

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

Belo Horizonte

 **F1 FÓRUM**

2019

© 2019 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virgínia Prado Soares
André Ramos Távares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Estes foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail <editorial@editoraforum.com.br> para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

C758	<p>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.</p> <p>472p. ; 17cm x 24cm.</p> <p>ISBN: 978-85-450-0598-8</p> <p>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.</p> <p>2018-1312</p>	<p>CDD: 342 CDU: 342</p>
------	--	------------------------------

Elaborado por Wagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

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.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Abhner Youssif Mota Arabi, Fernando Maluf, Marcello Lavenère Machado Neto 13

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 *jus honorum*: 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