estamos propugnando que para o acesso a todos esses dados seja necessária tal autorização, sob pena de limitarmos excessivamente, talvez até

---

inclui a dependência ao álcool ou às drogas [tradução livre]" (CRISTEA UIVARU, 2018, p. 46).



mesmo atingindo seu núcleo essencial, a disposição constitucional que estabelece a tarefa estatal de incentivo e promoção ao desenvolvimento científico e à pesquisa (MARQUES, 2018, p. 2082), bem como o próprio direito fundamental à saúde (art. 6º, *caput*, e art. 196, da CRFB/88), mas que é necessário o aprimoramento da legislação infraconstitucional, para que ela proteja de forma mais adequada o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais referidos no parágrafo anterior.

### 3 OS RISCOS NA ÁREA DA SAÚDE DIGITAL, RELATIVAMENTE AOS DADOS PESSOAIS

Nenhuma tecnologia, obra do ser humano, pode ser considerada como neutra (NEVES; CARVALHO, 2018, p. 9), pois traz o sinal do seu criador, muito embora devamos reconhecer que a ausência de neutralidade decorra mais do seu uso indevido, prejudicial à pessoa humana ou ao ambiente em que ela vive, seja para fins de obtenção de uma contrapartida econômica, seja objetivando a aquisição de poder. Logo, também o desenvolvimento das tecnologias afeta, em maior ou menor grau, a pessoa humana, sendo, por isso, que sua regulação é do interesse do direito.

Assim, a velocidade em que ocorre o desenvolvimento da tecnologia relacionada com as avaliações de dados pessoais<sup>19</sup> (e aqui estamos a falar, especialmente, a respeito do *big data*<sup>20</sup> e da *inteligência artificial*<sup>21</sup> e suas vertentes –

---

<sup>19</sup> Para Sergio Paulo Gomes Gallindo, "a Era digital já é uma realidade que impacta cidadãos, agentes econômicos de governos. Uma de suas principais características é a transformação da economia tradicional em uma economia intensiva da dados" (2020, p. 145)

<sup>20</sup> As definições de *big data* evoluíram bastante desde o surgimento dessa tecnologia, a ponto de hoje não haver apenas um sentido. (CANITO, 2017, p. 15-18). Para a Oracle Brasil (filial da empresa norte-americana de tecnologia e informação, especializada no desenvolvimento e comercialização de hardware e software e de banco de dados), "big data são dados que contêm maior variedade, chegando em volumes crescentes e com mais velocidade", caracterizado pelo que se denomina como os três Vs (variedade, volume e velocidade), sendo que "esses conjuntos de dados são tão volumosos que o software tradicional de processamento de dados simplesmente não consegue gerenciá-los." (ORACLE. *O que é Big Data?*. Disponível em: <https://www.oracle.com/br/big-data/what-is-big-data.html>. Acesso em: 08-12-2022).

<sup>21</sup> Conforme a SAS Inc. (empresa norte-americana, sendo uma das maiores produtoras de *softwares* voltados para Business Intelligence), "a inteligência artificial (IA) possibilita que máquinas aprendam com experiências, se ajustem a novas entradas de dados e performem tarefas como seres humanos. A maioria dos exemplos de IA sobre os quais você ouve falar hoje – de computadores mestres em xadrez a carros autônomos – dependem de deep learning e processamento de linguagem natural. Com essas tecnologias, os computadores podem ser treinados para cumprir tarefas específicas ao processar grandes quantidades de dados e reconhecer padrões nesses dados." (SAS. *Inteligência*

*machine learning*,<sup>22</sup> *deep learning*<sup>23</sup> e *processamento de linguagem natural*<sup>24</sup>) tornou a LGPD (Lei nº 13.709/2018) já ultrapassada no tocante a algumas tecnologias, como no caso das utilizadas na saúde digital. Diante disso, e considerando o atual momento de consolidação cada vez maior da sociedade em rede (inserida em uma nova forma de sociedade, a sociedade digital), em que a coleta, tratamento, análise, transmissão e uso dos dados pessoais das pessoas naturais ocorre de forma cada vez mais rápida, eficiente e sem que o indivíduo possa ter a real dimensão da forma como se dá o uso de suas informações, mesmo após anonimizadas, tal situação pode lhe trazer consequências gravosas.

Quanto ao modo de captação de informações no âmbito da saúde digital (*eHealth*), ela pode ocorrer de várias maneiras. Somente a título exemplificativo, já que devemos ter em conta o acelerado desenvolvimento tecnológico nesta área, podemos referir que a captação de informações ocorre a partir da inserção em rede das informações de exames clínicos, laboratoriais, de imagem, de prontuários eletrônicos do paciente (PEP), extraídas de dispositivos móveis de saúde e a inserida pelo médico ou outro profissional de saúde em sistema informatizado em que está a

---

*Artificial*. Disponível em: [https://www.sas.com/pt\\_br/insights/analytics/inteligencia-artificial.html](https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/inteligencia-artificial.html). Acesso em: 08-12-2022).

<sup>22</sup> Segundo a SAS, "o aprendizado de máquina (em inglês, *machine learning*) é um método de análise de dados que automatiza a construção de modelos analíticos. É um ramo da inteligência artificial baseado na ideia de que sistemas podem aprender com dados, identificar padrões e tomar decisões com o mínimo de intervenção humana." (SAS. *Machine Learning*. Disponível em: [https://www.sas.com/pt\\_br/insights/analytics/machine-learning.html](https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/machine-learning.html). Acesso em: 08-12-2022).

<sup>23</sup> Já o *deep learning* (aprendizado profundo) "(...) é um tipo de aprendizado de máquina [*machine learning*] que treina um computador para executar tarefas semelhantes às humanas, como reconhecer a fala, identificar imagens ou fazer previsões. Em vez de organizar os dados para serem executados por meio de equações predefinidas, o aprendizado profundo configura parâmetros básicos sobre os dados e treina o computador para aprender por conta própria, reconhecendo padrões usando muitas camadas de processamento. [tradução livre]" (SAS. *How to Do Deep Learning With SAS*. Disponível em: <https://www.sas.com/en/whitepapers/deep-learning-with-sas-109610.html>. Acesso em: 08-12-2022).

<sup>24</sup> A SAS Inc. afirma que o "processamento de linguagem natural (PLN) é uma vertente da inteligência artificial que ajuda computadores a entender, interpretar e manipular a linguagem humana. O PLN resulta de diversas disciplinas, incluindo ciência da computação e linguística computacional, que buscam preencher a lacuna entre a comunicação humana e o entendimento dos computadores." Essa empresa salienta que "o processamento de linguagem natural ajuda computadores a se comunicar com seres humanos em sua própria linguagem e escala outras tarefas relacionadas à linguagem. Por exemplo, o PLN possibilita que computadores leiam textos, ouçam e interpretem falas, identifiquem sentimentos e determinem quais trechos são importantes". (SAS. *Processamento de Linguagem Natural*. Disponível em: [https://www.sas.com/pt\\_br/insights/analytics/processamento-de-linguagem-natural.html](https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/processamento-de-linguagem-natural.html). Acesso em: 16-10-2022).

ficha do paciente, o que possibilita sua posterior análise, tratamento, transmissão e uso, até mesmo para fins diversos do que inicialmente previstos.

Como exemplo do uso indevido de dados pessoais na área da saúde, podemos citar o julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que condenou um laboratório pela utilização indevida/não autorizada de informações de uma mulher que tinha feito exame de gravidez, sendo que pouco tempo depois veio a ocorrer um aborto espontâneo. Ocorre que, poucos dias depois, por meio de WhatsApp, recebeu mensagens de um laboratório de criobiologia ofertando seus serviços de coleta e armazenamento de cordão umbilical. No julgamento, o Tribunal condenou o laboratório em danos morais a favor da autora, já que fez uso de dados pessoais sensíveis sem autorização, em face do que a “conduta da ré, seguramente, além de representar violação ao direito de privacidade, fez a autora reviver sofrimento decorrente da perda gestacional”.<sup>25</sup>

Ainda, devemos destacar a preocupante situação envolvendo os dispositivos móveis de saúde (*mHealth*)<sup>26</sup>. Como exemplos dessa tecnologia podemos citar (1) o SMS (envio de mensagens pelo telefone), (2) a chamada de voz (via telefone), (3) os aplicativos (por meio, principalmente, da utilização de smartphones), (4) os computadores vestíveis – *wearables*, (5) as plataformas baseadas na Web, (6) os videogames (que podem ser utilizados em sessões de fisioterapia ou para reduzir o sedentarismo) e (7) os *chatbots*, tendo por base serviços de *chat online*, que podem auxiliar pessoas lembrando o horários para tomar sua medicação ou conversar com pessoas idosas em processo de terapia ocupacional (MEDEIROS, 2017, P. 111-113).

---

<sup>25</sup> O acórdão foi assim ementado: “Responsabilidade civil. Indenização por danos morais. Ação cominatória. Tratamento de dado sensível pela Lei nº 13.709/2018. Autora, que, após perda gestacional, recebeu oferta da ré a respeito de serviços de coleta e armazenamento de cordão umbilical. Ré que confirma ter recebido informações a respeito da autora de terceiros. Dados sensíveis, a respeito da gravidez da autora, que não poderiam ter sido objeto de compartilhamento, nos termos do art. 11, § 4º, da Lei nº 13.709/18. Ré que fez uso indevido de dado sensível pertencente à autora com finalidade lucrativa. Prospecção de novos clientes. Ato ilícito caracterizado. Violação do direito de privacidade da autora. Indenização corretamente determinada na sentença (R\$ 10.000,00). Ré que tem a obrigação legal de identificar o responsável pela coleta do dado da autora, o que se deu sem consentimento. Sentença de procedência dos pedidos mantida. Recurso desprovido.” (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 1041607-35.2021.8.26.0100*, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alexandre Marcondes, julg. 17-05-2022. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1505505819/inteiro-teor-1505505929>. Acesso em: 14-02-2023).

<sup>26</sup> Considera-se *mHealth* o “fornecimento de serviços e informação de saúde através de tecnologias móveis e sem fio. [tradução livre]” (MENDOZA; OKOKO; KONOPKA; JONAS, 2013, p. 12.).

Devemos reconhecer que essas tecnologias móveis mudam a tradicional entrega de cuidados de saúde, permitindo que o atendimento ao paciente continue de forma generalizada a qualquer hora e em qualquer lugar. A partir destas tecnologias, profissionais de saúde, médicos e pacientes têm a oportunidade de monitorar continuamente as condições e informações de saúde fora do consultório médico, da instituição de saúde ou da casa do paciente. O grande problema está em que muitos desses aplicativos (médicos, de saúde ou fitness), sem informar adequadamente ao paciente/usuário, extraem dados pessoais e os transmitem a terceiros.

Em pesquisa publicada em 2021 no BMJ (*British Medical Journal*), um grupo de pesquisadores da Universidade Macquarie, em Sydney (Austrália), a partir de uma análise de mais de 20.000 aplicativos *Android* de *mHealth* (que vão desde contadores de calorias até verificadores de sintomas e aplicativos médicos), em que eles analisaram o código de cada aplicativo para funções e permissões que lhes permitiriam coletar dados dos usuários, chegaram, resumidamente, aos seguintes resultados:

- a) os aplicativos de saúde e fitness eram mais propensos a incluir a capacidade de coletar e compartilhar dados do usuário do que os aplicativos médicos;
- b) uma significativa porcentagem de todos os aplicativos de saúde foi codificada com a capacidade de coletar dados que poderiam ser usados para construir perfis *on-line* de usuários. Por exemplo, mais de 60% dos aplicativos de saúde tinham a capacidade de coletar identificadores MAC e cookies, que podem ser usados para identificar usuários em diferentes aplicativos e sites. Cerca de um terço coletou endereços de e-mail dos usuários, e um quarto poderia coletar a localização da torre de celular;
- c) a maioria desses códigos para coleta de dados estava relacionada a serviços de terceiros, como Google Analytics, Google Ads, Github ou Facebook, sendo que os serviços do Google sozinhos representaram mais de um terço das operações de coleta de dados no código dos aplicativos;
- d) cerca de 88% dos aplicativos foram construídos com a capacidade de coletar ou compartilhar dados de usuários com terceiros (incluindo serviços de publicidade e rastreamento);
- e) uma porcentagem significativa dessas transmissões de dados, cerca de 23%,

não utilizava protocolos de comunicação seguros. Por exemplo, informações não criptografadas sobre a senha do usuário e localização (*gps – global positioning system*);

f) menos da metade dos aplicativos compartilhavam dados de usuários de uma maneira consistente com sua política de privacidade, e cerca de 28% dos aplicativos não forneceram uma política de privacidade;

g) “a coleta de informações pessoais do usuário é uma prática generalizada em aplicativos *mHealth*, e nem sempre transparente e segura [tradução livre]” (IKRAM; IJAZ; KAAFAR; BERKOVSKY, 2021).

Os pesquisadores, em sua conclusão, afirmaram que há “sérios problemas com privacidade e práticas de privacidade inconsistentes em aplicativos de *mHealth* [tradução livre]”, aconselhando os médicos a articularem os riscos e benefícios de sua utilização junto aos seus pacientes (IKRAM; IJAZ; KAAFAR; BERKOVSKY, 2021).

Vemos, então, que vários dispositivos móveis de saúde, no tocante aos dados digitais por eles captados, não oferecem uma robusta, talvez nem mesmo uma média, mas, provavelmente, uma baixa proteção dos dados pessoais obtidos pelo equipamento, sendo de se ressaltar a material impossibilidade poder público fiscalizá-los,<sup>27</sup> a fim de verificar se estão sendo cumpridos os ditames da LGPD brasileira e, por consequência, está sendo atendido o direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Também é necessário salientar que a diversidade de pessoas que intervêm no âmbito da saúde digital, a possibilidade de acesso a grandes volumes de dados armazenados nos aplicativos de saúde ou medicina ou gerados por estes, bem como nos bancos de dados (públicos ou privados) que integram o sistema de saúde, a frequente falta de um conhecimento jurídico mínimo por parte dos vários intervenientes no processo, a falta de transparência no tratamento dos dados pessoais relativos à saúde, a falta de conhecimento por parte dos usuários de como os seus dados são utilizados, os mecanismos de consentimento deficientes, as

---

<sup>27</sup> Diga-se que esta ausência de estrutura para tal fiscalização não é exclusividade do Brasil. Em realidade, tendo em vista que a construção de programas e algoritmos é disseminada pelo mundo, sendo realizada diariamente em volumes gigantescos, nenhum país possui a estrutura necessária (em termos de pessoal, material e orçamentário) para a realizar uma fiscalização eficiente.

medidas de segurança insuficientes, a tendência para a maximização dos dados e a amplitude com que os *legítimos interesses* tem sido interpretados no tratamento de dados pessoais são apenas algumas das questões que geram frequentes desafios ao direito e, em especial, à efetivação do direito fundamental à proteção de dados pessoais dessa área.

E mais, não podemos esquecer que há, inclusive, política pública envolvendo a saúde digital no Brasil, qual seja, o Plano de Estratégia de Saúde Digital (ESD28), que aparentemente não coloca entre suas prioridades a garantia do direito fundamental à proteção de dados pessoais, na forma como regulamentada pela LGPD e insculpida como direito fundamental na Constituição, porquanto, em um documento de mais de 120 páginas, a palavra privacidade aparece apenas sete vezes, a referência à LGPD somente quinze vezes e nenhuma vez a proteção de dados pessoais é tratada como um direito fundamental.

Igualmente, não podemos desconsiderar que a elaboração de perfis com dados pessoais de saúde, a partir da obtenção indevida dessa espécie de dados sensíveis, pode afetar não apenas o titular que teve seus dados captados, mas também seus parentes, a comunidade em que vive e os seus descendentes, já que, com os seus dados e a utilização de *big data* e da inteligência artificial, é possível a construção de um perfil para as futuras gerações. Logo, podemos afirmar que os riscos envolvendo o uso indevido de dados pessoais de saúde podem ser de caráter horizontal (para a presente geração) ou de caráter vertical (para as gerações futuras).

Portanto, principalmente em relação aos dados pessoais de saúde, que envolvem informações que se encontram no âmbito de uma esfera mais reservada da privacidade das pessoas, devemos nos questionar se esse uso (sem um consentimento expresso derivado de uma análise autônoma e esclarecida do titular) não resulta em uma absoluta objetificação do indivíduo, indo direção contrária a singular condição da pessoa (KANT, 2000, p. 68).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do seu inter-relacionamento, a sociedade, a tecnologia e o direito seguem o mesmo caminho de desenvolvimento, mas não lada a lado. O

desenvolvimento do direito estará permanentemente atrás do desenvolvimento da sociedade e do desenvolvimento da tecnologia, requerendo, por isso, um permanente esforço do jurista para encontrar meios visando solucionar problemas existentes ou futuros. Veja-se que novos problemas, decorrentes de um novo processo de desenvolvimento da sociedade e da tecnologia, surgem a cada dia, estando o direito a correr de forma incessante atrás das de soluções juridicamente adequadas.

Além disso, muito ainda há, em termos de sociedade, a se desenvolver, a fim de que o direito fundamental à proteção de dados pessoais seja efetivamente protegido, especialmente quando relacionado com a saúde digital (*eHealth*, o que inclui os dispositivos móveis de saúde – *mHealth*).

A forma de captação e tratamento dos dados pessoais nos âmbito da saúde digital, inclusive no que diz respeito com os dispositivos móveis de saúde, não oferece uma robusta, talvez nem mesmo uma média, sendo mais provável existir uma baixa proteção dos dados pessoais obtidos (grande parte deles captados ou repassados de forma irregular), sendo de se ressaltar a material impossibilidade do poder público fiscalizar todos os aplicativos e sistemas de saúde digital existentes, a fim de verificar se estão sendo cumpridas as normas protetivas da LGPD brasileira.

Ainda, a diversidade de atores que intervêm na saúde digital, a possibilidade de acesso a grandes volumes de dados armazenados, a frequente falta de conhecimentos jurídicos dos vários intervenientes no processo, a falta de transparência no tratamento dos dados pessoais relativos à saúde, a falta de conhecimento por parte dos usuários de como os seus dados são utilizados, os mecanismos de consentimento deficientes, as medidas de segurança insuficientes, a tendência para a maximização dos dados e a amplitude com que os *legítimos interesses* tem sido interpretados no tratamento de dados pessoais são algumas das questões que geram frequentes desafios ao profissional do direito.

Logo, vemos que a utilização da saúde digital, a par dos benefícios que traz ao ser humano, igualmente envolve novos riscos relacionados com transmissão e obtenção indevida (não autorizada) de dados pessoais do paciente usuário de tal sistema de saúde, prática desconhecida da imensa maioria das pessoas, o que desafia o direito e o jurista a encontrarem novas soluções para futuros (e muitos já atuais) problemas.

Nesse passo, também temos como necessário uma aproximação entre o direito e os desenvolvedores de tecnologia, mais especificamente os da ciência da computação, objetivando transpor uma noção substancial de privacidade, como as noções de *privacy by design* e de *privacy by default*, a fim de que os programas/algoritmos utilizados na saúde digital (assim como para outras atividades) realizem uma proteção mais efetiva da privacidade do usuário.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Coimbra editora, 1997, v. 1.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

BARRAS, Colin. Com tecnologia própria, macacos entraram em sua 'Idade da Pedra', dizem cientistas. *BBC News Brasil*, 21-08-2015. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150821\\_vert\\_earth\\_macacos\\_rm](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150821_vert_earth_macacos_rm). Acesso em: 07-12-2022.

BARRIO ANDRÉS, Moisés. *Fundamentos del derecho de internet*. 2ª ed. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.

CANITO, João Miguel Ferreira. *Categorização e Classificação de Notícias de Big Data em Tecnologias segundo o Quadrante Mágico de Gartner*. Dissertação (Mestrado em Informática e Gestão) – Departamento de Ciências e Tecnologia da Informação, Instituto Universitário de Lisboa. Lisboa, p. 71, 2017. Disponível em: [https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/15111/1/Disserta%20Jo%20Canito\\_N%20ba%2060665\\_MIGB1.pdf](https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/15111/1/Disserta%20Jo%20Canito_N%20ba%2060665_MIGB1.pdf). Acesso em: 08-12-2022.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede – A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Vol. 1, 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CEDEPA ESPINOSA, Manuel José. Privacy. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andrés (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 966-982.

CRISTEA UIVARU, Lucia. *La protección de datos de carácter sensible: historia clínica digital y big data em salud*. Barcelona: Bosch, 2018.



FERGUSON, Niall. *Civilização: Ocidente X Oriente*. São Paulo: Planeta, 2012.

GALLINDO, Sergio Paulo Gomes. Economia intensiva em dados, virtudes da LGPD e primeiros desafios quanto à efetividade. In: DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (Coord.). *Lei geral de proteção de dados (lei nº 13.709/2018): a caminho da efetividade contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Direito, tecnologia e inovação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia Pereira (Coords.). *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 11-31.

HOUAISS, Antônio; Villar, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JIMENE, Camila do Vale. Comentários ao capítulo VII. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Coord.). *LGPD: lei geral de proteção de dados comentada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 329-354.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KEMP, Simon. Digital 2022: Digital adoption doubled over the past decade. *Datareportal*, 26-01-2022. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2022-digital-adoption-doubled-over-the-past-decade>. Acesso em: 08-12-2022.

LEVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. São Paulo: Editora 34, 2010.

LOUREIRO, João Carlos. Constituição, tecnologia e risco(s): entre medo(s) e esperança(s). In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia Pereira (Coords.). *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 33-84.

MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Capítulo IV, Da Ciência Tecnologia e Informação, e ao art. 218, *caput*. In: CANOTILHO, Jose Joaquim; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang.; STRECK, Lênio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018. p. 2072-2084.

MEDEIROS, Rodrigo Azevedo de et al. M-Health: definição, interesses, desafios e futuro. In: LEITE, Cícilia Raquel Maia; ROSA, Suelia Rodrigues Fleury (org.). *Novas tecnologias aplicadas à saúde: integração de áreas transformando a sociedade*. Mossoró, RN: EDUERN, 2017. p. 107-122. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/38824/1/CAPITULO\\_M-HealthDefinicaoInteresses.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/38824/1/CAPITULO_M-HealthDefinicaoInteresses.pdf). Acesso em: 08/12/2022.

MENDOZA, Gayle; OKOKO, Lungi; KONOPKA, Sarah; JONAS, Edna. *mHealth Compendium*. Vol. 3. Arlington: African Strategies for Health project, Management Sciences for Health, 2013. Disponível em: [www.africanstrategies4health.org/uploads/1/3/5/3/13538666/mhealth\\_compendium\\_volume\\_3\\_a4\\_english.pdf](http://www.africanstrategies4health.org/uploads/1/3/5/3/13538666/mhealth_compendium_volume_3_a4_english.pdf). Acesso em 08-12-2022.

MERTON, Robert King. *Ensaio de sociologia da ciência*. São Paulo: Associação Filosófica Scientiae Studia: Editora 34, 2013.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Estratégia e-Saúde para o Brasil*, 2017. Visão de e-Saúde para o Brasil. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-digital/material-de-apoio/DocumentodaVisobrasileiraparaaEstratgiaeSade2017.pdf>. Acesso em: 16-10-2022.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. Tomo II. Campinas: Bookseller, 2000.

MODELI, Guilherme Marconato; SANTOS, Gustavo Perinetti dos; JULIASZ, Livia Pacheco de Freitas; DAUN, Rafaela Rabelo; PAIÃO, Olivie Samuel. Eficácia instrumental dos algoritmos jurídicos na tomada de decisão na era da liquidez dos direitos fundamentais. In: SANTOS, José Eduardo Lourenço dos; LIPPE, Pedro Rodrigues de Freitas; DAUN, Rafaela Rabelo; PAIÃO, Olivie Samuel (Coords.). In: *Direitos, novas tecnologias e controle social*. Curitiba: CRV, 2020.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NERY, Carmen; BRITTO, Vinícios. Internet já é acessível em 90,0% dos domicílios do país em 2021. *Agência IBGE Notícias*, 16-09-2022. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/34954-internet-ja-e-acessivel-em-90-0-dos-domicilios-do-pais-em-2021>. Acesso em: 08-12-2022.

NEVES, Maria do Céu Patrão; CARVALHO, Maria da Graça. O mito da neutralidade axiológica. In: NEVES, Maria do Céu Patrão; CARVALHO, Maria da Graça (Coords.). *Ética aplicada: novas tecnologias*. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 9-27.

ORACLE. *O que é Big Data?*. Disponível em: <https://www.oracle.com/br/big-data/what-is-big-data.html>. Acesso em: 08-12-2022.

PATLAGEAN, Evelyne. Bizâncio: séculos X-XI. In: ARIÉS, Philippe; DUBY, Georges. *História da vida privada: do Império Romano ao ano mil*. Vol. 1. São Paulo: Companhia da Letras, 2007, p. 531-615.

RAPOSO, Vera Lúcia. *Danos causados por medicamentos: enquadramento jurídico à luz do ordenamento europeu*. Coimbra: Almedina, 2018.

ROONEY, Anne. *A história da medicina: das primeiras curas aos milagres da medicina moderna*. São Paulo: M.Books do Brasil, 2013.

RUARO, Regina Linden. Privacidade e autodeterminação informativa: obstáculos ao estado de vigilância? *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí*, Teresina, v. 2, n.1, p. 41-60, jan./jun. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara de Direito Privado. Responsabilidade civil. Indenização por danos morais. Ação cominatória. Tratamento de dado sensível pela Lei nº 13.709/2018. *Apelação Cível nº 1041607-35.2021.8.26.0100*. Relator Des. Alexandre Marcondes, 17-05-2022. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1505505819/inteiro-teor-1505505929>. Acesso: em 14-02-2023.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; MOLINARO, Carlos Alberto. Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 13, n. 41, p. 183-212, jul./dez. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; PETTERLE, Selma Rodrigues. Liberdade de pesquisa como direito humano e fundamental e seus limites: a pesquisa com seres humanos e os parâmetros protetivos estabelecidos pelo direito internacional e sua recepção no Brasil. *EJL. Espaço Jurídico: Journal of Law*. Chapecó, v. 15, n. 1, p. 13-38, jan./jun. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. Apontamentos sobre direito, ciência e tecnologia na perspectiva de políticas públicas sobre regulação em ciência e tecnologia. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia Pereira (Coords.). *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 85-122.

SARLET, Ingo Wolfgang. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Laura Shertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz Rodrigues (Coords.). In: *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 21-59.

SAS. *How to Do Deep Learning Whith SAS*, 2022. Disponível em: <https://www.sas.com/en/whitepapers/deep-learning-with-sas-109610.html>. Acesso em: 08-12-2022.

SAS. *Inteligência Artificial*, 2022. Disponível em: [https://www.sas.com/pt\\_br/insights/analytics/inteligencia-artificial.html](https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/inteligencia-artificial.html). Acesso em: 08-12-2022.

SAS. *Machine Learning*, 2022. Disponível em: [https://www.sas.com/pt\\_br/insights/analytics/machine-learning.html](https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/machine-learning.html). Acesso em: 08-12-2022.

SAS. *Processamento de Linguagem Natural*, 2022. Disponível em: [https://www.sas.com/pt\\_br/insights/analytics/processamento-de-linguagem-natural.html](https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/processamento-de-linguagem-natural.html). Acesso em: 08-12-2022.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito Público e Sociedade Técnica*. Coimbra: Editora Tenacitas, 2008.

TANGARI, Gioacchino; IKRAM, Muhammad; IJAZ, Kiran; KAFAR, Mohamed Ali; BERKOVSKY, Shlomo. Mobile health and privacy: cross sectional study. *BMJ* 2021;373:n1248. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.n1248>. Acesso em: 08/12/2022.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. IV, nº 5. pp. 193-220, dez., 15, 1890. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 08-12-2022.

WEBER, Max. *Metodologia da Ciências Sociais*: parte 1. São Paulo: Cortez; Campinas: Editora da Unicamp, 2001.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. 3ª ed. São Paulo: EDUSP, 2001.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Health topics, e-Health*. Digital Health. Disponível em: <https://www.who.int/westernpacific/health-topics/e-health>. Acesso em: 16-10-2022.

## 35. O USO DE COOKIES E O RESPECTIVO CONSENTIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

### THE USE OF COOKIES AND THE RESPECTIVE CONSENT IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM



<https://doi.org/10.36592/9786554600460-35>

Laura Pretto Scholze<sup>1</sup>

#### RESUMO

O presente estudo propõe analisar o caso C-673/17 (*Planet49*) e quais seriam os seus desdobramentos se ocorresse no Brasil. Como ponto de partida para a análise deste tema, analisar-se-á o caso C-673/17 *Planet49*, com enfoque na decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia que trouxe quatro considerações relevantes para a temática. Ainda, na qualidade de objetivos específicos, busca-se compreender de que forma os dados pessoais são protegidos pela legislação brasileira e, conseqüentemente, os limites impostos às empresas no que tange ao tratamento desses dados coletados através dos *cookies*. Inicialmente, o trabalho traz um breve resumo do caso com as problemáticas envolvidas e as decisões que surgiram. Num segundo momento, destaca-se o núcleo da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia. Por fim, faz-se uma análise crítica da decisão realizando um cotejo com as normas do ordenamento jurídico brasileiro, partindo da Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor, Marco Civil da Internet e, finalmente, Lei Geral de Proteção de Dados e o Guia Orientativo da ANPD sobre os *cookies*.

Palavras-chave: Cookies; consentimento; proteção normativa.

#### ABSTRACT

The present study proposes to analyze the case C-673/17 (*Planet49*) and what would be its consequences if it had occurred in Brazil. As a starting point for the analysis of

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, com bolsa PRO-Stricto. Especialista em Direito Digital pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP. Bacharel em Direito pela FMP. Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2981552225735859>. E-mail para contato: [advlaurascholze@gmail.com](mailto:advlaurascholze@gmail.com).

this theme, case C-673/17 *Planet49* will be analyzed, focusing on the decision of the Court of Justice of the European Union that brought four relevant considerations to the theme. Still, as specific objectives, we seek to understand how personal data are protected by Brazilian legislation and, consequently, the limits imposed on companies with regard to the processing of data collected through cookies. Initially, the work brings a brief summary of the case with the problems involved and the decisions that arose. In a second moment, the core of the decision of the Court of Justice of the European Union is highlighted. Finally, a critical analysis of the decision is carried out, comparing it with the norms of the Brazilian legal system, starting from the Federal Constitution, the Consumer Protection Code, the Civil Rights Framework for the Internet and, finally, the General Data Protection Law and the Guide ANPD guideline on cookies.

Keywords: Cookies; consent; normative protection.

## INTRODUÇÃO

As ações de *marketing* num contexto digital são movidas por bancos de dados. Através da tecnologia dos *cookies* para a coleta e do *big data* para as combinações inimagináveis decorrentes do cruzamento de informações, as empresas conseguem atuar de forma preditiva. Assim, conseguem prever quais serão as necessidades e interesses dos seus consumidores.

Diante da relevância do tema - uma vez que os consumidores são impactados com ações de *marketing* de forma ininterrupta na *web*, seja por preenchimento de formulários para ter acesso à itens promocionais, por exemplo, ou, de forma mais corriqueira, através das escolhas (ou a falta do poder de escolha) nos *banners* de *cookies*, faz-se necessário uma reflexão acerca dos instrumentos de proteção jurídica que o consumidor possui no ordenamento jurídico brasileiro.

Como ponto de partida para a análise deste tema, analisar-se-á o caso C-673/17 *Planet49*, com enfoque na decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia que trouxe quatro considerações relevantes para a temática. Ainda, na qualidade de objetivos específicos, busca-se compreender de que forma os dados pessoais são

protegidos pela legislação brasileira e, conseqüentemente, os limites impostos às empresas no que tange ao tratamento desses dados coletados através dos *cookies*.

Inicialmente, o trabalho traz um breve resumo do caso com as problemáticas envolvidas e as decisões que surgiram. Num segundo momento, destaca-se o núcleo da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia. Por fim, faz-se uma análise crítica da decisão realizando um cotejo com as normas do ordenamento jurídico brasileiro, partindo da Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor, Marco Civil da Internet e, finalmente, Lei Geral de Proteção de Dados e o Guia Orientativo da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) sobre os *banners* de *cookies*.

A metodologia utilizada para a realização deste resumo classifica-se como exploratória, com levantamento de informações por meio de pesquisa bibliográfica, consultando-se livros, artigos e conteúdos na internet sobre os assuntos aqui retratados. Além de consultas às doutrinas, às decisões do caso em debate e legislações brasileiras que envolvem a temática.

O método de pesquisa adotado é o hipotético-dedutivo e interpretativo a partir da análise do problema posto na pesquisa e da hipótese apresentada.

## 1 BREVE RESUMO DO CASO C-673/17 PLANET49

Em 24 de setembro de 2013, a Planet49 GmbH (*Planet49*), empresa de jogos alemã, organizou um jogo promocional em seu *website*. Para participar do jogo, os usuários interessados precisavam preencher um formulário com o seu código postal e, em seguida, eram encaminhados para uma página em que deveriam informar seus nomes e endereços<sup>2</sup>.

Nessa página, havia duas opções: (1) na primeira, que não estava previamente assinalada, os participantes precisavam marcar uma caixinha de opção concordando que "patrocinadores e parceiros de cooperação" informassem, "por via postal ou telefônica ou por correio eletrônico/SMS sobre ofertas dos seus ramos de negócio", podendo indicar pessoalmente os parceiros ou concordar com a lista

---

<sup>2</sup> O caso C-673/17 pode ser consultado no link: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=218462&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PT&cid=1082854>.

integral (que continha o nome, endereço, ramo de atuação e a forma de comunicação das publicidades de 57 empresas); (2) na segunda, que já estava previamente assinalada, os participantes poderiam desmarcar a opção pré-validada de concordância com a instalação do serviço de análise *Web Remintrex* em seus dispositivos, permitindo à *Planet49* instalar *cookies* para avaliar os "hábitos de navegação e utilização de sítios Web de parceiros publicitários, possibilitando assim uma publicidade orientada para os meus interesses por parte da Remintrex".

Embora fosse obrigatório que o usuário assinalasse a primeira caixa de seleção para poder participar do jogo promocional, a segunda caixa de seleção, que já estava previamente assinalada, não era obrigatória. Assim, o usuário poderia retirar a sua concordância com o segundo texto.

Em março de 2014, a *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV* ("Federação das organizações e associações de consumidores – Federação das organizações de consumidores, Alemanha", doravante referida apenas como "Federação") ajuizou uma demanda judicial coletiva contra a *Planet49*, alegando que as informações prestadas pela companhia e a utilização das duas caixas de seleção não atendiam os requisitos da legislação em relação ao consentimento do usuário para o armazenamento e acesso de *cookies*. Ainda, a ação requereu que a empresa fosse condenada a pagar-lhes a quantia de 214 euros, acrescida de juros.

A ação foi julgada parcialmente procedente pelo Tribunal Regional de Frankfurt am Main. A Federação recorreu ao Tribunal Regional Superior de Frankfurt am Main, que entendeu pela total improcedência do pedido, fundamentando que o usuário poderia desmarcar a caixa relacionada à instalação de *cookies* e que, de todo modo, a informação fornecida pela empresa sobre a utilização dos *cookies* era clara.

O caso chegou ao Tribunal de Justiça Federal da Alemanha, que suspendeu o julgamento e submeteu ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) quatro questões prejudiciais a respeito da legislação da União Europeia. Resumidamente, a questão tratou de saber se é válido o consentimento dado por um usuário a uma opção pré-marcada por prestadores de serviço à luz da ePrivacy Directive e da Diretiva 95/46/CE, relativa à proteção das pessoas singulares, revogada pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) em 25 de maio de 2018.



## 2 DO NÚCLEO DA DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Preliminarmente, o TJUE entendeu que o RGPD deveria ser levado em conta, pois “o processo instaurado pela Federação se destina a obrigar a *Planet49* a cessar o seu comportamento para o futuro”. Na fundamentação da decisão, destacou-se que a associação do número atribuído aos dados de registro do dispositivo utilizado ao nome e endereço do usuário ao preencher o formulário “personaliza os dados armazenados pelos *cookies* quando o utilizador recorre à Internet, pelo que a recolha desses dados através de *cookies* se traduz num tratamento de dados pessoais”.

No que tange às questões endereçadas pelo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha, as conclusões alcançadas no acórdão foram as seguintes: (i) o consentimento obtido mediante uma opção pré-validada que precisa ser desmarcada pelo usuário para fins de recusa é inválido, pois a manifestação de vontade “deve, nomeadamente, ser ‘específica’, no sentido de que deve incidir precisamente sobre o tratamento de dados pessoais em causa e não pode ser deduzida de uma manifestação de vontade que tem um objeto distinto” (arts. 2º, alínea f e 5º, nº 3 da Diretiva 2002/58 e art. 2º, alínea h da Diretiva 95/46); (ii) o uso de *cookies* é um tipo de tratamento de dado pessoal. Porém, o art. 5º, nº 3, da Diretiva 2002/58 refere-se ao “armazenamento de informações” e à “possibilidade de acesso a informações já armazenadas”, sem qualificá-las como dado pessoal. Isso significa que o Considerando 24 da Diretiva 2002/58 protege a privacidade, e não apenas os dados pessoais; (iii) de acordo com o art. 6º, nº 1, alínea a, do RGPD, o consentimento decorrente de uma opção pré-validada é inválido, pois o RGPD passou a exigir um consentimento ativo. O acórdão mencionou o Considerando 32 do RGPD, segundo o qual “o consentimento pode ser dado validando uma opção ao visitar um sítio Web na Internet. Em contrapartida, o referido considerando exclui que “o silêncio, as opções pré-validadas ou a omissão” constituam um consentimento”; (iv) a disponibilização de informações “claras e completas” prescrita pelo art. 5º, nº 3 da Diretiva 2002/58 “incluem a duração do funcionamento dos *cookies* e a possibilidade ou não de terceiros terem acesso a esses *cookies*”.

### 3 ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO: UM COTEJO COM AS NORMAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Após estudar a decisão do caso *Planet49*, alguns questionamentos em relação ao ordenamento jurídico brasileiro vêm à tona. Se este caso se desse no Brasil, quais leis poderiam ser invocadas para a proteção dos usuários?

Inicialmente, cumpre esclarecer que *cookies* são arquivos de texto com pequenos pedaços de dados. Os dados armazenados em um *cookie* são criados pelo servidor no momento de sua conexão. Estes dados são etiquetados com um ID exclusivo para o usuário e o seu computador. Quando o *cookie* é trocado entre o computador do usuário e o servidor de rede, o servidor lê a ID e sabe exatamente quais informações servem para o usuário. Eles podem ser depositados ou lidos, por exemplo, ao consultar um *website*, um aplicativo, ao usar um *software*.

Os dados pessoais dos cidadãos são um fator vital para a engrenagem da economia da informação. Ao interagirmos, pesquisarmos algum produto ou serviço na internet ou nas redes sociais, os servidores acumulam os mais diversos dados pessoais dos usuários. Uma vez logado, o usuário passa a fornecer um rico perfil de si, que é o que viabiliza o direcionamento do marketing (BIONI, 2021, p. 18).

Essas transformações do mercado de consumo desafiam a proteção do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro, exigindo o estudo e interpretação de suas normas. O desafio é aplicar as normas existentes no nosso ordenamento jurídico às novas situações que surgem no mercado e em identificar quando a aplicação de determinada norma é suficiente ao não, se é necessário o diálogo das fontes ou não, sempre observado o fundamento constitucional de defesa do consumidor na forma da lei (MIRAGEM, 2019, p. 18).

Não há menção expressa aos *cookies* nas normas brasileiras. Contudo, não se pode dizer que as normas brasileiras não tragam reflexos diretos no uso dessa tecnologia pelo mercado (PALHARES, 2022, p. 50).

No que tange aos pontos (i) e (iii) da decisão do TJUE descritos no tópico anterior, verifica-se no ordenamento brasileiro, conforme dispõe o art. 5º, inciso XII que o consentimento manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular

concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.

Segundo Tepedino e Teffé (2020, p. 94-103), o consentimento é livre uma vez que o titular pode escolher entre aceitar ou recusar a coleta de determinado cookie, por exemplo e, não poderá sofrer nenhum tipo de cerceamento de vontade. O consentimento deve ser informado, ou seja, o usuário precisa estar ciente, consciente do que está consentindo. Além disso, o consentimento precisa se dar de forma granular, podendo o usuário decidir, escolher, quais *cookies* ele permitirá o tratamento. O titular precisa ter ao seu dispor as informações necessárias e suficientes para avaliar corretamente uma situação e a forma como os seus dados serão tratados. Por fim, a manifestação de vontade precisa ser inequívoca, deve ocorrer de forma clara, sendo relevante analisar o grau e a qualidade da interação entre as partes. Por isso que políticas de *cookies*, *cookies* já aceitos, já marcados não estão em conformidade com a LGPD.

Sobre o ponto (ii) da decisão, importa referir que a legislação própria sobre proteção de dados pessoais (LGPD) protege tanto dados quanto informações, desde que vinculadas a um dado pessoal tornando o usuário identificado ou identificável. Assim, depende da análise casuística.

A proteção do consumidor na Constituição Federal consta de forma expressa no art. 5º, inciso XXXII<sup>3</sup>, bem como no art. 170, inciso V<sup>4</sup>, como um princípio da ordem econômica.

A Carta trouxe, através da Emenda Constitucional nº 115 de 2022, a inclusão da proteção dos dados como um direito fundamental expresso na Constituição Federal, no art. 5º, inciso LXXIX<sup>5</sup>. O que eleva o tema da proteção de dados a um novo patamar, associado a alguns princípios e direitos fundamentais como o princípio da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental (implicitamente positivado) ao

---

<sup>3</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

<sup>4</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V - defesa do consumidor.

<sup>5</sup> Art. 5º (...) LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

livre desenvolvimento da personalidade, do direito geral de liberdade, direito da proteção da personalidade, bem como os direitos à privacidade e à intimidade (SARLET; SAAVEDRA, 2020, p. 42-43), considerando as transformações impostas pelo mundo digital.

O Código de Defesa do Consumidor não indicou de forma explícita as práticas consideradas como assédio de consumo e também não tinha como prever a situação que vivemos de publicidade interruptiva nas redes sociais.

O que temos no diploma legal são os artigos 30<sup>6</sup>, 31 *caput*<sup>7</sup> e 37<sup>8</sup>, que tratam acerca da proteção do consumidor quanto à oferta e à publicidade. Apesar de termos no nosso ordenamento jurídico a proteção legislativa aos tipos ilícitos de publicidade enganosa ou abusiva, isso não é suficiente para combater o constante assédio sofrido pelo consumidor no meio digital (VERBICARO; VIEIRA, 2021, p. 9).

Ademais, ainda que o Código não tenha tratando especificamente da proteção da privacidade nas redes, há previsões que esboçam preocupação com a necessidade de informação, transparência e proteção dos dados, segundo os artigos 6º, III<sup>9</sup> e 43<sup>10</sup> (KONDER; SOUZA, 2019, p. 9).

---

<sup>6</sup> Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

<sup>7</sup> Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

<sup>8</sup> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

<sup>9</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

<sup>10</sup> Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir

O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14), consolida a proteção de dados pessoais como um princípio para o uso da Internet no Brasil (art. 3º, III<sup>11</sup>), garantindo o direito da pessoa de não ter de fornecer os seus dados pessoais, salvo se houver o consentimento livre, expresso e informado (art. 7º, VII<sup>12</sup>), nos termos da lei (BASAN, 2020, p. 7-8).

De acordo com o art. 2º<sup>13</sup>, é fundamento da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018 - LGPD) o desenvolvimento econômico e tecnológico, a inovação, a livre-iniciativa e a livre concorrência (MALDONADO; OPICE BLUM, 2019, p. 37-40). Num mundo cada vez mais digital e rápido, as empresas precisam contar com as atividades de *marketing* para atrair e reter os seus clientes, gerando valor para a sua marca, produto ou serviço. Entretanto, com advento da LGPD as atividades de marketing sofreram impactos, uma vez que o tratamento de dados pessoais precisa estar enquadrado em pelo menos uma das dez hipóteses legais elencadas no art. 7º da LGPD. Assim, as atividades como o uso de *cookies* foi impactado pela Lei.

Na segunda quinzena de outubro de 2022, a ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados) lançou um guia orientativo sobre os *cookies* e a proteção dos dados pessoais<sup>14</sup>.

---

sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. § 6º Todas as informações de que trata o **caput** deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.

<sup>11</sup> Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: (...) III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

<sup>12</sup> Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: (...) VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet.

<sup>13</sup> Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; II - a autodeterminação informativa; III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

<sup>14</sup> Documento disponível em <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protecao-de-dados-pessoais.pdf>>. Acesso em 07 nov. 2022.

Segundo a ANPD, o *banner* de primeiro nível é aquele apresentado ao usuário ao acessar a página de qualquer site. Este documento deve disponibilizar botão de fácil visualização, que permita rejeitar todos os *cookies* não necessários e desativar *cookies* baseados no consentimento por padrão (opt-in). Já o *banner* de segundo nível, diz respeito à Política de *Cookies*, acessível ao usuário que clicar no link correspondente. A ANPD recomenda que o documento identifique as bases legais utilizadas, de acordo com cada finalidade/categoria de *cookie*, utilizando o consentimento como principal base legal, exceção feita aos *cookies* estritamente necessários, que podem se basear no legítimo interesse; classifique os *cookies* em categorias no *banner* de segundo nível; permita a obtenção do consentimento específico de acordo com as categorias identificadas; disponibilize um botão de fácil visualização, que permita rejeitar todos os *cookies* não necessários.

De acordo com a orientação da ANPD, o legítimo interesse pode ser utilizado nos casos dos *cookies* estritamente necessários. A autoridade entende que são aqueles "essenciais para a adequada prestação do serviço ou para o funcionamento da página eletrônica, o que pode ser entendido como uma forma de apoio e promoção de atividades do controlador e de prestação de serviços que beneficiem o titular (art. 10, I e II, LGPD)".

Em outras palavras, as empresas podem utilizar a base legal do legítimo interesse desde que seja elaborada a documentação específica de um LIA<sup>15</sup> (Legitimate Interest Assessment) que é fundamental para a tomada de decisão e a documentação da prestação de contas esperada pela lei.

Partindo da ideia de que a análise caso a caso revelará se o legítimo interesse é uma base legal possível ou não, a ANPD reforça que "a utilização de *cookies* para fins de medição de audiência (*cookies* analíticos ou de medição) pode ser amparada na hipótese legal do legítimo interesse em determinados contextos, observados, em qualquer hipótese, os requisitos previstos na LGPD. Em particular, é razoável supor

---

<sup>15</sup> O LIA é um teste de proporcionalidade que visa averiguar a possibilidade de aplicação da base legal do legítimo interesse (art. 10) frente à situação concreta, submetendo as pretensões do controlador aos requisitos previstos na lei, a fim de checar se o pretendido tratamento de dados atende às exigências legais de finalidade, necessidade e proporcionalidade. Cumpre referir que além do LIA é necessário elaborar o Relatório de Impacto, esse documento descreve os processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como apresenta as medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco (art. 5º, XVII da LGPD).

que a medição de audiência constituirá um interesse legítimo do controlador, bem como que os riscos à privacidade de titulares serão de menor monta quando o tratamento se limitar à finalidade específica de identificação de padrões e tendências, com base em dados agregados e sem a combinação com outros mecanismos de rastreamento ou sem a formação de perfis de usuários".

O ponto (iv) da decisão reforça que as informações sobre a duração, funcionalidade e a possibilidade ou não de terceiros terem acesso aos *cookies*, precisam estar dispostas de forma clara e completa.

Sobre esse ponto, o maior dilema que envolve a temática dos *third-party cookies* (*cookies* de terceiros) está ligado por diversos fatores: a falta de aviso prévio claro sobre a utilização dos *cookies*, a ausência de consentimento no armazenamento de *cookies*, falta de transparência, a repetição de condutas equivocadas pelas empresas, falta generalizada de conhecimento técnico dos usuários no assunto e, principalmente, a cultura do "tanto faz", "tanto faz que colem os meus dados".

Acerca dos *cookies* de terceiros, o documento<sup>16</sup> declara que seria, sim, possível a aplicação da base legal do legítimo interesse, contudo, ressaltando que, quando associada a práticas que podem implicar maior risco à privacidade e aos direitos fundamentais dos titulares, como as de formação de perfis comportamentais, análise e previsão de preferências e comportamentos ou, ainda, rastreamento do usuário por páginas eletrônicas distintas, o consentimento é a base legal mais adequada.

O guia orientativo da ANPD reforça que a necessidade de atenção e respeito aos princípios do livre acesso e da transparência (art. 6º, IV e VI da LGPD), que impõem ao agente de tratamento a obrigação de fornecer aos titulares informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a forma do tratamento, o período de retenção e as finalidades específicas que justificam a coleta de seus dados por meio de *cookies*. Também é importante que sejam fornecidas informações sobre o eventual compartilhamento de dados com terceiros e sobre os direitos assegurados ao titular.

---

<sup>16</sup> Documento disponível em <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protecao-de-dados-pessoais.pdf>>. Acesso em 07 nov. 2022.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após analisar os principais fundamentos do TJUE em cotejo com as normas do ordenamento jurídico brasileiro, pode-se concluir que mais importante do que fundamentar o tratamento dos dados na base legal adequada, é o titular dos dados e as empresas terem as ações de marketing com o uso dos dados pessoais balanceados e em consonância com a proteção constitucional e consumerista.

Mesmo que as empresas sigam as determinações da LGPD e as orientações propostas pela ANPD, sabe-se que na prática não há o cumprimento destas normas. A pesquisadora propõe o seguinte teste: "acesse o *website* de qualquer grande portal de notícias, *site* de compras de passagens aéreas e verifique: Você recebeu algum aviso sobre o uso de *cookies*, com informações claras e completas sobre as finalidades da ferramenta, seu período de retenção, os terceiros, todos, que terão acesso aos *cookies*, ou como fazer para deletá-las do seu dispositivo? Foi necessário dar o seu consentimento livre, inequívoco, expresso e informado? Você leu a Política de *Cookies*, Política de Privacidade ou Aviso de Privacidade do *website*?"

Independentemente da espécie de consentimento, o que presencia-se na prática é uma ideia utópica de consentimento, uma vez que a maioria das pessoas não leem as permissões que habilitam e, quando leem não entendem ou desistem de ler em razão da complexidade da matéria ou, ainda, simplesmente ignoram e concordam aderindo à cultura do "tanto faz".

A LGPD não pretende engessar as práticas preditivas, o que se verifica é que a Lei demarca uma nova lógica no perfil de tutela dos dados pessoais no Brasil, "mais afinada à dimensão objetiva dos direitos fundamentais" (RODRIGUEZ, 2021, p. 148).

Em que pese não haja, até o presente momento, nenhum dispositivo expresso sobre o tema, pode-se utilizar do diálogo das fontes para ponderar e ajudar a decidir, segundo os valores constitucionais, os casos de conflito, resolvendo-os, assim, de forma coerente e orientada pelos valores presentes na Constituição Federal a fim de proteger os consumidores (BENJAMIN; MARQUES, 2018, p. 39).



## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (**Código de Defesa do Consumidor**). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em 27 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 27. nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (**Marco Civil da Internet**). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em 27 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (**Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm)>. Acesso em 27 nov. 2022.

BASAN, Arthur Pinheiro. Habeas mente: Garantia fundamental de não ser molestado pelas publicidades virtuais de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 131/2020. p. 149 - 176. Set - Out /2020. Disponível em: <<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000183d6d97c72b2cf0e74&docguid=i565163a0fd1011eaba17bcc307deb0a7&hitguid=i565163a0fd1011eaba17bcc307deb0a7&spos=2&epos=2&td=6&context=40&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 27 de abr. 2022.

BENJAMIN, Antônio Herman Benjamin; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: Uma homenagem a Erik Jayme. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 115/2018. p. 21-40. Jan-Fev/2018. Disponível em: <<https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1042/911>>. Acesso em 27 de abr. 2022.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

KONDER, Carlos Nelson de Paula; SOUZA, Amanda Guimarães Cordeiro de. Onerosidade do acesso às redes sociais. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 121/2019. p. 185 - 212. Jan - Fev/2019. Disponível em: <<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000183d6d72128ecc97b63&docguid=i82883ab046e211e99d6901000000000&hitguid=i82883ab046e211e99d69010000000000&spos=1&epos=1&td=302&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 27 de abr. 2022.

MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 102/2015, p. 19-43, Nov - Dez/2015.

MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 125/2019. p. 17 - 62. Set - Out/2019. Disponível em:  
<<https://revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000183d6de2ca5f0eabbaf&docguid=I4b8a8990e0df11e98be7010000000000&hitguid=I4b8a8990e0df11e98be7010000000000&spos=1&epos=1&td=335&context=120&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk>>. Acesso em 27 de abr. 2022.

NÓBREGA MALDONADO, Viviane; OPICE BLUM, Renato. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. **O direito fundamental à proteção de dados: vigilância, privacidade e regulação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Fundamentos jusfilosóficos e âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados. In: **Proteção de dados e Inteligência artificial: perspectivas éticas e regulatórias**. **RDP**, Brasília, v. 17, n. 93, p. 38-39, maio/jun. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. TEFFÉ, Chiara Spadaccini. O consentimento na circulação de dados pessoais. **Revista Brasileira de Direito Civil**. **RBD Civil**. Belo Horizonte, v. 25, p. 83-116, jul./set. 2020.

VERBICARO, Dennis; VIEIRA, Janaína. A nova dimensão da proteção do consumidor digital diante do acesso a dados pessoais no ciberespaço. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 134/2021. p. 195-226. Mar - Abr/2021. Disponível em:  
<<https://revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000183d6e3eccc32cc915e&docguid=Ibd71608098ec11eb9bdeea7617664467&hitguid=Ibd71608098ec11eb9bdeea7617664467&spos=3&epos=3&td=72&context=155&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk>>. Acesso em 27 de abr. 2022.



