



ABHNER YOUSSEF MOTA ARABI
FERNANDO MALUF
MARCELLO LAVENÈRE MACHADO NETO

Coordenadores

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA 30 ANOS DEPOIS

UMA ANÁLISE PRÁTICA DA
EFICIÊNCIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO
MINISTRO LUIZ FUX

Em 5 de outubro de 1988, um novo marco se instaurava na história constitucional brasileira. A sétima Constituição de nossa história ali se apresentava com a pretensão de inaugurar novos tempos em nossa nação, propugnando por valores que conduziram, durante sua concretização, a uma maior promoção da cidadania e da igualdade material.

Em 2018, nossa Constituição chega aos 30 anos. Já é a segunda mais longeva de nosso período republicano e apresenta, ainda, perspectiva de longos anos de vigência. Além de ser este um momento de celebração de seu aniversário, é tempo também de se fazer um balanço entre aquilo que o texto prometia, aquilo que se conseguiu alcançar e os pontos em que ainda podemos – e devemos – avançar. O que será que constituímos nesses 30 anos?

Marcada por sua extensão e pela diversidade de temas que abrange, apresentava já desde sua origem um extenso rol de direitos fundamentais, um de seus pilares mais essenciais. Estes são o foco principal desta obra coletiva, elaborada e concretizada a várias mãos: uma coletânea de artigos que se destina ao estudo da evolução prática e da eficiência da aplicação de diversos direitos fundamentais ao longo dos 30 anos da Constituição da República, notadamente no tocante à atuação do Supremo Tribunal Federal.

Os estudos são realizados em homenagem ao Ministro Luiz Fux, como gesto que todos os coautores ora fazemos aos seus muitos anos de vida pública e de serviços prestados ao país, bem como à sua cotidiana luta pela concretização dos direitos fundamentais, a partir de sua longa e respeitosa atuação perante os mais diversos órgãos do Poder Judiciário.

É com muita alegria que lançamos, então, ao público esta obra coletiva, na expectativa de contribuir ao contínuo progresso e à concretização dos direitos fundamentais.

Área específica

DIREITO CONSTITUCIONAL

Áreas afins

DIREITO PÚBLICO. DIREITOS HUMANOS.
DIREITOS FUNDAMENTAIS

Público-alvo/consumidores

JURISTAS E ESTUDIOSOS DO DIREITO PÚBLICO,
EM ESPECIAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL.

ADEMAIS, A OBRA POSSUI TAMBÉM COMO
PÚBLICO-ALVO ESTUDANTES DE GRADUAÇÃO E
PÓS-GRADUAÇÃO DE FACULDADES DE DIREITO
EM GERAL.

FORMATO: 17x24 cm
CÓDIGO: 10001532

C758

Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux / Abhner Youssif Mota Arabi, Fernando Maluf, Marcello Lavenère Machado Neto (Coord.). - Belo Horizonte : Fórum, 2019.

472p. ; 17cm x 24cm.

ISBN: 978-85-450-0598-8

1. Direito. 2. Direito Constitucional. 3. Direito Público. 4. Direitos Humanos. 5. Direitos Fundamentais. I. Arabi, Abhner Youssif Mota. II. Maluf, Fernando. III. Machado Neto, Marcello Lavenère. IV. Título.

2018-1312

CDD: 342

CDU: 342

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; MACHADO NETO, Marcello Lavenère (Coord.). *Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux.* Belo Horizonte: Fórum, 2019. 472p. ISBN 978-85-450-0598-8.

ABHNER YOUSSEIF MOTA ARABI

Juiz de Direito (TJSP). Foi assessor de Ministro do STF (2014-2018). Autor dos livros: *Terceirização: uma leitura constitucional e administrativa; Mandado de Segurança e Mandado de Injunção; A Tensão Institucional entre Judiciário e Legislativo*; coordenador da obra *Direito Financeiro e Jurisdição Constitucional*. Pós-Graduado em Ordem Jurídica e Ministério Público (FESMPDFT/2018) e em Direito Administrativo (2015).

FERNANDO MALUF

Advogado de Demarest Advogados. Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Convidado da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo. Autor de capítulos de livros e artigos jurídicos.

MARCELLO LAVENÈRE MACHADO NETO

Graduado e mestrando pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Advogado na Marcello Lavenère Machado Advocacia. Pesquisador do GETRIB – Grupo de Pesquisa Estado, Constituição e Tributação, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Vice-presidente da Comissão de Arbitragem da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Distrito Federal. Integrante da Comissão de Assuntos e Reforma Tributária da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Distrito Federal. Coordenador da coluna “Matriz Tributária” do Migalhas. Professor e Palestrante.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Abhner Youssif Mota Arabi, Fernando Maluf, Marcello Lavenère Machado Neto13

O SUPREMO E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Marco Aurélio Mello	15
Introdução	15
1 O princípio da presunção de não culpabilidade.....	16
2 A jurisprudência do Supremo desde a Constituição de 1988 até o julgamento do <i>Habeas Corpus</i> nº 84.078.....	18
3 O julgamento do <i>Habeas Corpus</i> nº 126.292 e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44.....	21
Conclusão	25

O PAPEL DO SENADO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: A INTERPRETAÇÃO A SER CONFERIDA AO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Gilmar Ferreira Mendes	27
I Reflexões iniciais	27
II A suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988.....	34
III A repercussão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal sobre as decisões de outros tribunais.....	35
IV A suspensão de execução da lei pelo Senado e mutação constitucional.....	37
V Conclusão	45
Referências	49

O HABEAS CORPUS COLETIVO

Ricardo Lewandowski.....	51
1 Introdução	51
2 Alegações dos impetrantes e intervenientes	52
3 Instrução do feito.....	54
4 Exame da preliminar	57
5 Fundamentos da decisão	60
6 Concessão da ordem e outras determinações	74
7 Considerações finais.....	75

ACESSO À JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL

José Antonio Dias Toffoli	77
1 Introdução	77
2 O acesso à Justiça na Constituição de 1988.....	78
3 Desafios à efetividade da Justiça no Brasil	80
4 Acesso à ordem jurídica justa e mecanismos adequados de resolução de conflitos	81
5 Meios adequados de resolução de conflitos no Brasil: recentes avanços.....	84
5.1 Antecedentes	84
5.2 Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário	85
5.3 O novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação	86
6 Considerações finais	90
Referências	91

ESTADO E DIREITO ENTRE CATIVOS E CIDADÃOS

Luiz Edson Fachin, Fernanda Bernardo Gonçalves	93
1 Nota de entrada	93
2 Elementos sobre a experiência dos Estados Unidos da América	95
3 O Brasil em meio a heranças.....	100
4 A Constituição Federal de 1988 e sua perspectiva	104
5 Nota de fecho	109
Referências.....	110

ESTADO LAICO E A CONSTITUCIONALIDADE DO ENSINO RELIGIOSO DE MATRÍCULA FACULTATIVA

Alexandre de Moraes	111
I Introdução	111
II Estado laico e liberdade de crença	112
III Singularidade da previsão constitucional do ensino religioso baseado nos dogmas da fé	115
IV Conclusão	124

AS LIBERDADES PÚBLICAS E O SUPREMO: 30 ANOS DE UMA NOVA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL

Abhner Youssif Mota Arabi	127
1 Introdução	127
2 O regime constitucional das liberdades públicas	129
3 As liberdades públicas perante o STF: casos de destaque.....	132
3.1 ADPF nº 130: não recepção da Lei de Imprensa	132
3.2 HC nº 82.424: liberdade de expressão e o discurso de ódio.....	135
3.3 ADI nº 4.815: as biografias não autorizadas	138
3.4 Os temas do futuro.....	139
4 Conclusões.....	140
Referências.....	142

A ENTREVISTA PESSOAL DO PRESO COM O DEFENSOR PÚBLICO SOB ENFOQUE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Aldo José Barros Barata de Oliveira	145
--	-----

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE MANIFESTAÇÃO NAS REDES SOCIAIS

Ana Paula de Barcellos, Felipe Mendonça Terra	155
I Da utopia ao desencanto	155
II Controle da liberdade de expressão nas redes sociais: o Marco Civil da Internet e a remoção de conteúdo.....	162
III Propaganda eleitoral e redes sociais.....	166
IV Conclusão	170

A CULPA DEVE SER DO SOL: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE AS COTAS RACIAIS NO BRASIL

Andréa Magalhães	171
1 Introdução	171
2 Uma triste realidade: há racismo no Brasil e as cotas raciais ainda são muito necessárias.....	172
3 O Supremo e a constitucionalidade conglobante das ações afirmativas	177
4 Análise prática da eficiência das cotas raciais: dados e propostas.....	183

O PRINCÍPIO DA MORALIDADE NAS ELEIÇÕES: OS CASOS FICHA LIMPA

André Ramos Tavares	191
1 Demanda popular pela moralidade na política: os casos ficha limpa.....	191
2 Eleições justas: entre amplitude de participação e moralidade.....	193
3 Limitações do preceito da moralidade como exceção à ampla elegibilidade.....	196
4 Hipóteses objetivas de limitações ao <i>jus honorum</i> : a opção pelos candidatos com ficha limpa	197
5 A presunção de não culpabilidade e a ficha limpa.....	199
6 A garantia de segurança jurídica na Lei da Ficha Limpa	200
6.1 Hipótese de retrospectividade.....	200
6.2 Posição inicial pela aplicabilidade da Lei às eleições de 2010 no TSE.....	202
6.3 Posição do STF: inaplicabilidade da Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010	203
6.4 Casos individuais em que a inelegibilidade permaneceu em 2010 por ausência de recurso ao Supremo Tribunal Federal	204
7 Recentes mudanças jurisprudenciais com aceleração da incidência da Lei da Ficha Limpa.....	205
8 Conclusões.....	207
Referências.....	208

ARBITRAGEM: JURISDIÇÃO, MISSÃO E JUSTIÇA

Carlos Alberto Carmona, José Augusto Bitencourt Machado Filho	209
1 Introdução	209
2 Arbitragem para quê? As reais vantagens do instituto	212
2.1 As vantagens tradicionalmente apontadas.....	212
2.2 Para além das vantagens clássicas: virtudes ainda pouco reconhecidas.....	216
3 Arbitragem para quem?	217
3.1 Desafogamento, sim, mas não do Poder Judiciário.....	217
3.2 A arbitragem em um sistema multiportas.....	218
4 A arbitragem é diferente	220
4.1 Escopos tradicionais da jurisdição.....	220
4.2 Escopos da jurisdição aplicados à arbitragem	220
5 Arbitragem: uma criatura à parte	222
5.1 Considerações gerais.....	222
5.2 Arbitragem e o – suposto – sistema de precedentes	223
6 Algumas palavras à guisa de conclusão	225

A (IM)POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE O ESTADO FORNECER MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E/OU SEM REGISTRO NA ANVISA

Celso Xavier, Amanda Sampaio.....	227
I Considerações preliminares.....	227
II O regime jurídico do direito à saúde após a Constituição Federal de 1988.....	228
III Necessária diferenciação entre medicamentos ainda não aprovados no Brasil (sem registro na Anvisa) e novos medicamentos ainda não testados pelo Sistema Único de Saúde (chamados “de alto custo”)	238
IV A Suprema Corte e a busca por parâmetros em matéria de saúde.....	239
V Conclusão	248

NOVAS TECNOLOGIAS E AS BARREIRAS CONSTITUCIONAIS À INTERVENÇÃO ECONÔMICA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Cláudio Finkelstein, Fernando Maluf	251
I Introdução	251
II As barreiras à intervenção econômica à luz da livre iniciativa	254
III As barreiras à intervenção econômica à luz da livre concorrência	257
IV As barreiras à intervenção econômica à luz do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão	259
V As barreiras à intervenção econômica à luz da inovação	261
VI Conclusão	263
Referências	264

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA INTEGRIDADE DOS RECLUSOS: AS POSSIBILIDADES DE INDENIZAÇÃO PARA PRESOS

Daniel Kaufman Schaffer, Julia Schulz Rotenberg.....	267
1 Introdução	267
2 Direitos fundamentais assegurados aos reclusos	271
3 Contornos gerais da responsabilidade civil do Estado.....	274
4 A responsabilidade civil do Estado pela integridade dos reclusos e as possibilidades de indenização	278
4.1 Responsabilidade civil do Estado pela morte de detentos.....	278
4.2 Responsabilidade civil do Estado por falta ou insuficiência de condições legais de encarceramento.....	281
5 Reflexões e desafios em torno da forma de reparação.....	284
6 Conclusão	287
Referências	288

O DIREITO AO RECONHECIMENTO

Daniel Sarmiento	293
1 Introdução	293
2 A teoria contemporânea do reconhecimento	295
3 O reconhecimento na Constituição brasileira	302

4	Direitos universais e reconhecimento	307
5	Direitos específicos e reconhecimento.....	308
6	Conclusão	315

HUMOR, POLÍTICA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDIÃO DA DEMOCRACIA: A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE CRÍTICA POLÍTICA EM PROCESSOS ELEITORAIS

Gustavo Binenbojm.....	317
I Introdução	317
II As dimensões substantiva e instrumental da liberdade de expressão	318
III O sistema constitucional da liberdade de expressão e a sua posição preferencial	321
IV Liberdade de expressão e regime jurídico dos serviços de radiodifusão: inexistência de fundamentos para tratamento diferenciado em relação a outros veículos de comunicação.....	326
V Liberdade de expressão e lisura do processo eleitoral.....	327
VI A inconstitucionalidade do art. 45, II, da Lei nº 9.504/1997	329
VII Inconstitucionalidade do art. 45, III (em parte), da Lei nº 9.504/1997.....	332
VIII A decisão do Supremo Tribunal Federal: intervenção a favor, e não contra a democracia.....	336

NOTAS ACERCA DO CHAMADO “DIREITO AO ESQUECIMENTO” NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO

Ingo Wolfgang Sarlet.....	341
1 Introdução	341
2 O direito ao esquecimento na condição de direito fundamental implicitamente positivado	342
3 Reconhecimento e proteção do direito ao esquecimento pelo STJ.....	346
4 As decisões do STJ em perspectiva crítica e algumas conclusões	354
Referências	357

DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS HOMOSSEXUAIS: UM AVANÇO NECESSÁRIO PARA CONSOLIDAÇÃO DE UMA CONSTITUIÇÃO CADA VEZ MAIS CIDADÃ E SOLIDÁRIA

Marcello Lavenère Machado Neto, Tomás Imbroisi Martins.....	359
1 Introdução	359
2 Contexto histórico	361
3 Questões de saúde pública.....	362
4 Questões constitucionais	366
Conclusões.....	372
Referências.....	374

JURISDIÇÃO PRÓ-MAJORITÁRIA? MAIS UMA TIPOLOGIA DAS FUNÇÕES DO STF SOB A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Pedro Felipe de Oliveira Santos	375
Prólogo.....	375
1 Introdução	376
2 Constituições e jurisdição constitucional como instituições políticas	379
3 Para além da jurisdição constitucional contramajoritária: proteção de direitos fundamentais na pauta majoritária?.....	383
4 Uma nova tipologia de funções para a jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal sob a égide da Constituição de 1988.....	387
5 Conclusão	394

INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO VS. DURAÇÃO RAZOÁVEL DOS PROCESSOS: DA CLASS ACTION AO LEAVE TO APPEAL

Sidnei Beneti	397
1 A multiplicação de direitos.....	397
2 Proteção de novos direitos fundamentais de massa: <i>macrolides</i>	398
3 Prescrições constitucionais e processuais do início ao fim dos processos	398
4 Instrumentos processuais de garantia multitudinária de direitos fundamentais.....	399
5 Faltou instrumentalizar alguma forma de <i>leave to appeal</i>	400
6 A dispersão dos julgamentos recursais.....	401
7 Instrumentos do Código de Processo Civil de 2015.....	402
8 Uma solução à procura de um autor	403

SEPARAÇÃO DE PODERES E CAPACIDADES INSTITUCIONAIS:
O CASO DA PÍLULA DO CÂNCER

Thiago Lôbo Fleury.....	405
1 Introdução	405
2 <i>Quaestio iuris</i> submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal – Uma contextualização necessária.....	407
3 Relação Parlamento e agências reguladoras: novos contornos das teorias da capacidade institucional e da reserva de administração	408
4 Conclusão	416
Referências.....	417

DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO:
PROTEÇÃO DE DADOS NA ERA DIGITAL

Thiago Luís Sombra.....	419
I Introdução	419
II Modelos regulatórios e suas principais características	420
III Consentimento e a proteção de dados de pessoas a partir dos diversos modelos regulatórios	421
III.1 APEC	421
III.2 FTC	422
III.3 Austrália	424
III.4 Canadá	426
IV Transferência internacional de dados.....	428
IV.1 APEC	428
IV.2 FTC	430
IV.3 Austrália.....	430
IV.4 Canadá	432
V Conclusões.....	433

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO BRASIL:
UMA CONTRIBUIÇÃO PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Valter Shuenquener De Araujo	435
1 Introdução	435
2 Em busca de um conceito e função para o Direito Administrativo Sancionador	437
3 Dificuldades enfrentadas pelo Direito Administrativo Sancionador no Brasil.....	439
3.1 Federalismo despreocupado com a sistematização do Direito Administrativo Sancionador.....	440
3.2 Falta de um catálogo de direitos e institutos do Direito Penal que possa ser transportado para o Direito Administrativo Sancionador	440
3.3 Dúvidas sobre os limites de atuação punitiva do administrador diante do princípio da legalidade	442
3.4 Falta de uma lei geral no Brasil sobre Direito Administrativo Sancionador	443
4 Sugestões para o aprimoramento do Direito Administrativo Sancionador brasileiro....	444
4.1 Incentivo à especialidade em detrimento da generalidade.....	444
4.2 Estímulo à colegialidade e participação popular nos órgãos de controle.....	445
4.3 Apoio à transação	445
4.4 Preocupação maior com a função ordenadora/regulatória do Direito Administrativo Sancionador.....	446
4.5 Empoderamento maior das autoridades com poder sancionatório para a adoção de sistemas punitivos do modo independente	446
5 Conclusões.....	447

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Walter Godoy dos Santos Junior.....	449
-------------------------------------	-----

SOBRE OS AUTORES	469
------------------------	-----