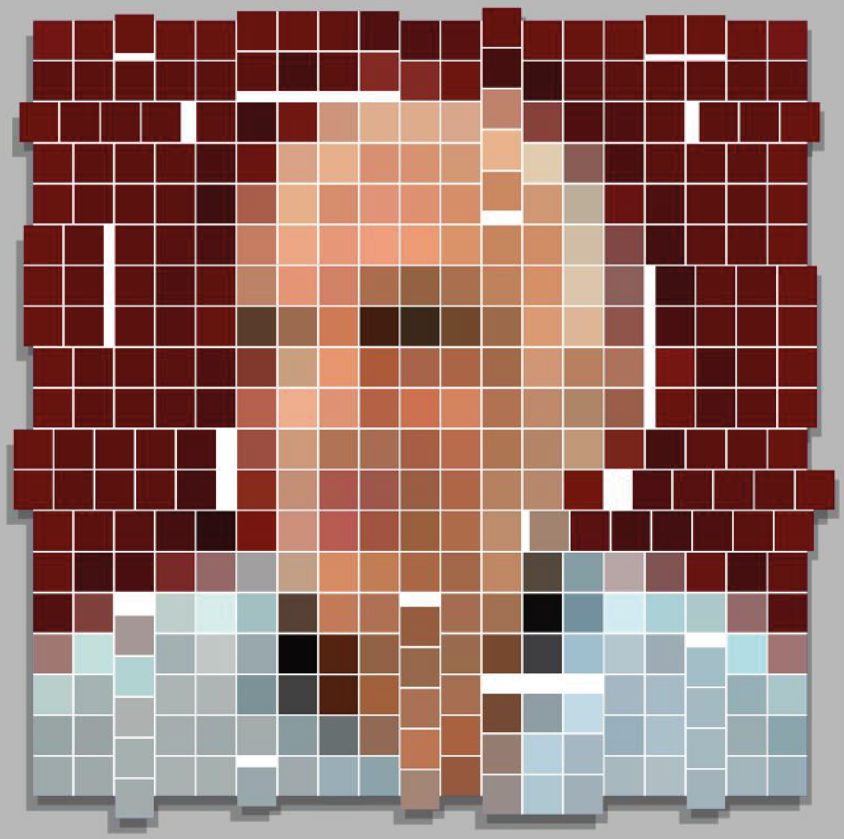
ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO

Em Homenagem ao Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha



Francisco **Luciano Lima** Rodrigues
(Organizador)

ESMEC
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

Francisco **Luciano Lima** Rodrigues
(Organizador)

ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO

EM HOMENAGEM AO DESEMBARGADOR **FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA**

Prefácio: Luiz Edson Fachin

Editora Metrics
Santo Ângelo – Brasil
2024

Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons
https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0

Imagem da capa: José Guedes
Revisão: Editora Metrics

CATALOGAÇÃO NA FONTE

E82 Estudos de direito público : em homenagem ao Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha / organizador: Francisco Luciano Lima Rodrigues ; prefácio: Luiz Edson Fachin. - Santo Ângelo : Metrics, 2024.
518 p. ; 23 cm

ISBN 978-65-5397-253-7
DOI 10.46550/978-65-5397-253-7

1. Direito público. 2. I. Rodrigues, Francisco Luciano Lima (org.).

CDU: 342

Responsável pela catalogação: Fernanda Ribeiro Paz - CRB 10/ 1720

Rua Antunes Ribas, 2045, Centro, Santo Ângelo, CEP 98801-630

E-mail: editora.metrics@gmail.com

https://editorametrics.com.br

Conselho Editorial

Dra. Berenice Beatriz Rossner Wbatuba	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dra. Cláudia Taís Siqueira Cagliari	ATITUS Educação, Passo Fundo, RS, Brasil
Dra. Cristina Rezende Eliezer	PUC Minas, Belo Horizonte, MG, Brasil
Dr. Douglas Verbicaro Soares	UFRR, Boa Vista, RR, Brasil
Dr. Eder John Scheid	UZH, Zurique, Suíça
Dr. Fernando de Oliveira Leão	IFBA, Santo Antônio de Jesus, BA, Brasil
Dr. Glaucio Bezerra Brandão	UFRN, Natal, RN, Brasil
Dr. Gonzalo Salerno	UNCA, Catamarca, Argentina
Dra. Helena Maria Ferreira	UFLA, Lavras, MG, Brasil
Dr. Henrique A. Rodrigues de Paula Lana	UNA, Belo Horizonte, MG, Brasil
Dr. Jenerton Arlan Schütz	UNIJUÍ, Ijuí, RS, Brasil
Dr. Jorge Luis Ordelin Font	CIESS, Cidade do México, México
Dr. Luiz Augusto Passos	UFMT, Cuiabá, MT, Brasil
Dr. Manuel Becerra Ramirez	UNAM, Cidade do México, México
Dr. Marcio Doro	USJT, São Paulo, SP, Brasil
Dr. Marcio Flávio Ruaro	IFPR, Palmas, PR, Brasil
Dr. Marco Antônio Franco do Amaral	IFTM, Ituiutaba, MG, Brasil
Dra. Marta Carolina Gimenez Pereira	UFBA, Salvador, BA, Brasil
Dra. Mércia Cardoso de Souza	ESEMEC, Fortaleza, CE, Brasil
Dr. Milton César Gerhardt	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dr. Muriel Figueredo Franco	UZH, Zurique, Suíça
Dr. Ramon de Freitas Santos	IFTO, Araguaína, TO, Brasil
Dr. Rafael J. Pérez Miranda	UAM, Cidade do México, México
Dr. Regilson Maciel Borges	UFLA, Lavras, MG, Brasil
Dr. Ricardo Luis dos Santos	IFRS, Vacaria, RS, Brasil
Dr. Rivetla Edipo Araujo Cruz	UFPA, Belém, PA, Brasil
Dra. Rosângela Angelin	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dra. Salete Oro Boff	ATITUS Educação, Passo Fundo, RS, Brasil
Dra. Vanessa Rocha Ferreira	CESUPA, Belém, PA, Brasil
Dr. Vantoir Roberto Brancher	IFFAR, Santa Maria, RS, Brasil
Dra. Waldimeiry Corrêa da Silva	ULOYOLA, Sevilha, Espanha

Este livro foi avaliado e aprovado por pareceristas *ad hoc.*

ESMEC
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

Sumário

Prefácio: Uma presença que diz a que veio 11
Luiz Edson Fachin

Nota do Organizador 15
Francisco Luciano Lima Rodrigues

Capítulo 1 - Indeterminação conceitual da razoabilidade temporal e a limitação da aferição do "tempo médio de tramitação" processual ..17
Alcides Saldanha Lima

Capítulo 2 - O Novo CPC, o Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Processo Administrativo 39
Alexandre Freitas Câmara

Capítulo 3 - Tecnologia. Passado, presente e futuro. Inquietações de um nonagenário.....51
Alberto Silva Franco

Capítulo 4 - Breves Reflexões sobre os Novos Princípios Constitucionais do Sistema Tributário Nacional 69
Denise Lucena Cavalcante

Capítulo 5 - Reflexões Sobre o Direito.....81
Dimas Macedo

Capítulo 6 - Constitucionalismo Abusivo e Democracia Defensiva 93
Edilberto Carlos Pontes Lima

Capítulo 7 - Quem vê Tese, não Enxerga Precedente: uma Análise do Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais 107
Emilio de Medeiros Viana

Capítulo 8 - Inteligência Artificial e os Direitos Fundamentais: Preservação Necessária em Tempos de Avanço Tecnológico.....145
Francisco Luciano Lima Rodrigues

Capítulo 9 - O Direito a uma Cognição Adequada: Indo Além do Ideal de Imparcialidade 165
Fernando Braga Damasceno
Valquíria Maria Novaes Menezes Fraemam

Capítulo 10 - Os Impactos da Era Digital na Democracia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos 177
Flávia Piovesan
Letícia Antonio Quixadá

Capítulo 11 - O Poder Judiciário e o Estado de Exceção 199
Gilberto Bercovici

Capítulo 12 - Precedentes Judiciais: uma Visão Crítica do Uso nos Tribunais do Brasil.....209
Hugo de Brito Machado Segundo

Capítulo 13 - O Supremo Tribunal Federal, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade 221
Ingo Wolfgang Sarlet
Gabrielle Bezerra Sales Sarlet

Capítulo 14 - A Arbitragem Tributária como Medida de Justiça 253
João Gabriel Laprovitera Rocha

Capítulo 15 - A função Jurisdicional e o Perfil do Magistrado no Estado Democrático de Direito.....277
Joriza Magalhães Pinheiro

Capítulo 16 - A Propósito do Constitucionalismo Decorrente do Golpe Civil-Militar de 1964.....295
Filomeno Moraes

Capítulo 17 - Direitos Sexuais como Expressão do Livre Desenvolvimento da Personalidade: o Papel do Estado e (Des) Proteção da Mulher com Deficiência 317

Joyceane Bezerra de Menezes
Ana Paola Castro Lins

Capítulo 18 - A Efetividade da Prestação Jurisdicional no Modelo Processual Cooperativo Brasileiro.....335

Juvêncio Vasconcelos Viana
Bruno Pimentel Feitoza

Capítulo 19 - Jurisprudencialização do Direito e os Modelos de Juiz na Literatura: Compreendendo o Papel do Intérprete do Direito 345

Lenio Luiz Streck

Capítulo 20 - A Independência Judicial na Jurisprudência da Corte IDH: Parâmetros para Conter Arroubos Autoritários em Tempos de Erosão Democrática.....365

Marcelo Roseno de Oliveira

Capítulo 21 - A Redução do *Quantum* Apenatório para Aquém do Mínimo Legal: uma Medida de Direito e de Justiça 385

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

Capítulo 22 - Incongruências no Código de Processo Civil de 2015: Codificar é Preciso, Interpretar não é Preciso 405

Mantovanni Colares Cavalcante

Capítulo 23 - Processo Penal e Democracia: a (Suposta) Teoria dos Princípios Diante dos Limites Semânticos do Texto, por Ocasião do Agravo em Recurso Extraordinário 848.107/DF.....423

Felinto Alves Martins Filho
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Capítulo 24 - Alteração de competência por cooperação judiciária e os desafios para a definição do juízo responsável pela prática dos atos.....441

Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão

Capítulo 25 - O Novo Espaço Público na Era da Informática e a Responsabilidade Democrática das Plataformas Digitais.....471

Raquel Cavalcanti Ramos Machado

Capítulo 26 - Controle de Constitucionalidade: de Marshall a Rui Barbosa.....483

Roberto Rosas

Capítulo 27 - Uma Década do Sistema de Cotas Raciais em Concursos Públicos e a Interpretação de Três Tribunais Brasileiros: Possibilidades e Desafios.....487

Teodoro Silva Santos

Capítulo 28 - O Controle Judicial da Função Político-Fiscalizatória Exercida pelo Poder Legislativo 501

Tiago Asfor Rocha Lima

André Garcia Xerez Silva

Prefácio

Uma presença que diz a que veio

É dever constitucional realizar o ideário de uma sociedade livre, justa e solidária. O Judiciário tem muito a ver com esse múnus. A literatura jurídica também. Saber de onde viemos e para qual rumo caminhamos, eis a inquietação que desassossega. Não se trata, em termos éticos, de repetir obsequiosamente o passado como formalidade, nem de proceder a uma abusiva recusa rebelde. A liberdade de mirar o porvir requer memória e responsabilidade.

Ao prefaciar esta obra, acedendo ao generoso convite que me dirigiu a organização do volume por meio do Desembargador Luciano Lima, da Universidade de Fortaleza, creio integrar-me nesse acervo de memória e de responsabilidade. Há um tempo para a "vita activa", e há um momento para balanços e inventários. Eis o sentido de cumprir a vida, de levar a cabo a missão que se nos apresenta. E aí que se presentifica quem sabe a que veio a essa jornada.

Assim se postou o ilustre magistrado homenageado. O Desembargador Fernando Ximenes, unindo conhecimento e experiência, soube semear, cultivar e colher os frutos da missão que o destino lhe assinalou. Soube mesmo entender que há lugar para todos ao sol. É o *Kairós* que está em Eclesiastes (capítulo 3, versículo 1): "Há um tempo para cada coisa debaixo do sol, tempo de plantar, de colher, de nascer, de viver e de morrer...".

Saber a que viemos requer ir ao encontro dialógico do que a vida traduz como interpelante e como vocação. É sabido que o exercício da magistratura não prescinde do diálogo lhano e franco. Tenho dito às partes e seus defensores quando em audiência comigo em meu gabinete no tribunal: falho é o juiz que não dialoga com as partes e seus legítimos interesses, e com seus advogados, e não tem olhos para os fatos. Como magistrado constitucional nove anos faz, intento prática que procura saber ao dever do diálogo e da escuta profunda, sempre por evidente equidistante.

Depreendo do conteúdo da homenagem estarmos diante de justo merecimento. É de exemplos assim que a justiça e o País têm necessidade em seus momentos interpelantes, naqueles em que é imperioso olhar agudo sobre a responsabilidade ética de cada um de nós, uma vez que não

há função nem gestão acima dos deveres da ética, transparente, posta à luz do sol, sem desculpas e indolências. Daí porque, como afirmou Brecht, *a verdade é filha do tempo e não da autoridade*.

É essa experiência e esse elevado grau de conhecimento que traz consigo FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA, a mencionar, dentre tantos títulos obtidos, o mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), na qual foi professor adjunto de Direito Constitucional e hoje, aposentado (2011). É desembargador pelo quinto constitucional e decano do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. No Judiciário cearense, foi presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE) (biênio 2007/2009), tendo sido também diretor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) (biênio 1997/1998).

Antes de adentrar à magistratura, estabeleceu-se como advogado militante, Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Ceará, também se alçou a Procurador-Geral do Estado, no período de 15/03/1991 a 08/04/1994. Integrante de entidades e diversos institutos acadêmicos, publicou numerosos livros e artigos em periódicos especializados. Condecorações e merecimentos incluem a prestigiosa Medalha do Mérito do Judiciário Clóvis Beviláqua (conferida pelo Tribunal de Justiça do Ceará).

Soube haurir do tempo a espacialidade do saber e da empiria. Eis aí um bom conjunto de ferramentas epistêmicas nos dias correntes.

Registre-se, aliás, vivermos momentos de perscrutar as interrogações. Dilui-se a autoridade do Direito, espraia-se a tirania da maioria para avançar contra as cláusulas pétreas e derrubar as garantias constitucionais. É certo asseverarmos que o tempo moderno parece andar a contrapelo. Quem procura um sentido ético e moral da existência percebe o presente como um caminho quiçá à beira de abismos, num contexto inóspito e lacerante. Avizinha-se uma grave crise institucional. Isso, entretanto, não assombra, eis aí um pressuposto: a ética existencial que não se faz de aparências, de gestualidade. Requer práticas, comportamentos, para que cada pessoa e a própria sociedade sejam portadoras de grandeza e de esperança. Requer diálogo, e especialmente escuta profunda.

Essa dimensão somente é compatível com a coragem do respeito à diferença, ao dissenso, à capacidade de distinguir entes e instituições, diferenciar a aparência da essência.

Vejo aqui um elogiável exercício de estudo e de investigação teórica em oblação ao jurista homenageado. É um preito à razão. O saber, como

conhecimento e método, também se banha nas águas que emergem do discernimento, porquanto a ciência é ao mesmo tempo teoria e ação, pensamento e empiria. Ela também chama para si, no nível teórico mais elevado ou na experimentação mais refinada, a exploração das possibilidades e o reconhecimento de limites. O *telos* do entendimento científico requer padrões de racionalidade para tornar uma abstração em evidência. Chances e riscos tanto da engenharia genética quanto a inteligência artificial, por exemplo, ao lado da grave crise ambiental e da emergência dos Direitos da Natureza, são tempestades perceptíveis, desafiadoras para problematizar suscitações que se descortinam neste século. Os textos aqui reunidos dão belíssima amostra de tantas interrogações e de alguns caminhos a seguir.

A teoria jurídica em busca de dizer a que veio tece bons livros. E vai ao campo da realidade para fazer a sua contraprova. Há lugar aí para o "senso comum democraticamente esclarecido" – para utilizar a expressão de Jürgen Habermas. Compreender esse contexto sugere diálogo entre conhecimento e experiência, isto é, requer ter vivenciado, escutado e testado.

Associo-me aos juristas dos mais diversos ramos da investigação acadêmica ao destacar razões e justiça na homenagem que tributam. São textos que reunidos com o fio condutor da teoria e da prática, da crítica e da reflexão, aportam ideias e problematizações cuja tessitura oferece mosaico expressivo das questões centrais do Direito contemporâneo.

Bem haja a organização da presente obra que traduz apreço à dedicação e à jornada de afazeres relevantes para o Direito e para sociedade levada a efeito pelo eminente jurista homenageado.

Luiz Edson Fachin
Ministro do Supremo Tribunal Federal

Nota do Organizador

A publicação do livro *Estudos de Direito Público: em Homenagem ao Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha* representa um tributo merecido a um magistrado cuja trajetória de 30 anos no Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE) se confunde com a recente história da Justiça cearense.

A obra celebra o trabalho do Desembargador Fernando Ximenes que, além de uma atuação técnica impecável, se destacou em todas as tarefas que lhe foram atribuídas. Com efeito, o homenageado exerceu diversas funções, dentre elas a Presidência do Tribunal de Justiça, onde promoveu mudanças estruturais que serviram de alicerce para que o Poder Judiciário cearense alcançasse o atual estágio de reconhecida excelência. Além disso, com seu talento e conhecimento, influenciou na formação de uma jurisprudência robusta no tocante ao controle de constitucionalidade e na defesa intransigente dos direitos humanos.

Esta homenagem tem um significado ainda mais especial para mim, pois tive a honra de trabalhar diretamente com o Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha, na condição de Juiz Auxiliar, durante seu mandato como Presidente do Tribunal de Justiça do Ceará. Acompanhar de perto sua liderança e dedicação ao Judiciário foi uma experiência marcante. Pude testemunhar o respeito profundo que ele conquistou não apenas entre seus pares no TJCE, mas também junto aos demais Poderes, onde observei que sua presença sempre era recebida com admiração e confiança, refletindo a seriedade e a competência que marcam toda sua trajetória.

A intenção de homenagear o Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha era um propósito acalentado há muito tempo e que, por ocasião da comemoração do transcurso dos seus 30 anos como magistrado, se tornou possível materializar nesta coletânea de textos que abordam o direito público.

Não foi difícil reunir renomados juristas, professores e magistrados que aceitaram, com entusiasmo, colaborar com a homenagem. Esse acolhimento caloroso é um reflexo claro do apreço que o homenageado desperta na comunidade jurídica e da relevância de sua atuação tanto como magistrado quanto como professor.

O livro é, portanto, uma expressão do reconhecimento pelas lições proferidas por Fernando Luiz Ximenes Rocha – de integridade, compromisso com a justiça e respeito ao ser humano, além de um testemunho de como a Justiça pode ser exercida com competência técnica e sensibilidade humana. O reconhecimento da importância de sua atuação como magistrado, agora registrado em forma de estudos e reflexões, continuará inspirando e orientando a construção de um Judiciário mais eficiente, transparente e comprometido com a Constituição.

Que esta obra, fruto da admiração e respeito de colegas e discípulos, sirva não apenas para celebrar uma trajetória, mas também para inspirar todos que acreditam na Justiça como valor fundamental de uma sociedade democrática.

Fortaleza - CE, novembro de 2024.

Francisco **Luciano Lima** Rodrigues

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Doutor em Direito pela UFPE. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação

Mestrado/Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor Associado 4 da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Diretor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.

Capítulo 1

Indeterminação conceitual da razoabilidade temporal e a limitação da aferição do "tempo médio de tramitação" processual

Alcides Saldanha Lima[1]

1 Introdução

É com grande satisfação que se contribui com o presente estudo para obra publicada pela Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC em homenagem aos 30 anos de judicatura do professor e desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha, decano do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Com o homenageado este autor tem mantido relação de admiração e respeito pessoal e intelectual desde 1985, quando foi seu aluno na disciplina "Direito Civil I – Parte Geral", no curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – Fadir/UFC. Desde então, muitos foram os entrelaçamentos pontuais de caminho. Desses destaca-se três de especial significado: a posse como procurador do Estado do Ceará, em 1992; o recebimento do prêmio "Procuradoria Geral do Estado", em 1994, ambos por sua condição à época de procurador-geral do Estado do Ceará e sua substituição na disciplina "Direito Constitucional" na Fadir/UFC, em 1996, por minha condição à época de professor substituto.

Inicialmente voltado ao direito privado, o homenageado migrou para o direito público, mais especificamente para o direito constitucional. De advogado público e privado migrou para magistratura. Nada mais adequado, acredita-se, do que honrar sua trajetória com uma reflexão que encontre seus referenciais na previsão constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII) em cotejo com a quantificação do tempo médio de tramitação processual, aferida anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça e publicizada pelo "Justiça em Números". Conciliam-se assim dois

1 Juiz federal na Seção Judiciária do Ceará. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. MBA em Administração do Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Especialista em Direito Digital pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM. https://orcid.org/0009-0002-8056-2558

dos recorrentes interesses do homenageado: o respeito e proteção à ordem constitucional e o exercício adequado da jurisdição.

A presente investigação busca examinar a importância do tempo para o homem, o direito e o processo judicial e como a solução para o conflito de interesses deve ser célere e segura, proferida em tempo razoável. Bem assim, quais elementos devem ser considerados para aferição da razoabilidade temporal e finalmente, qual a conveniência e relevância de se quantificar o tempo médio de tramitação processual.

A reflexão sobre o tema se justifica, pois importa saber se é possível aferir a razoável duração de um processo a partir da duração de seus congêneres ou se é imperioso que se examine o caso concreto, em suas únicas e incontornáveis adversidades.

Há relevância nas conclusões a serem alcançadas, pois a confusão entre tempo médio de tramitação processual e razoável duração do processo pode distorcer a compreensão das partes acerca da adequada condução do processo pelo Poder Judiciário.

2 A importância do tempo para o homem, o direito e o processo

Na mitologia grega, alegoricamente, o tempo, a desordem e a morte foram expulsos do mundo dos deuses para o mundo dos homens, restabelecendo-se a harmonia e equilíbrio do cosmo, pela vitória de Zeus sobre Tífon. Gerado por Gaia e Tártaro, o monstro personifica o caos, a desordem, a violência ..., tudo quanto se oponha ao cosmos, à ordem, à harmonia. Se Tífon ganhasse, seria o fim da edificação do cosmos harmonioso e justo; se Zeus ganhasse, a justiça reinaria sobre o universo. O embate titânico proporcionou aos deuses o controle das forças do caos e o alcance da perfeição de seu mundo (cosmos) e a transferência para o mundo dos homens (Terra) das (supostas) imperfeições (os referidos: tempo, desordem e morte). Ocorre, porém, que a perfeição e o equilíbrio são imóveis (e tediosos) e estas imperfeições (aparentes), resquícios do caos, é que movem o cosmos (minimamente). A vitória de Zeus proporcionou aos homens a integração do tempo, da vida e da história numa ordem finalmente equilibrada (Ferry, 2008, p. 71-83).

Tudo que é finito, materialmente limitado, necessita do tempo para tornar-se o que é: ser a partir do não ser. Nas palavras de Romeiro (2008, p. 230): "o tempo se faz necessário porque, no presente, a existência é marcada pela limitação – o não ser".

O homem não é sujeito ativo do tempo, mas objeto da cronologia inexorável (eventos, datas, etc.), irreversível. É escravo da sequencialidade dos momentos de consciência. Vive na sua evanescência: "o passado que 'já não é', o futuro que 'ainda não é' e o 'presente' que é fluente de um ao outro ou sem espessura própria" (Silva, 1992, v. 5, p. 60). Nas palavras de Gianneti (2006, p. 67): "O presente foge, o passado é irrecobrável e o futuro, incerto".

A tradição mitológica grega estabelecia a distinção entre *khronos* e *kairos*, entre o tempo medido pelo calendário, pelo relógio, pela rotina, determinado entre limites, e o tempo indeterminado, mas "certo" e "oportuno", medido pelo sentimento. Enquanto o primeiro quantifica, o segundo qualifica. *Kairos* é o tempo que muda o significado do tempo cronológico, sequencial (significante).

Tempo é, portanto, medida de existência, de vida, por isso a sanha pela antecipação (que custa) e a ojeriza pelo retardar (que rende). O tempo contemporâneo é o da urgência, da premência.

Se o tempo tem inegável relevância para o homem também tem para o direito, um de seus mais nobres objetos de criação (cultural), isto porque também existe na mesma dimensão e lhe rege a conduta, as incontáveis hipóteses de ter-que-ser-para-o-outro ou interferência intersubjetiva.

O direito, enquanto relação, decorre da incidência da norma jurídica sobre o fato social, fenômeno que pressupõe a coincidência entre a hipótese descrita abstrata e genericamente na norma e o fato concreto, ocorrido no espaço-tempo. Estabelecida a relação, duas hipóteses se apresentam: o cumprimento da obrigação, pela prestação; o descumprimento da obrigação, pela não-prestação. Nesta segunda hipótese, é de se aplicar a sanção ou, em última *ratio*, a coação.

A aplicação da coação é monopólio do Estado moderno que suprimiu da sociedade a autotutela. Esta função – dita jurisdição – se realiza através do processo, cuja noção implica a realização de uma atividade ao longo do tempo.

Entre o momento em que segundo o direito material deveria ter se realizado a prestação e o momento em que é efetivamente obtida judicialmente, através da sentença ou mesmo da execução forçada, medeia necessariamente tempo. O processo, é de reconhecer-se, jamais será meio de realização perfeita e ideal do direito material, pois precisa de tempo para ser realizado e circunscreve-se ao humanamente alcançável.

A relevância do tempo para o processo é reconhecida pela doutrina, como se constata da afirmação de Carnelutti, citado por Baptista da Silva (2008, v. 1, t. 1, p. 151):

> [...] o valor que o tempo tem para o processo é imenso e, em grande parte desconhecido. Não seria exagero comparar-se o tempo a um inimigo contra o qual o juiz luta sem descanso. De resto, também sob este aspecto o processo é vida. As exigências que se apresentam ao magistrado, com relação ao tempo, são três: detê-lo, retroceder ou acelerar o seu curso (*Diritto e processo*, nº 232). Duração é inerente à categoria processo.

A atividade jurisdicional submete-se à tensão exercida pelas partes na incessante busca de acelerar ou retardar a marcha do processo segundo suas conveniências: acelerar para obter, com máxima brevidade, a satisfação de seu direito; retardar o funcionamento judiciário para usufruir das conveniências decorrentes do objeto litigioso. Em certa medida, é um conflito entre as manifestações de *khronos* e *kairos*. Cada parte percebe o tempo segundo seu significado e significante, segundo seu interesse em ser atendido mais rápido ou mais lentamente. E, ainda segundo seu sistema de referência: sua posição processual.

Não é correto, neste contexto, acreditar que ambas as partes do processo desejam a mesma coisa ou colaboram para sua tramitação do mesmo modo. Os comportamentos são diferentes e contrapõe-se, regem-se e refletem, em princípio, a paixão (interesse) em torno do objeto litigioso e mesmo a ética a ela subjacente.

O processo é instituto essencialmente dinâmico, pois é da sua natureza não se exaurir instantaneamente, mas sim prolongar-se no tempo, ser duradouro. Os atos processuais são realizados em vários momentos sucessivos e etapas procedimentais. Um processo instantâneo seria inexistente, pois não seria o que deveria ser, careceria do que lhe é essencial: tempo para formação e desenvolvimento. A tutela definitiva do direito violado – identificação da sanção aplicável e possível aplicação da coação adequada à sua efetivação - pressupõe tempo para revelação da verdade, formal (processo cível) ou material (processo criminal) dos fatos dos quais decorre.

Além do tempo necessário para sua formação e desenvolvimento, no qual são construídas as soluções jurídicas que deve conter – eleição da "melhor" interpretação da norma à luz do dever de fazer justiça diante dos fatos - há o tempo no qual seus efeitos repercutem, mesmo após sua

conclusão, pois as decisões judiciais vocacionam-se à estabilização das relações e à permanência.

Se o objeto do direito é a justiça, o processo é um instrumento do direito a serviço da justiça. O processo somente será um bom instrumento do direito se também for um bom meio para se alcançar a justiça. Direito e processo não se realizam em si mesmos, não são apenas instrumentos de proteção, senão de construção de uma sociedade justa, onde a expressão cunhada por Watanabe: "processo a serviço do bem da vida".

Arremate-se com as oportunas conclusões de Romeiro (2008, p. 230):

> [...] assim como o processo é instrumento do direito, é o meio pelo qual este se põe a serviço da justiça; o tempo pode ser considerado como o instrumento do processo. Um instrumento que pode, certamente, viabilizar ou impedir o cumprimento de sua função, isto é, a realização do justo como manifestação histórica da justiça. O que pode ser percebido também pela associação entre o princípio da celeridade e os direitos humanos [...].

Custo-duração são, nesse contexto, os eixos em torno dos quais gravitam os males atribuídos à jurisdição contemporânea, conforme reverbera Dinamarco (2001, p. 140).

É forçoso aquiescer com as oportunas palavras de Viana (2006, p. 53): "[...] se a resposta do Poder Judiciário vem em tempo razoável e oportuno, maior será o grau de satisfação para parte triunfante e melhor será também a própria aceitação dos termos da decisão em relação à parte sucumbente".

3 O acesso à justiça e jurisdição

O movimento por acesso à justiça é o mais expressivo e exitoso de uma importante transformação do pensamento jurídico contemporâneo: concentrar-se na efetividade da justiça e instrumentalidade do processo como meios de acesso à função jurisdicional, especialmente dos hipossuficientes. É responsável por importantes reformas normativas e institucionais em um crescente número de países, inclusive o Brasil. Nas palavras de Cappelletti (1991, p. 144) esse movimento é a: "[...] principal resposta à crise do direito e da justiça em nossa época". O seu objetivo é a superação dialética do antagonismo estabelecido entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, que será alcançada pela mitigação desta em favor daquela.

É cânone do Estado Democrático de Direito contemporâneo a consagração constitucional do chamado "acesso à justiça", com efeito, o processo é instrumento político de participação social na medida em que por seu intermédio realizam-se os direitos fundamentais individuais e coletivos e efetiva-se a democracia. Trata-se de pressuposto de existência e permanência, pois, como alerta Santos (2007, p. 10): "A frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar à desistência da democracia e, com isso, à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia".

O direito de acesso à justiça decorre do princípio-mor da dignidade da pessoa humana, fundante do estado de direito. Assume no ordenamento jurídico posição única na espécie, pois afigura-se como meio de efetivação dos demais direitos fundamentais. Nesse sentido manifesta-se Duarte (2007, p. 330):

> O direito de acesso à justiça (onde está compreendido, portanto, o direito de acesso aos tribunais e ao justo processo) não só tem como base jusfundamental a dignidade da pessoa humana, mas é dotado de uma relevância qualificada, à exata medida que assegura a própria realização dos demais direitos fundamentais. À míngua de tal garantia, os direitos e interesses subjetivos (todos eles, frise-se) carecem de qualquer condição de praticabilidade, tornando-se meras proclamações formais, completamente esvaziadas de conteúdo.

Neste diapasão, estabelece a vigente Constituição no art. 5º, XXXV que: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito". Desse princípio reitor se extraía o direito de ação; o direito a um processo legalmente estabelecido, cujo procedimento deve assegurar a paridade de armas, vale dizer o contraditório e a ampla defesa; o princípio do juiz natural etc.

O acesso à jurisdição só é efetivo se todos da sociedade podem se valer dos meios judiciais disponíveis à tutela de seus direitos/interesses em pé de igualdade (*par conditio*) com seu contenedor, independentemente das possíveis distinções de cunho social, econômico e cultural.

A expressão "acesso à justiça", a par das várias definições que se lhe empresta a doutrina, enfeixa duas finalidades essenciais do sistema de direito: acessibilidade a todos e produção de resultados individual e socialmente justos. Não se trata, assim, de mero acesso à Justiça enquanto instituição estatal, mas de acesso à ordem jurídica justa.

Com propriedade explícita Watanabe (1988, p. 135):

> São dados elementares desse direito [ao acesso à Justiça]: 1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente à cargo de especialistas e orientação à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país. 2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; 3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; 4) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características.

No contexto em que se desenvolve o presente estudo, importa considerar que não há justiça substancial quando a pretensão não é solucionada ou o é somente tardiamente pelo Poder Judiciário.

Às tentativas históricas de superação dos obstáculos, com ruptura dos conceitos e práticas tradicionais, correspondem às chamadas "ondas renovatórias" do acesso à Justiça. No Brasil, experiencia-se a "terceira onda", focada na instrumentalidade do processo e na efetividade das decisões, que se traduziu remotamente nas inúmeras alterações simplificadoras do processo, especialmente o civil, a partir de 1994 e proximamente na Emenda Constitucional nº 45/2004 – primeira parte da chamada "reforma" do judiciário – e no Código de Processo Civil de 2015.

O tema de que se trata, portanto – tempo médio de tramitação processual e processo justo, insere-se no contexto contemporâneo da "terceira onda" de concretização do acesso à justiça.

4 Prestação jurisdicional e efetividade

Efetividade é conceito que se aplica aos fatos decorrentes da vontade do homem, do que "sai de nós", não aos da natureza, que estão "fora de nós". Nas palavras de Irti (2009, p. 8)[2]: "Efetiva é a história humana, o mundo que edificamos no tempo com o nosso pensar e nosso agir". Diz com as ações que produzem efeitos, modificando a realidade e correspondendo às expectativas daqueles a quem se dirige ou aproveita.

Do ponto de vista jurídico, "O adjetivo 'efetivo' está entre as notas dominantes do 'Ordenamento jurídico'. Efetividade do corpo social é direito: não está fora dele, primeiro ou depois que seja, mas se identifica

2 No original: "Effettiva è la storia umana, il mondo che edifichiamo nel tempo con il nostro pensare e il nostro agire".

com ele" (Irti, 2009, p. 11)[3]. Cumpre reconhecer, assim, que a efetividade do ordenamento se transpõe para norma e realiza-se no direito.

Efetividade é o fato real de o direito ser observado e aplicado, de uma conduta humana se realizar conforme prevista na hipótese normativa. Representa a materialização, no mundo fenomênico, dos preceitos normativos e simboliza a aproximação, tanto quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Eficácia é a possibilidade de aplicação da norma que descreve e contém o direito. É a aptidão para produzir os efeitos decorrentes de sua incidência, a aplicação da sanção, de irradiar as consequências que lhe são próprias. Diz da aplicabilidade ou executoriedade da norma, por isso não se confunde com efetividade.

Eficiência, por sua vez, é a medida da relação entre meios empregados e resultado alcançado, não se confundindo, por isso, com efetividade.

Esses conceitos, porém, referem-se mutuamente, com efeito, efetividade pressupõe eficácia – somente se realiza concretamente o que tinha potencialmente aptidão para produzir efeitos – e viabiliza-se através da eficiência – somente a otimização do uso dos meios permite a consecução dos fins, na espécie, a concretude fática do direito.

A efetividade do direito, sua existência no mundo social, se realiza através da jurisdição, da dicção da interpretação da norma que deve reger o caso concreto.

A constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição imbrica-se com o princípio da efetividade e da justiça e determina a garantia "de resultado", vale dizer, do nexo teleológico fundamental estabelecido entre o "agir em juízo" e a "tutela" jurisdicional do direito afirmado. Nas palavras de Oliveira (2008, p. 18):

> A situação subjetiva assegurada ao longo do art. 5º da Constituição brasileira se traduz, portanto, no poder de exigir do órgão judicial, em tempo razoável, o desenvolvimento completo de suas atividades, tanto instrutórias, necessárias para a cognição da demanda judicial, quanto decisórias, com emissão de um pronunciamento processual ou de mérito sobre o objeto da pretensão processual, e que possa ser realizado efetivamente do ponto de vista material. Daí decorrem o direito fundamental a um processo justo e o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva e adequada.

3 No original: "L'aggettivo 'effettivo'è tra le note dominanti dell´Ordinamento giuridico. L´effettività del corpo sociale è diritto: non sta fuori di esso, prima o dopo che sia, ma s´identifica com esso."

A tutela jurisdicional efetiva e adequada advém de um processo justo, concretização do valor da segurança no Estado constitucional (Mitidiero, 2007, p. 15-30). Este, por sua vez, depende dos poderes conferidos às partes e aos órgãos jurisdicionais, da conformação dos procedimentos, da adequação das técnicas, das formas de tutela, pois todos esses elementos são decisivos para realização dos valores fundamentais do processo. Nesse sentido manifesta-se Oliveira (2008, p. 19):

> "[...] para o efeito de uma efetividade qualificada não basta readequar a ação processual, [...], mas sim estabelecer meios e procedimentos adequados, de conformidade com técnicas melhor predispostas à realização dos direitos, e principalmente tutelas jurisdicionais seguras e eficientes, além de adequadas." [...] com atendimento às normas de princípio da segurança e da efetividade e emprego de técnicas que visem a uma realização do direito mais apropriada ao caso concreto.

A efetividade depende de variáveis, elementos que elevam ou reduzem seu grau de concreção. Entre estas, encontram-se a racionalidade do sistema processual, a organização do sistema judicial e a maturidade jurídica e política da sociedade, entre outras.

O princípio da efetividade da jurisdição e do processo espraia-se da Constituição para legislação infraconstitucional, especialmente o Código de Processo Civil, e mesmo sobre a conduta de seus operadores/atores (juízes, advogados e membros do ministério público). Do exame da legislação colhem-se manifestações de poderes/deveres instituídos sob a inspiração/fundamento da efetividade, exemplificativamente: a) princípio da celeridade e economia processual; b) disciplina de prazos para prática de atos processuais; c) outorga de poderes ao juiz para adequado impulso do processo; d) emprego de técnicas de aceleração procedimental (julgamento antecipado, antecipações de tutela etc.); e) fórmulas variantes de rito processual; f) imposição de deveres e sanções às partes que postergam a conclusão do processo (litigância de má-fé, retardamento na devolução de autos, declaratórios protelatórios); g) tratamento processual preferencial (a determinados tipos de processo, pela natureza da tutela que viabilizam – mandado de segurança, *habeas corpus*, a determinada parte, pela circunstância – idoso etc.).

A efetividade, a par de sua fluidez, equilibra-se em cinco pilares: a) instrumentos adequados de proteção a todos os direitos; b) disponibilidade concreta e imediata a todos que deles necessite, independentemente de quem sejam os titulares dos direitos (determináveis ou indetermináveis) e de possíveis posições jurídicas de vantagem (fazenda pública, ministério

público, defensoria pública); c) condições de reconstituição dos fatos relevantes dos quais exsurgiriam os direitos e consequentemente formação realista do convencimento do julgador; d) máxima extensão prática do resultado obtido no processo; e) obtenção dos resultados com o mínimo de tempo e energia.

5 O conflito aparente entre segurança jurídica e celeridade processual

O homem necessita de segurança para conduzir adequadamente sua vida. Por isso, o Estado de Direito consagra os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, que se implicam mutuamente. O primeiro, materializa-se através de elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e efetivação de direitos. O segundo, se revela através de elementos subjetivos da segurança – previsibilidade e calculabilidade dos efeitos jurídicos dos atos, especialmente dos Poderes Públicos.

A segurança jurídica implica, portanto, a possibilidade de o direito ser reconhecido e aplicado, o que o torna confiável aos olhos dos que a ele se submetem. A supressão de direito é incompatível com a segurança. A nota essencial do direito fundamental à segurança é a previsibilidade.

A segurança jurídica é o subprincípio concretizador do Princípio do Estado de Direito e materializa-se na estabilidade do ordenamento, na permanência da interpretação e na eficiência da aplicação do direito. Trata-se de direito subjetivo oponível aos três Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário). Enseja esse princípio a confiança dos cidadãos na efetivação dos efeitos previstos nas normas válidas e vigentes do ordenamento jurídico (Canotilho, 1998, p. 252).

A relevância da segurança, com a estabilização das relações jurídicas estabelecidas, enseja as regras de proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, plasmadas no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, corolários da irretroatividade da lei e da supremacia da jurisdição. De igual modo, a legislação infraconstitucional impõe a observância da segurança jurídica, como se constata no art. 2º da lei 9.784/1999, que trata do processo administrativo federal, *v.g*.

O equilíbrio entre o tempo de tramitação do processo e a segurança jurídica é imposição no direito processual do princípio da dignidade da pessoa humana.

A variável tempo remete, no entanto, à quantidade de jurisdição prestada; à segurança à sua qualidade.

Incrementar a efetividade da jurisdição por meio da aceleração do processo pode comprometer a segurança jurídica na exata medida em que reforçar a segurança por meio da desaceleração do processo pode comprometer sua efetividade. São reversos da mesma moeda. A questão subjacente, porém, é o risco de comprometimento da qualidade da jurisdição que se pretende alcançar pela aceleração do processo no qual ela será prestada. Por óbvio, uma não se sustentará sem a outra.

O grande desafio do legislador e do aplicador do direito processual é compor esses dois valores – efetividade/celeridade e segurança, complementares, ainda que permanentemente conflitantes. Isto só será possível pela "adequação" de ambos a uma conformação que materialize o ponto de equilíbrio possível. Adequação da tutela jurisdicional, nas palavras de Oliveira (2008, p. 24) é "a aptidão desta [tutela] para realizar a eficácia prometida pelo direito material, com a maior efetividade e segurança possíveis" [...] e "resulta da ponderação desses dois valores ou direitos fundamentais".

Adequação exige relação empírica entre o meio e o fim, na medida em que o meio deve se prestar à realização do fim. A identificação do meio mais adequado pressupõe a análise do fim cuja promoção é pretendida. Essa análise deve ser feita sob três aspectos: quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza). Quantitativamente, um meio pode promover mais, igual ou menos o fim que outro meio; qualitativamente, pode promover melhor, igual ou pior o fim que outro meio e probabilisticamente, pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim que outro meio. Ocorre, porém, que nem sempre os meios que o legislador ou aplicador deve comparar estão no mesmo nível (quantitativo, qualitativo e probabilístico) ou são conhecidas as circunstâncias ou informações que permitiriam a escolha do meio mais intenso, melhor e mais seguro. Assim sendo, é adequado o meio que promove o fim, ainda que não do modo que se possa considerar, sempre a *posteriori* e do ponto de vista externo, o mais, melhor e mais seguro (Avila, 2006, p. 153-157).

Examinando-se a estrutura e organização contemporâneas do processo verifica-se uma crescente valorização da efetividade sobre a segurança, corolário do aumento significativo de litígios, fruto da sociedade de massa e da pressão por solução rápida. O foco tem sido debelar a

morosidade da justiça prestigiando o valor fundamental da efetividade do processo (Rosito, 2008, p. 24).

No contexto da agilização do trâmite processual, refere a doutrina uma tendência atual à chamada sumarização processual, que pode ocorrer tendo por objeto o procedimento (sumarização formal) ou a cognição (sumarização material). Quando a sumarização é procedimental suprimem-se, abreviam-se e concentram-se os atos processuais com fito de redução dos prazos, isto em decorrência da menor complexidade da matéria. São respeitadas as garantias fundamentais dos litigantes e examina-se completamente a matéria litigiosa. Não há dúvida quanto ao aperfeiçoamento oportuno da coisa julgada material. Quando a sumarização é cognitiva, antecipa-se a tutela definitiva em função da urgência, mesmo não tendo havido exame completo da questão posta em litígio. A consolidação da tutela pressupõe o reexame da matéria, pois houve limitação às garantias dos litigantes. Nessa hipótese deve-se observar mecanismos de contracautela e responsabilidade, materializados na: a) inafastabilidade do dever de fundamentar a decisão fundada em verossimilhança; b) excepcionalidade da postergação do contraditório pela concessão de medida liminar *inaudita altera pars*; c) eficácia dos mecanismos de responsabilização civil do litigante pelos danos que a medida urgente possa causar, inibindo pedidos indevidos e restabelecendo o equilíbrio entre partes; d) provisoriedade e reversibilidade da tutela; e) inversibilidade do dano; f) excepcionalidade da concessão de tutela irreversível; g) contracautelaridade; h) proporcionalidade (Zanferdini, 2011, p. 252-256).

Se por um lado o processo deve garantir às partes oportunidades para alegarem e provarem o que entendam necessário e suficiente à defesa de seus interesses, evitando-se acelerações que violem o devido processo legal, por outro não deve prolongar-se além do necessário, sob pena de prejudicar a tutela do direito pela ineficácia do provimento jurisdicional pretendidos. O equilíbrio entre estas perspectivas - aceleração prejudicial e dilação indevida – encontra-se no âmago do direito fundamental à razoável duração do processo.

Sobre a relação entre segurança jurídica, efetividade e tempo doutrina Tucci (1993, p. 100/101):

> O processo judiciário, como instrumento de composição da lide (em âmbito extrapenal) ou resolutório de conflitos de interesses de alta relevância social (no capo penal), reclama, em homenagem a um elementar postulado de segurança jurídica, o respeito a uma série de

> garantias das partes (due processo of Law), cuja observância se faz incompatível com a precipitação.
>
> [...]
>
> Não se pode olvidar, nesse particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, exigindo um lapso temporal razoável para tramitação do processo, e o da efetividade do mesmo, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário. Obtendo-se um equilíbrio destes dois regramentos – segurança/celeridade – emergirão as melhores condições para garantir a justiça no caso concreto, sem que, assim, haja diminuição no grau de efetividade da tutela jurisdicional.

Não há contraposição, senão implicação, entre eficiência e justiça material. Com efeito, esta é tornada efetiva através daquela. Nem toda celeridade é necessariamente imprópria e indesejável. Na lição de Arruda (2006, p. 110): "A correta observância dos direitos constitucionalmente assegurados às partes não exclui, antes pressupõe uma eficiente atuação da Justiça". Não se trata, portanto, de abrir mão dos direitos e garantias fundamentais processuais sob o pretexto de efetividade através da celeridade, mas de preparar e atualizar os agentes e instituições essenciais à administração da justiça para respeitá-los e torná-los concretos do modo mais célere e eficiente possível.

Não se duvida que o tempo é necessário ao processo, ao cumprimento das garantias que lhe são inerentes – contraditório e ampla defesa -, contudo sua exarcebação pode levá-lo à inutilidade, corolário do fenecimento das partes, ou do objeto, da perda superveniente do interesse, do perecimento dos elementos de convencimento (provas) do julgador, etc.

Com acerto assevera Baptista da Silva (2008, p. 152): "É necessário, porém, observar que processo demorado não é sinônimo de justiça mais perfeita nem fórmula capaz de assegurar essa ilusória busca da verdade material. Ao contrário, o normal é que os processos que se eternizam, buscando uma verdade inatingível, acabem gerando insegurança, angústia, desilusão para as partes.

Segurança e celeridade, embora elementos em constante e diversos graus de tensão, devem conviver em harmonia e desenvolvimento recíproco. As regras e princípios que os preveem devem ser interpretados e integrados em suas máximas potencialidades, através do diálogo de fontes e foco na unidade do ordenamento.

O que se impõe é o equilíbrio entre celeridade e segurança, de modo a não haver postergação desnecessária, estando a causa pronta para decisão, tampouco precipitação, decidindo-se sem os elementos necessários. Ambos os princípios reitores da atuação jurisdicional devem ser sopesados, privilegiando-se no caso concreto aquele que melhor garanta a efetivação da Justiça. Nas palavras de Rosito (2008, p.26): "[...] o processo deve proporcionar adequada satisfação jurídica às partes, procurando-se atender a ambos os valores jurídicos [celeridade e segurança], na medida de necessidade e suficiência".

É cediço que as causas têm tempo de maturação próprio, decorrente das suas peculiaridades: dificuldade na comprovação dos fatos, na interpretação do direito aplicável, na condução do processo pelos procuradores; complexidade das questões metajurídicas envolvidas (sociais, econômicas, políticas, etc.). Assim, processo justo será, na acertada afirmação de Koehler (2009, p. 29): "[...] aquele no qual há o mais fino equilíbrio entre o tempo requerido e a segurança jurídica obtida".

Somente a certeza no exercício pleno da jurisdição, através do processo, pacífica a sociedade, trazendo-lhe segurança jurídica (Dinamarco, 1987, p. 221). A duração razoável do processo reforça a percepção social de exercício adequado da jurisdição e contribui, consequentemente, para a segurança jurídica. Efetividade (via celeridade) produz segurança que produz mais efetividade. Trata-se de um circuito de retroalimentação (*feedback*) infinito e virtuoso.

6 Indeterminação conceitual da razoabilidade temporal e a limitação da aferição do "tempo médio de tramitação" processual

A razoabilidade temporal na tramitação do processo judicial transformou-se em postulado da justiça social contemporânea. Disso decorrem todas as alterações constitucionais, estudos e reflexões e revolução na prestação jurisdicional observados atualmente.

Os termos em que vazadas as normas jurídicas, que lhes revela os conceitos, padecem da mesma imprecisão e necessidade de contextualização dos termos da linguagem comum. Os enunciados das normas, assim, podem conter imprecisões conceituais linguísticas que se traduzem em conceitos determinados ou indeterminados, conforme o grau – mais ou menos elevado – de insegurança que gerem nos intérpretes/aplicadores e

a necessidade de preenchimento semântico valorativo, dito "densificação" (Filgueiras Júnior, 2007, p. 57).

É que os conceitos apresentam núcleo, zona central e halo, zona periférica (Heck). Quando se está na zona nuclear a percepção do conceito é clara; quando na zona periférica a percepção será tanto mais obscura quanto mais distante do núcleo se estiver. Isto ocorre em função da variação da intensidade de aferição do conceito. A diferenciação entre conceitos determinados ou indeterminados é quantitativa, não qualitativa.

Considerando-se o tema de que se trata, tempo razoável, tem-se que ultrapassado um período muito longo de tempo, bem superior ao que ordinariamente deveria levar a duração de um processo de dada complexidade, configura-se de logo a violação ao direito fundamental (halo de certeza positiva); contrariamente, quando não ultrapassado o tempo que ordinariamente deveria levar a duração do processo, afasta-se a violação (halo de certeza negativa). A dificuldade se estabelece nas durações intermediárias, em que os elementos de convicção não se mostram evidentes (zona cinzenta), exigindo aferição pormenorizada concreta para obtenção da conclusão (Takoi, 2010, p. 230/231).

A expressão "razoável duração" é, assim, conceito indeterminado, pois se caracteriza como fórmula vaga que deve ser semanticamente preenchida pelo intérprete/aplicador por ocasião do reconhecimento da incidência da norma sobre o fato.

Não significa isso, porém, que se trata de conceito indeterminável ou incognoscível, mas apenas que seu conteúdo concreto será preenchido, caso a caso, segundo os critérios compatíveis com sua gênese, seu enunciado genérico e abstrato (contexto semântico) e seu objetivo estabelecido. O propósito delimitará o objeto e determinará o conteúdo e extensão da interpretação.

A razoável duração será definida individual e concretamente segundo um juízo de aptidão e adequação, fruto de uma pergunta ideal: para este processo, ponderadas todas as suas peculiaridades, a duração deu-se em prazo adequado, de modo a que se tenha tornado apto a efetivar o fim a que se destina?

A par da indeterminação do conceito, impõe-se o exame da "razoabilidade" nele referida. Retoma-se aqui à noção já referida de adequação e necessidade que deve balizar o exame do motivo, meio e fim do processo. Razoável duração processual é aquela congruente com as circunstâncias de fato e de direito da causa, que se cinge ao tempo

necessário ao cumprimento do devido processo legal e à construção de uma solução justa e adequada.

Imprecisos os contornos da expressão "razoável duração", impõe-se o reconhecimento de que razoável é o tempo necessário e suficiente à instrução processual e adequada solução judicial do conflito de interesses (lide) e concomitantemente capaz de assegurar efetividade à decisão e evitar danos.

Porque a razoável duração do processo está indissociavelmente ligada ao devido processo legal, vale dizer, à segurança jurídica, ampla defesa e contraditório é que não se confunde ou esgota na ideia de mera celeridade processual. O tempo é necessário ao amadurecimento da causa e à viabilização da tutela jurisdicional justa e efetiva pelo que seu tão só transcurso não implica impropriedade. Pior que o processo moroso é a decisão imprópria apressada.

A duração do processo deve ser suficiente à observância do devido processo legal e à construção dos pressupostos objetivos e subjetivos para deslinde da questão pela adequada formação do convencimento do julgador. Nem mais nem menos.

O que se busca com a perscrutação da razoável duração, em verdade, não é a supressão de garantias constitucionais ou legais ou da segurança jurídica, mas a eliminação da postergação, da demora infundada, seja ela oriunda de causas subjetivas ou objetivas, endógenas ou exógenas ao Poder Judiciário.

Há relação entre razoabilidade na duração do processo e tempo, mas não imbricação necessária entre ela e prazo, medida de tempo estabelecida para realização de ato previsto no rito processual a que se submete a tramitação da causa.

A tentativa de fixar prazos determinados para duração razoável do processo esbarra na força normativa dos fatos. Na prática forense, com efeito, a complexidade da vida e dos processos judiciais que pretendem dirimir os conflitos, impõe que a razoabilidade somente possa ser aferida concreta e casuisticamente.

Embora relevante para aferição, inicial, da tramitação processual em tempo razoável, o mero cumprimento dos prazos processuais legalmente estabelecidos não é suficiente. Isto porque outras circunstâncias devem ser levadas em conta.

A identificação da razoabilidade temporal impõe a consideração da tramitação processual em sua inteireza, aferindo-se menos o tempo

transcorrido e mais o que fora feito durante esse tempo - menos a quantidade de tempo que a qualidade no seu uso. Por isso meros somatórios aritméticos são insuficientes à sua identificação. Releva, sim, averiguar se o tempo despendido em um processo específico, individualizado, é compatível com a tutela jurisdicional prestada (Arruda, 2006, p. 309).

Além da consideração dos prazos explícita ou implicitamente previstos no Código de Processo Civil, a doutrina brasileira tem aceitado e incorporado os parâmetros estabelecidos pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH para identificação de irrazoável duração do processo, a saber (Santos, 2018, p. 9): a) complexidade do litígio; b) conduta das partes e c) conduta das autoridades judiciárias. Isso por reconhecer que as causas da "demora" são múltiplas e não decorrem necessariamente de um dos atores processuais, podendo qualquer deles para isso contribuir em maior ou menor medida, legítima ou ilegitimamente.

Induvidoso que o uso da jurimetria (*Legal Analytics*), técnica estatística de análise de grande volume de dados judiciais por meio de inteligência artificial, revela evidências das dinâmicas do Sistema de Justiça e pode auxiliar no diagnóstico de problemas e na construção de soluções eficientes. No entanto, impõe-se cautela na interpretação dos resultados e consideração da complexidade do sistema, das limitações tecnológicas, da confiabilidade dados disponíveis, e dos vieses como são "tratados" (Albuquerque, https://doi.org/10.54795/RejuBEsp.DirDig.218).

Questão relevante é considerar a adequação, conveniência e limitações da identificação do tempo médio de tramitação processual, nos moldes do que passou a realizar o Conselho Nacional de Justiça no levantamento Justiça em Números (v.g.: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf), entre outros levantamentos estatísticos comparativos, ressalta-se.

Nesse compilado anual dos dados estatísticos do Poder Judiciário Brasileiro, o tempo de tramitação dos processos é apresentado considerando três indicadores: o tempo médio da inicial até a sentença, o tempo médio da inicial até a baixa e a duração média dos processos que ainda estão em tramitação no fim do ano base (31/12/2022, para o recém publicado, relativo a 2023). Considerando que nem todo processo vivencia as mesmas fases, alguns encerram-se na fase de conhecimento, em uma ou após várias instâncias, outros somente após fase de execução, os tempos não podem ser somados. Nenhum reproche à metodologia empregada, adequada a uma metrificação possível.

Importa reconhecer que a variante "tempo médio de tramitação" tem apelo midiático, pois entre tantos outros elementos considerados pelo levantamento estatístico (taxa de congestionamento etc.) é o de maior compreensão pelo usuário leigo e/ou desatento do serviço judiciário. O dado puro e simples faz parecer que o tempo médio é senão "o" pelo menos "um" tempo razoável, o que mais confunde que esclarece, pois não distingue entre os vários tipos de processos (com seus possíveis específicos ritos) muito menos considera qualquer peculiaridade individual (o que é tornaria o levantamento estatístico a uma complexidade comprometedora da exequibilidade).

Induvidosamente, trata-se de instrumento de controle administrativo útil, pois por meio dele estabelece-se um primeiro parâmetro comparativo de desempenho entre órgãos jurisdicionais congêneres, de mesmo ramo do Poder Judiciário, circunscrição territorial, competência. Não é, no entanto, instrumento de avaliação aprofundado, porque não considera outros tantos elementos objetivos de relevo que contribuem para a oscilação do tempo médio, a excessiva demora e a excepcional rapidez, p. e.: ausência ou redução do número de juízes ou servidores na Vara; elevação da distribuição por prevenção de processos individuais homogêneos *etc.*, aspectos formais, ou mesmo a complexidade de fato ou da causa, aspectos materiais. Ademais, não considera causas individualizadas de cada processo. Não se presta, assim, à identificação da violação ao direito fundamental à razoável duração do processo ou mesmo a possível ineficiência desidiosa do órgão jurisdicional e seu agente (magistrado).

O processo cuja tramitação discrepa da média, necessariamente e por esse só motivo, não foi postergado indefinida e injustificadamente. Grande risco decorre dessa medição

7 Conclusão

Em face do quanto exposto, é de se concluir que:

a. o homem não é sujeito ativo do tempo, mas objeto da cronologia inexorável (eventos, datas etc.), irreversível. É escravo da sequencialidade dos momentos de consciência. O tempo é, portanto, medida de existência, de vida, por isso é tão relevante para o homem. De igual modo, o é para o direito, que lhe rege a conduta e para o processo, instrumento por meio do qual o direito lhe é aplicado;

b. o processo necessita de tempo para sua formação e desenvolvimento, pois é no seu transcorrer que são construídas as soluções jurídicas para o conflito de interesses, que é submetido ao Poder Judiciário. A solução pressupõe a identificação e escolha da "melhor" interpretação da norma à luz do dever de fazer justiça diante dos fatos;

c. a jurisdição é meio de efetividade do direito, por isso deve ser prestada de modo célere e seguro. O equilíbrio entre as variáveis celeridade e segurança é possível e deve ser alcançado por meio da "adequação" entre meio e fim (razoabilidade), sendo aparente o conflito entre ambas;

d. a expressão "razoável duração" é conceito indeterminado, pois se caracteriza como fórmula vaga que deve ser semanticamente preenchida pelo intérprete/aplicador por ocasião do reconhecimento da incidência da norma sobre o fato;

e. a doutrina é uníssona em reconhecer a precedência, originalidade e acatamento dos critérios desenvolvidos pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH, para identificação da demora processual injustificada, fundados nos seguintes elementos: e1) a complexidade do litígio; e2) a conduta das partes; e3) a conduta das autoridades judiciárias.

f. "tempo médio de tramitação processual" é diferente de "tempo razoável", pois este se evidencia apenas quando consideradas concretamente as peculiaridades do caso concreto, conforme os elementos referidos acima ("e"), pressupõe aferição qualitativa de tempo, enquanto aquele revela-se tão só pela aplicação de uma metrificação meramente quantitativa.

Referências

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ALBUQUERQUE, Otávio dos Santos. **A aplicação da jurimetria para o aprimoramento da prestação jurisdicional**. Revista Judicial Brasileira. Suplemento especial Especialização em Direito Digital ENFAM. https://doi.org/10.54795/RejuBEsp.DirDig.218

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos

princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006.

BATISTA DA SILVA. Ovídio A. **Curso de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. 1.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 144-160, jan./mar., 1991.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Justiça em números 2023.** Brasília: CNJ, 2023. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf. Acesso em: 15 jun. 2024.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiro, 2001.

DUARTE, Ronnie Preuss. **Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FERRY, Luc. **A sabedoria dos mitos gregos: aprender à viver II**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 71-83.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinicius. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

GIANNETI, Eduardo. **O valor do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

IRTI, Natalino. **Significato giuridico dell´effettività**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2009.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **Revista de Processo**,

v. 155. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 11-26, jan. 2008.

ROMEIRO, Márcio Anatole de Sousa. Celeridade ou duração razoável do processo: do princípio ao direito. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 397, p. 221-246, mai./jun., 2008.

ROSITO, Francisco. O princípio da duração razoável do processo sob a perspectiva axiológica. **Revista de Processo**, v. 161, p. 21-38, jul. 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Paula Ferraresi. Duração razoável do processo: critérios para seu dimensionamento e aplicação no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 277, p. 21-44, mar. 2018.

SILVA. Carlos Henrique do Carmo. Verbete "Tempo". *In:* Logos - **Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia**. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1992, v. 5.

TAKOI, Sérgio Massaru. A luta pela razoável duração do processo (efetivação do art. 5º, LXXVIII, da CF/1988). **Revista de Direito Constitucional e Internacional,** São Paulo, v. 18, n. 70, p. 225-238, jan./mar. 2010.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo (coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Da duração razoável do processo. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 34, p.53-68, jan. 2006.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. O devido processo legal e a concessão de tutelas de urgência: em busca da harmonização dos valores segurança e celeridade. **Revista de Processo**, v. 192, p. 241-268, fev. 2011.

Capítulo 2

O Novo CPC, o Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Processo Administrativo

Alexandre Freitas Câmara[1]

1 Introdução: o CPC de 2015 e o processo administrativo

O art. 15 do Código de Processo Civil de 2015 prevê, expressamente, sua aplicação subsidiária e supletiva ao processo administrativo. A partir de sua vigência – a ter início em março de 2016 – será, então, expressa a regra que determina um diálogo entre o processo jurisdicional civil e o processo administrativo. Este diálogo certamente se manifestará com grande força no que diz respeito às assim chamadas "normas fundamentais do processo civil", assim consideradas aquelas que resultam da interpretação e aplicação dos doze primeiros artigos do CPC.

O objetivo deste breve estudo é examinar como duas dessas normas fundamentais, os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, se manifestaram no processo administrativo brasileiro (federal, estadual ou municipal) a partir do modo como delas trata a nova legislação processual civil brasileira.

Tem este texto, porém, outro objetivo: homenagear o Des. Fernando Luís Ximenes Rocha por ocasião de seus trinta anos de Magistratura. Temos, eu e ele, origem comum, já que ambos ingressamos na Magistratura de nossos Estados pelo Quinto Constitucional da Advocacia. E quando ele completa um tempo que corresponde ao dobro do meu no exercício da jurisdição, sendo o decano do Tribunal de Justiça do Ceará, não tenho como deixar de me associar à homenagem que muito justamente lhe é

1 Desembargador no TJRJ. Professor adjunto de direito processual civil da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Professor emérito e coordenador de direito processual civil da EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro). Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Comissão Diretiva do Instituto Iberoamericano de Direito Processual (IIDP). Membro da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL). Doutor em Direito Processual pela PUCMINAS.

prestada pela Escola Superior da Magistratura do Ceará, instituição que sempre me recebeu com tanto carinho.

2 O modelo constitucional de processo: breves considerações

Há já alguns anos a doutrina do direito processual civil tem reconhecido a existência de um *modelo constitucional de processo*,[2] formado por uma série de princípios constitucionais que estabelecem o modo como o processo deve desenvolver-se no Brasil. Este modelo é construído a partir do princípio do *devido processo constitucional*, sendo formado também pelos princípios da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da fundamentação das decisões e da duração razoável do processo.

Embora o estudo do modelo constitucional de processo tenha se desenvolvido precipuamente a partir do processo civil, é inegável que a ele devem amoldar-se todos os processos, jurisdicionais ou não, aí incluídos os processos administrativos.[3] Com relação a este, aliás, existe expressa previsão de aplicação do princípio do contraditório (art. 5º, LV, da Constituição da República).

Não é novidade a afirmação de que o processo administrativo deve desenvolver-se em conformidade com os ditames do devido processo.[4] Pois não só este, mas todos os princípios constitucionais do processo são aplicáveis ao processo administrativo (com a devida ressalva do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o qual se vincula especificamente ao acesso ao Judiciário).

Assim é que, na jurisprudência, já se reconheceu a necessidade de que sejam observados, no processo administrativo, os princípios da isonomia,[5] do juiz natural,[6] do contraditório,[7] da fundamentação das

2 ANDOLINA, Italo. VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del proceso civile italiano.** Turim: G. Giappichelli, 1990, *passim*.

3 BARROS, Flaviane de Magalhães. "Nulidades e Modelo Constitucional de Processo", *in* DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Teoria do Processo.** Panorama Doutrinário Mundial, Segunda Série. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 245, que afirma ser legítimo expandir-se o modelo constitucional de processo para todos os tipos de processos, não só jurisdicionais, mas também ao processo legislativo, administrativo, arbitral e de mediação.

4 Assim, por exemplo, STF. MS 27422 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 14/4/2015.

5 STF, ADPF 156/DF, rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 18/8/2011.

6 STF, ARE 657282 AgR/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. em 26/11/2013.

7 STF, MS 24790 AgR/DF, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 02/12/2014.

decisões,[8] além do princípio da duração razoável do processo.[9] Submete-se, pois, o processo administrativo brasileiro ao mesmo modelo constitucional que rege o processo civil. E isto legitima a afirmação de que as normas fundamentais do processo civil são, também, normas fundamentais do processo administrativo, razão pela qual as disposições sobre elas contidas no Código de Processo Civil de 2015 devem, mesmo, ser supletiva e subsidiariamente aplicáveis aos processos administrativos.[10]

Resulta daí a necessidade de se verificar como o CPC trata dos princípios do contraditório e da fundamentação, a fim de verificar como deverão eles ser respeitados no processo administrativo.

3 O princípio do contraditório no processo administrativo como garantia de participação com influência e de não-surpresa

O Código de Processo Civil de 2015 adotou a respeito do princípio constitucional do contraditório uma visão extremamente moderna, e que pode ser considerada a mais compatível com o Estado Democrático de Direito.

Aliás, nunca é demais recordar que todo o sistema jurídico precisa ser pensado a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, estabelecido pelo art. 1º da Constituição da República. Pois neste paradigma é preciso levar em conta a soberania popular, elemento formador do Estado, a qual "estabelece um procedimento que, em razão de suas propriedades democráticas, fundamenta a suposição de resultados legítimos. Este princípio traduz-se nos direitos de comunicação e participação, que garantem a autonomia pública dos cidadãos".[11]

Ora, se no Estado Democrático de Direito não se pode prescindir dos direitos de comunicação e participação, então é preciso considerar que o direito ao contraditório é um dos pilares do Estado Constitucional brasileiro. Afinal, o contraditório precisa ser compreendido como uma

8 STF, MS 25870/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 01/9/2011.

9 STF, MS 29270 AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 10/4/2014.

10 Vale lembrar que o STF, no julgamento das ADIs 5492 e 5737, declarou a constitucionalidade do art. 15 do CPC, que prevê a aplicação supletiva e subsidiária do CPC ao processo administrativo.

11 HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Legitimação Baseada nos Direitos Humanos.** Trad. bras. de Gisele Guimarães Cittadino e Maria Celina Bodin de Moraes. *In*: http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Habermas-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf, p. 4.

garantia de participação dos interessados na formação do resultado da atividade estatal com possibilidade de influência na formação desse resultado. Sobre o tema, assim se pronunciou Nunes:[12]

> O delineamento de uma moderna concepção isonômica do contraditório somente se inicia de modo mais efetivo a partir desse momento, mediante a percepção da doutrina processual germânica de que este não poderia mais ser analisado tão-somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o conteúdo das decisões (BAUR, 1954, p. 403) e sobre o desenvolvimento do processo, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa (Bender, Strecker, 1978, p. 554).

Seguindo esta mesma linha, Antônio do Passo Cabral leciona:[13]

> [A] compreensão do contraditório como direito de influência expressa a democracia deliberativa através do processo: a sociedade pode influir nos atos decisórios estatais através da argumentação discursiva e o contraditório é o princípio processual que materializa este procedimento dialógico, abrindo o palco jurisdicional para o debate pluralista e participativo. O julgador, dentro de suas prerrogativas funcionais, pode até reputar errôneos os argumentos utilizados, mas deve, em respeito ao direito de influência, além de tomá-las em consideração, fazer menção expressa às teses levantadas pelos sujeitos processuais. Trata-se do *dever de atenção* às alegações, intrinsecamente conectado ao dever de motivação das decisões estatais e correlato ao direito dos sujeitos processuais de ver sua linha argumentativa considerada pelo julgador (*Recht auf Berücksichtigung*).
>
> Sem embargo, se o princípio se resumisse ao direito de expressão e não representasse o direito de influir nas decisões, não haveria um dever de atenção do juiz que ao contraditório estivesse ligado. O julgador atenderia ao princípio do contraditório simplesmente permitindo a manifestação e motivando a decisão, em nada o violando caso omitisse qualquer referência aos argumentos e teses veiculados e os afastasse por reputá-los infundados.

Registre-se, desde logo, que a lição de Cabral acima transcrita já delineia uma ligação – que adiante se buscará demonstrar de forma mais detida – entre os princípios constitucionais do contraditório e da fundamentação das decisões.

---

12 NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e Policentrismo:** Horizontes para a democratização processual civil. Belo Horizonte: tese, 2008, p. 172.

13 CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório. *In*: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). **Dicionário de Princípios Jurídicos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 200.

O contraditório deve ser compreendido, pois, não apenas como uma garantia formal de que as partes poderão se manifestar no processo, mas como a garantia substancial, exigência do Estado Democrático de Direito, de que as partes terão influência na formação do resultado final do processo, sendo dever do prolator da decisão levar em consideração seus argumentos. Não se pode, pois, ver no contraditório simplesmente um "direito de falar" no processo. Muito mais do que isso, o contraditório é o *direito de ser ouvido*.[14]

Além disso, o CPC de 2015 estabelece que, como regra geral, o contraditório deverá ser prévio à decisão (o que é essencial para que se viabilize a garantia de que a parte poderá se manifestar no processo de forma a exercer efetiva influência sobre o resultado), ressalvados apenas alguns poucos casos, expressamente previstos, e nos quais a exigência de contraditório prévio poderia inviabilizar a própria efetividade da decisão, como se daria, por exemplo, nos casos de tutela jurisdicional de urgência. É o seguinte o teor do art. 9º:

> Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
>
> Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:
>
> I - à tutela provisória de urgência;
>
> II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;
>
> III - à decisão prevista no art. 701.

Assim é que, no processo civil, fica assegurado às partes o direito de atuar ao longo do processo com o fim de exercer influência sobre seu resultado final, manifestando-se previamente (ao menos como regra), devendo o órgão julgador levar em consideração seus argumentos. E este direito se estende, também, ao processo administrativo.

Veja-se que o princípio do contraditório está afirmado na Constituição da República como nota essencial tanto do processo judicial como do processo administrativo, como se pode verificar pelo texto normativo do inciso LV do art. 5º, segundo o qual "aos litigantes, em

14 Não é por outra razão, aliás, que em língua inglesa o direito ao contraditório é conhecido como *right to be heard*, expressão que pode ser encontrada, por exemplo, em FERRAND, Frédérique. Ideological background of the Constitution, Constitutional Rules and Civil Procedure. *In*: **International Association of Procedural Law Seoul Conference** *2014*. Seul: IAPL, 2014, p. 10. Sobre o ponto, CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão Processual do Princípio do Devido Processo Constitucional. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, v. 1. São Paulo: RT, 2015, p. 29.

processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Parece evidente, por esse texto, que o contraditório do processo judicial é o *mesmo contraditório* do processo administrativo.

A lei que rege o processo administrativo federal (Lei nº 9.784/1999) estabelece, em seu art. 2º, que "[a] Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, *contraditório*, segurança jurídica, interesse público e eficiência". Pois esta é, naquele diploma legal, a única referência expressa ao princípio do contraditório. Há, porém, no art. 3º, III, daquela lei a afirmação de que é direito do administrado "formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente". Veja-se aí, então, a afirmação da garantia de contraditório prévio, nos mesmos termos do art. 9º do CPC de 2015 (afinal, o contraditório não seria prévio se fosse possível decidir antes do administrado se manifestar). Mas ali também se encontra a afirmação de que é direito do administrado que o julgador leve em consideração suas alegações e documentos, o que nada mais é do que o direito à consideração dos argumentos, do qual vimos falando, e que se revela como elemento integrante do próprio princípio do contraditório.

Fica claro, assim, que o direito ao contraditório que se consagra para o processo jurisdicional identifica-se de forma plena com o direito ao contraditório no processo administrativo, isto é, também nesta espécie de processo o contraditório deve ser compreendido como direito de participação com influência e de não surpresa.

Registre-se que no processo administrativo, dada a inevitável desigualdade de posições entre seus sujeitos (já que a Administração Pública é parte do processo mas é, também, a julgadora, ainda que atuando por órgãos distintos e com autonomia funcional), a garantia do contraditório se faz ainda mais relevante, já que importante mecanismo garantidor da legitimidade democrática das decisões, as quais só poderão ser tidas por constitucionalmente legítimas se for assegurado ao administrado o direito de participar com influência da formação do resultado do processo, não sendo por este surpreendido, uma vez que garantida a possibilidade de prévio debate de todos os argumentos que podem em tese vir a ser empregados como fundamentos da decisão a ser proferida.

4 A fundamentação analítica das decisões no processo administrativo

Existe, como anteriormente anunciado, uma forte ligação entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais.[15] O princípio da fundamentação é uma exigência da necessidade de que, no Estado Democrático de Direito, haja meios eficazes de controle do conteúdo dos atos de poder (o que inclui, evidentemente, as decisões judiciais e as proferidas no processo administrativo). Como ensina Taruffo,[16]

> No seu significado mais profundo, o princípio em exame exprime a exigência geral e constante de controlabilidade sobre o modo como os órgãos estatais exercitam o poder que o ordenamento lhes confere, e sob este perfil a obrigatoriedade de motivação da sentença é uma manifestação específica de um mais geral "princípio de controlabilidade" que parece essencial à noção moderna do Estado de Direito, e que produz consequências análogas também em campos diversos daquele da jurisdição.

Vê-se, da afirmação de Taruffo, que não é só no campo jurisdicional que atua o "princípio da controlabilidade", mas também em campos diversos (como, certamente é o do processo administrativo). Impõe-se, pois, que sejam *justificadas* todas as decisões.[17] Exige-se, deste modo, que as decisões proferidas nos processos administrativos – tanto quanto as prolatadas em processos jurisdicionais – sejam analiticamente fundamentadas, isto é, fundamentadas de forma substancial. E isto atrai para a hipótese o disposto no art. 489, § 1º, do CPC. Estabelece este dispositivo, *verbis*:

> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

---

15 Identificou esta ligação DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2. ed., 2012, p. 137. Sustentei o mesmo em CÂMARA. **Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional.** *Op. cit.*, p. 23.

16 TARUFFO, Michele. *La motivazione dela sentenza civile*. Pádua: Cedam, 1975, p. 405 (tradução livre). No original: "Nel suo significato più profondo, il principio in esame esprime l'esigenza generale e costante di controllabilità sul modo in cui gli organi statuali esercitano il potere che l'ordinamento conferisce loro, e sotto questo profilo l'obbligatorietà dela motivazione della sentenza è una specifica manifestazione di un più generale 'principio di controllabilità' che appare essenziale alla nozione moderna dello Stato di diritto, e che produce conseguenze analoghe anche in campi diversi da quelli della giurisdizione".

17 Como ensina Lenio Luiz Streck, o dever constitucional de fundamentar implica a obrigação de justificar a decisão (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o 'problema da discricionariedade dos juízes'.** Artigo publicado em meio eletrônico *in*: www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf, p. 8.

> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
>
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
>
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
>
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
>
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
>
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Assim é que, no processo administrativo, não será considerada fundamentada a decisão que "se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida" (como seria, por exemplo, uma decisão que se limitasse a dizer algo como "art. 59, I, da Lei nº 14.133/2021. Desclassifico a proposta").

Também é viciada por falta de fundamentação a decisão proferida no processo administrativo que empregue conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (como se teria, por exemplo, em uma decisão que afirmasse algo como "rejeita-se a impugnação por falta de razoabilidade, já que o ato administrativo impugnado atendeu ao interesse geral").

É nula, por vício de fundamentação, a decisão tomada em processo administrativo que invoque motivos que se prestam a justificar qualquer outra decisão (como, *e.g.*, a que diz algo como "ausentes os requisitos legais, indefiro"), assim como é viciada a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Esta regra (insculpida no art. 489, § 1º, IV, do CPC), aliás, conjuga-se com absoluta perfeição com o disposto no art. 3º, III, da Lei nº 9.784/1999, segundo o qual é direito do administrado "formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente". Reafirma-se, aqui, o *direito à consideração dos argumentos* (*Recht auf Berücksichtigung*) como elemento integrante do princípio constitucional do contraditório.

Interessante notar, porém, que não são só os quatro primeiros incisos do art. 489, § 1º, do CPC, que têm aplicação no processo administrativo. Também os dois últimos incisos daquele dispositivo legal têm aí aplicação. É que, por força desses dois incisos, não se considera fundamentada a decisão que "se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos" ou que "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento". Ora, isto é perfeitamente aplicável ao processo administrativo.

Em primeiro lugar, é preciso recordar que, nos termos do art. 103-A da Constituição da República, os enunciados de súmula vinculante do STF produzem efeito vinculante não só sobre os órgãos jurisdicionais, mas também sobre a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (e do Distrito Federal, evidentemente). Pois se assim é, uma decisão proferida em processo administrativo que se limite a invocar enunciado de súmula vinculante sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso concreto se ajusta a tais fundamentos será nula por falta de fundamentação.

Do mesmo modo, será viciada por defeito de fundamentação a decisão que, proferida em processo administrativo, deixar de seguir enunciado de súmula vinculante invocado pela parte sem demonstrar a existência de distinção no caso concreto ou a superação do entendimento.

Além disso, há de se levar em consideração a existência de *orientações administrativas vinculantes* (e a elas o CPC de 2015 faz referência expressa no art. 498, § 4º, IV, já que sua existência é motivo suficiente para que a sentença, proferida contra o Poder Público, mas em conformidade com tais orientações, não se submeta a reexame necessário).[18] Pois bem: se existem orientações administrativas vinculantes, deverão elas, evidentemente, ser observadas nas decisões que venham a ser proferidas nos processos administrativos.[19] Não é fundamentada, porém, a decisão que se limita

18 A Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (Lei Complementar nº 73/1993) estabelece, em seu art. 4º, estabelece as atribuições da AGU, entre as quais podem ser encontradas as seguintes: fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal (inc. X); unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federeal (inc. XI); editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais (inc. XII).

19 A doutrina do Direito Administrativo faz alusão à eficácia vinculante, para a Administração

a invocar uma orientação administrativa vinculante, sem apontar seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso concreto sob apreciação se ajusta a tais fundamentos (art. 489, § 1º, V). Do mesmo modo, não é fundamentada a decisão proferida em processo administrativo que deixa de seguir orientação administrativa vinculante invocada pela parte sem demonstrar a existência de distinção ou a superação do entendimento (art. 489, § 1º, VI).

Vê-se, assim, que por força da aplicação supletiva do CPC ao processo administrativo (art. 15), as decisões que tenham de ser proferidas nesse tipo de processo também exigem fundamentação analítica, sob pena de serem reputadas nulas.

5 Conclusão

De tudo quanto se viu, a conclusão a que se pode chegar é uma só: o paradigma do Estado Democrático de Direito, estabelecido pelo art. 1º da Constituição da República, precisa ser levado em consideração em todo e qualquer ato do Poder Público. E em uma Democracia digna deste nome, os atos estatais de poder precisam ser construídos através de procedimentos que se desenvolvam em contraditório, entendido este como garantia de participação com influência e de não surpresa, assegurada a consideração dos argumentos. E o controle da observância do contraditório se dá através da fundamentação do ato de poder, a qual deve ser analítica, examinando verdadeiramente todos os fundamentos deduzidos pelos sujeitos do contraditório e que se revelem, ao menos em tese, capazes de infirmar a conclusão que a autoridade responsável pela emissão do pronunciamento estatal tenha apresentado. Por conta disso, é muito bem vinda ao ordenamento jurídico brasileiro a normatização, estabelecida no CPC de 2015, acerca do contraditório e da fundamentação das decisões.

Não se está aí, é certo, diante de novas normas jurídicas. A exigência de contraditório substancial e de fundamentação analítica decorre, diretamente, dos arts. 5º, LV, e 93, IX, da Constituição da República. Mas a força simbólica de um novo Código que traz em seu interior

---

Pública Federal, dos pareceres normativos da AGU, bem assim dos pareceres aprovados pelo Advogado-Geral da União. Assim, por todos, BINENBOJN, Gustavo. Relações entre a Advocacia Geral da União e as Agências Reguladoras Federais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 24, 2011, p. 14, http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-24-NOVEMBRO-2010-GUSTAVO-BINENBOJM.pdf.

dispositivos que descrevem, minuciosamente, o modo como essas garantias constitucionais devem ser efetivadas na prática é inegável, e isto certamente contribuirá para que o contraditório nos processos brasileiros seja cada vez mais efetivo; e para que as decisões proferidas pelos órgãos estatais brasileiros sejam cada vez mais legítimas do ponto de vista constitucional.

A expressa afirmação de que o CPC de 2015 é supletivamente aplicável aos processos administrativos, então, cumpre o importantíssimo papel de deixar claro que também nos processos administrativos deve-se assegurar um contraditório prévio, dinâmico, efetivo, substancial. E que o controle disso se fará pela fundamentação analítica das decisões proferidas nesta sede. Sem isto, a Democracia será apenas uma "promessa constitucional", com o quê a sociedade brasileira não pode se conformar. O Brasil merece – e isto há de ocorrer – tornar-se um verdadeiro Estado Democrático de Direito. E o respeito às garantias constitucionais é um passo essencial na construção da Democracia Brasileira.

Referências

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del proceso civile italiano.** Turim: G. Giappichelli, 1990, passim.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e Modelo Constitucional de Processo. DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Teoria do Processo**. Panorama Doutrinário Mundial, Se-gunda Série. Salvador: Juspodivm, 2010.

BINENBOJN, Gustavo. Relações entre a Advocacia Geral da União e as Agências Regula-doras Federais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 24. Salvador, 2011, http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-24-NOVEMBRO-2010-GUSTAVO-BINENBOJM.pdf.

CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). **Dicionário de Princípios Jurídicos.** Rio de Janei-ro: Elsevier, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão Processual do Princípio do Devido Processo Cons-titucional. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal,** v. 1. São Paulo: RT, 2015.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FERRAND, Frédérique. Ideological background of the Constitution, Constitutional Rules and Civil Procedure. *In:* **International Association of Procedural Law Seoul Conference** 2014. Seul: IAPL, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Legitimação Baseada nos Direitos Humanos**. Trad. bras. de Gisele Guimarães Cittadino e Maria Celina Bodin de Moraes. In: http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Habermas-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo**: Horizontes para a democratização processual civil. Belo Horizonte: tese, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o 'problema da discricionarie-dade dos juízes'**. Artigo publicado em meio eletrônico in: www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf.

TARUFFO, Michele. **La motivazione dela sentenza civile.** Pádua: Cedam, 1975.

Capítulo 3

Tecnologia. Passado, presente e futuro. Inquietações de um nonagenário[1]

Alberto Silva Franco[2]

1 Homenagem

Meu caro Ximenes.

Quando fui convidado a escrever um artigo em livro a ser publicado em sua homenagem, confesso que passava por algumas dificuldades, de ordem física e intelectual. Já tinha completado os meus noventa e dois anos de vida e começava a ter problemas visuais e, além disso, – o que era bem pior – sentia uma certa diminuição da minha capacidade de concentração. Assim, no Colóquio Luso-Brasileiro que se realizou em Portugal, em outubro de 2023, na sempre louvada terra conimbricense, decidi, por ter sentido o peso da idade, ter chegado a hora de tomar uma decisão: era preciso parar. Meu interesse pelo Direito Penal – matéria de minha particular estima - sofreu um profundo desgaste e, logo, ficou patente que não procurava atualizar-me com os temas penais de maior atualidade. Considerava-me fora do contexto jurídico-penal. Caminhei para uma área que, para mim, sempre teve um enorme poder atrativo e me pus a ler, sem freios, livros de literatura. Foi, então, que decidi, pouco antes do Colóquio de Coimbra, escrever meu último artigo, dando por encerrada minha atividade jurídica.

E aí fui atrás de um assunto que não fosse estritamente jurídico, mas que demandasse, com máxima urgência, de um tratamento dessa ordem. Meu interesse centrou-se na tecnologia, na urgência cada vez maior de intervenção do Direito e, levou em conta também as inquietações que a realidade tecnológica provocava num nonagenário. O artigo recebeu o título "Tecnologia. Passado, presente e futuro. Inquietações de um

1 O presente texto corresponde à intervenção no "Colóquio Luso-Brasileiro. Direito Penal, Tecnologia e IA" organizado pelo Instituto Eduardo Correia e pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu e realizado nos dias 26 e 27 de outubro de 2023 na FDUC.

2 Desembargador Aposentado do TJ-SP.

nonagenário". Tal artigo, que fez parte da Revista Portuguesa de Ciência Criminal, foi publicado digitalmente em separata.

Apresento todo este largo introito, meu caro Ximenes, para dar uma justificação para o fato de não ter escrito o artigo de que era merecedor. Foi para mim uma honra imensa ter sido incluído no rol das pessoas que deveriam homenageá-lo. Pena que não estivesse mais à altura do convite. Mas, por certo, poderá perdoar-me e compreender os problemas próprios de quem já está caminhando trôpego, por um tempo razoável, na quadra dos noventa anos.

E, por certo, explicações são dispensáveis para que todos lhe prestem, neste momento, as devidas homenagens, ao completar trinta anos de judicatura, tornando-se o decano dos desembargadores do Tribunal de Justiça do Ceará do qual foi Vice-Presidente e Presidente, no exercício de 2007/2009. E sua competência é posta em destaque por sua grande capacidade de lidar com os mais diversos enfoques no campo jurídico e de abordar, em livros e artigos, temas de grande realce.

De minha parte, quero deixar consignado que o tenho na conta de um amigo especial, que nunca me faltou e que sempre me prestigiou. Tive seu grande apoio quando se processava a construção do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) do qual foi sempre um grande entusiasta e do qual participou, durante largo tempo, de seus seminários internacionais. Mas seu apoio não se resumiu só à sua participação. Foi muito além. Fez parte do corpo de colaboradores da Revista Brasileira de Ciências Criminais. E mais ainda, escreveu um artigo de muito impacto (A inconstitucionalidade do artigo 41-A da Lei Eleitoral) no livro publicado, em 2003, que tinha por finalidade prestar-me homenagem (Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco).

Seria, portanto, pertinente que, agora, meu caro Ximenes, esperasse de mim a retribuição a tanta amizade e boa vontade para comigo. Lamento decepcioná-lo. Teria tido imensa minha satisfação se lhe pudesse escrever, adequadamente, um trabalho especial. Só me sobra, para homenageá-lo, autorizar, se assim entender adequada, a publicação, ainda não ocorrida no Brasil, do meu derradeiro artigo. Receba-o como se fosse escrito em sua homenagem.

2 Introdução

Para justificar tal subtítulo "inquietações de um nonagenário", devo esclarecer que meu tempo de vida já caminha, um tanto apressado, pela década dos noventa e, por isso, para explicar minha presença aqui, quero que minhas palavras se refiram, antes de qualquer outra consideração, à forma, como entendo, que a velhice deva ser encarada.

Norberto Bobbio afirmava, ao atingir os oitenta anos de idade, que "o mundo dos velhos, de todos os velhos, é, de modo mais ou menos intenso, o mundo da memória". "Dizemos: afinal, somos aquilo que pensamos, amamos, realizamos". E acrescentava: "somos aquilo de que lembramos". [...] "Que nos seja permitido viver enquanto as lembranças não nos abandonarem e enquanto, de nossa parte, pudermos nos entregar a elas. A dimensão na qual o velho vive é o passado. O tempo do futuro é para ele breve demais para dedicar seus pensamentos àquilo que está por vir"[3]. Em livro posterior, Norberto Bobbio insistiu na mesma temática: "o grande patrimônio do velho está no mundo maravilhoso da memória, fonte inesgotável de reflexões sobre nós mesmos, sobre o universo em que vivemos, sobre as pessoas e os acontecimentos que, ao longo do caminho, atraíram nossa atenção"[4]. E o que dá suporte a este posicionamento? O entendimento de que "a velhice é indissolúvel do seu sentido de fim" e, portanto, o caminho certo "ao encontro marcado com a morte". E, por isso, "o interesse pelo futuro diminui. O devir já não lhe pertence"[5].

Tenho o atrevimento e a ousadia de divergir de Norberto Bobbio. Não obstante vivenciar o nonagenário, não consigo, por maior esforço que faça, sentir-me prisioneiro inescapável do passado. Acredito, como ele, que o passado constitui uma dimensão temporal de alta influência sobre qualquer pessoa de idade avançada, mas me recuso, por maior que seja a força do tempo a empurrar-me para fora da vida, a deixar de visualizar o presente e de buscar o futuro, por mais curto que, para mim, possa ser.

Não nego que as lembranças do passado são de importância capital porque fazem parte de mim, da minha própria história; porque me dão identidade na medida em que representam fatos, pessoas, episódios, escolhas, trechos, casos, momentos, — felizes ou tristes, pouco importa —

---

3 Bobbio, Norberto, **O tempo da memória** (De Senectude), trad. Daniela Versiani, Rio de Janeiro: Editora Campus, l997, p. 30.

4 Bobbio, Norberto, **Dicionário de um século (**Autobiografia), trad. de Daniela Versiani, Rio de Janeiro: Editorial Campus, l998. p. 236.

5 Bobbio, Norberto, *cit.*, p. 238.

de minha existência. No mundo da memória, as lembranças, por vezes, são duras e desgastantes. Deixo-as, em princípio, guardadas em cápsulas e, não raro, elas não me atendem ao primeiro apelo. Escondem-se em recantos escuros do cérebro, e, muitas vezes, não querem voltar à luz porque sabem que me devolvem situações pessoais que não podem ser mais recompostas ou porque têm consciência de que são dolorosas demais. Os pensamentos, as realizações, os sucessos, os amores e as lembranças benfazejas convivem comigo no dia a dia e se tornam instrumentos de avaliação da realidade presencial. Quero viver o presente porque acho que devo acompanhar, ainda que seja por vezes canhestro ou excessivamente crítico, em relação ao que se passa na atualidade, no mundo no qual estou ainda inserido. Mas isso já me dá a chance de pensar no futuro: em algo que se mostre caminhando para uma completude que me pareça aceitável ou que tenha um significado assustador.

Por certo, não direi palavras que "inventaram seu percurso", nem palavras que amanhecem", como recomenda Marina Colasanti[6] num belo poema. Não teria seguramente sucesso se tentasse procurá-las. Irei simplesmente expor algumas inquietações que a todos provocam — tanto a jovens quanto a idosos — o que não constitui privilégio apenas para os que viveram uma carga maior de anos ou já vivenciaram uma quantidade maior de experiências.

3 O progresso tecnológico dos fins do século XX até a segunda década do século XXI

O mundo, no espaço temporal prefixado, comporta questionamentos extremamente complexos e de difícil equacionamento. A globalização, com seu caráter abrangente e sua antítese, a desglobalização, com seu perfil isolacionista; os estados laicos e a ideia oposta dos estados teocráticos; o terrorismo não oficial em confronto com o terrorismo estatal; a sensação de medo que perdeu sua dimensão pessoal para transformar-se no medo social, constituem, em verdade, um conjunto de temas que exigem uma exploração aprofundada, sob os mais variados enfoques.

Mas muito mais ingente e desafiante do que toda esta já atordoante pauta de questões, é a problemática do progresso tecnológico a denunciar

6 Colasanti, Marina, Fino Sangue, poema Outras Palavras, Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2005, p. 12.

a aproximação, em velocidade vertiginosa, de um mundo de feição estritamente digital.

O planeta Terra, no interregno explicitado, apresenta-se vinculado, por meio de sofisticados aparatos tecnológicos, a uma rede de múltiplas formas. Alguns desses aparatos já procediam do século passado, como a televisão e a internet. Outros fizeram-se presentes, com mais expansão, nos anos iniciais do Século XXI, como as plataformas digitais, tais como o Facebook, o Instagram, o Tencent, o Google, a Amazon, a Apple etc. Os telefones celulares, com seus aplicativos, em particular, o *WhatsApp,* encontraram tal nível de popularização que se pode afirmar, sem receio de errar, que tais instrumentos tecnológicos provocaram transformações de largo espectro, não apenas na vida econômica, social e política das pessoas físicas e jurídicas, mas também no modo de relacionamento entre os seres humanos, produzindo uma subjetividade típica do início do Século XXI.

Com extrema ironia, Drauzio Varella destaca que "sob o comando de Lúcifer, o anjo da luz, condenado ao fogo eterno por desafiar desígnios de Deus, desenvolveu uma tela para o celular, de longe a mais diabólica das invenções humanas. A tela conseguiu hipnotizar multidões de mulheres, crianças e homens mantidos on-line vinte e quatro horas. Antes podíamos não ter visto a mensagem enviada, por estarmos longe do computador. A tela jogou por terra essa possibilidade. Não satisfeito, o Demônio criou o *WhatsApp*. Cinco minutos depois de enviar um e-mail, o inimigo manda um *WhatsApp* para cobrar a resposta. Desafetos mais ansiosos executam as operações simultaneamente"[7].

Esta concreta realidade evidencia, de modo a espancar qualquer incerteza, que a informação e a comunicação estreitaram, em definitivo, as dimensões da equação tempo/espaço e nunca os seres humanos estiveram tão interligados. Bilhões de terráqueos tornaram-se interconectados e não representaram nenhuma ficção científica ou literária a conclusão, em face da velocidade dos meios tecnológicos, de que o universo todo, numa perspectiva temporal breve, estará totalmente conectado.

O que isso significa para o ser humano?

Giovani Sartori enfatizava que o *Homo sapiens* "deve todo o seu saber e todo o avanço de seu entendimento à sua capacidade de abstração"[8]. Isto não quer dizer que não existam palavras de conteúdo concreto, isto

7 Varella, Drauzio, "Malfadada Tecnologia", in: **Folha de São Paulo**, Ilustrada, 8 de outubro de 2018, p. C6.

8 Sartori, Giovanni, **Homo Videns, La sociedad teledirigida,** Madrid: Taurus, l998, p. 45.

é, palavras que sejam aptas a transmitir ao cérebro imagens de coisas que guardam visibilidade como "casa, cama, mesa, carne, carro, gato, mulher, etc.[9]". No entanto, "quase todo nosso vocabulário cognoscitivo e teórico consiste em palavras abstratas que não têm nenhum equivalente preciso em coisas visíveis e cujo significado não pode ser retratado, nem traduzido em imagens" [...] "São abstrações não visíveis os conceitos de justiça, legitimidade, legalidade, liberdade, igualdade, direito (direitos) ou palavras como desemprego, inteligência e felicidade"[10]. Em síntese, todo o conhecimento do *Homo sapiens* se baseia em conceitos ou construções mentais que não são, de modo algum, percebidos por nossos sentidos.

No final do século passado, o mesmo Giovanni Sartori já chamava a atenção para o predomínio da imagem do dano da palavra. "A palavra", dizia, "é um símbolo que se resume no que significa, no que nos faz entender. E entendemos a palavra somente se pudermos, isto é, se conhecermos a língua a que pertence; caso contrário, é letra morta, um sinal, um som qualquer. Por sua vez, a imagem é pura e simples representação visual. A imagem vê-se e isto é suficiente. E para vê-la, basta possuir o sentido da visão, basta não ser cego. A imagem não se vê em chinês, árabe ou inglês, como já foi dito, vê-se e é suficiente"[11].

Destarte, a televisão e a internet não foram apenas instrumentos a mais de comunicação. Era: "um *medium* que gera um novo *anthropos*, um novo tipo de ser humano"[12]. O *Homo sapiens* que tem seu lastro cognitivo, em palavras abstratas, é suplantado pelo *Homo videns* que é infinitamente mais pobre, não somente quanto às palavras (ao número das palavras), mas sobretudo em relação à riqueza dos seus significados. Além disso, pode-se afirmar que a transmissão por imagem — qualquer que seja o instrumento tecnológico — vincula-se a fato concreto, único que pode ser exibido por imagem e isso acarreta para quem vê a imagem um pensamento também concreto, o que afasta o conceito abstrato que é próprio do *Homo sapiens*. Ademais, a imagem provoca efeitos no campo do emocional na medida em que se concentra na transmissão de fatos catastróficos ou de fatos criminosos capazes de produzir fortes impressões no *Homo videns*, o que lhe obsta uma reflexão mais acurada sobre a imagem transmitida. Desta

9 Sartori, Giovanni, cit., p. 45.

10 Sartori, Giovanni, **La carrera hacia ninguna parte**, trad. Núria Petit, Buenos Aires: Taurus, 2016, p. 17 e s.

11 Sartori, Giovanni. **Homo Videns**, cit., p. 35.

12 Sartori, Giovanni, cit., p. 36.

forma, a tecnologia comunicacional invade a mente dos receptores de imagens e se mostra capaz de criar insegurança e vulnerabilidade.

Mas o *Homo videns*, com o veloz desenvolvimento de novas tecnologias, vai cedendo seu lugar ao *Homo connectus*, isto é, ao ser humano total e integralmente refém dos aparatos tecnológicos da modernidade. Não é tanto a imagem que se sobrepõe à palavra, mas sim as ferramentas de informação e de comunicação que interligam as pessoas.

O que isso significa?

Um processo de dependência — ou de quase escravidão? — entre o ser humano e um instrumento tecnológico: a internet como o centro de ligação com outras pessoas e com o mundo e o celular como extensão inseparável da mão a emitir mensagens que correm entre milhões e milhões de aparelhos. As mensagens encurtam-se e as palavras são inexoravelmente cortadas ou substituídas por vocábulos onomatopaicos ou signos ridículos, numa linguagem irreconhecível.

A linguagem, a passos céleres, perde o seu valor e sua capacidade de significação. Desta maneira, os instrumentos tecnológicos interferem no próprio desenvolvimento cerebral na medida em que se adota um novo sistema de informar-se e de pensar. As pessoas "acostumadas a pescar informações nos computadores, sem precisar fazer esforços prolongados de concentração e se condicionam a contentar-se com esse borboleteio cognitivo" que tais instrumentos tecnológicos "os acostuma, com suas infinitas conexões e saltos para acréscimos e complementos", ficaram, de certa forma, "vacinadas contra o tipo de atenção, reflexão, paciência e prolongada dedicação àquilo que se lê[13]". Zygmunt Bauman, em palestra que proferiu no Rio de Janeiro, asseverou que "concentrar-se e se dedicar por um longo tempo é uma questão importante. Somos cada vez menos capazes de fazer de forma correta" e acrescentou "é preciso ter determinadas qualidades, se você deseja construir conhecimento e não só agregá-lo: paciência, atenção e habilidade para ocupar esse local estável, sólido, no mundo em constante movimento. É preciso trabalhar a capacidade de se manter focado"[14].

Mas o perfil do *Homo connectus* não se esgota apenas no que já foi dito.

---

13 Vargas Llosa, Mario, **A civilização do espetáculo**, trad. Ivone Benedetti, Rio de Janeiro, 2012, p. 192.

14 Bauman, Zygmunt, Há uma crise de atenção, **O Globo**, Sociedade, 13.09.2015, p. 41.

"As atuais transformações tecnológicas, fundadas nas tecnologias digitais móveis, na aplicação de sensores a todos os objetos do cotidiano, na digitalização de muitos processos e produtos, especialmente, na utilização de técnicas de inteligência artificial, irão também produzir profundas transformações na forma como trabalhamos, produzimos e vivemos[15]".

Mais do que elencar os instrumentos tecnológicos que assombram o mundo atual (drones, robôs, redes sociais, veículos autônomos, Chat GPT, etc.), vale a pena questioná-los:

4 O que está subjacente à tecnologia? No que a tecnologia, no presente momento, pode desfavorecer o ser humano? Quais as perspectivas futuras da tecnologia?

Cada uma dessas perguntas encerra problemáticas de grande complexidade e que são objeto de rol imenso de respostas discutíveis. Mas não há como omiti-las. É imprescindível que sejam expostas, por mais questionáveis que sejam, porque, nesta altura, o que está em jogo são gravames que põem em xeque os direitos básicos do próprio ser humano no presente e no futuro.

4.1 O que está subjacente à tecnologia

4.1.1 O capitalismo de vigilância

Ninguém desconhece a extraordinária capacidade do sistema capitalista de superar suas crises, por mais profundo que seja o abalo sofrido. Quando foi aberto o caminho para a criação da internet, imaginava-se que o sistema digital fosse capaz de conduzir as pessoas "para uma vida mais eficaz e com forte compromisso com a privacidade"[16]. Logo, foi desfeito o sonho de um mundo conectado com o bem-estar de todos. Assim, em seu lugar, tudo se degenerou num "espaço de vigilância, disseminação de notícias falsas, propagação de teorias conspiratórias, alienação e desconfiança"[17]. Da internet, como força comunicatória aos novos padrões tecnológicos, o passo foi curto.

15 Oliveira, Arlindo, **Inteligência artificial,** Lisboa: Fundação Francisco Manoel dos Santos, 2019, p. 92.

16 Zuboff, Shoshana, **Precisamos do mundo digital sob leis,** São Paulo: O Estado de São Paulo, Especial, 9/3/1921, p.H5.

17 Zuboff, Shoshana, cit., p. H5.

Surgiu, então, o denominado capitalismo de vigilância, denominação dada por Shoshana Zuboff: "ele sabe tudo *sobre nós*, ao passo que suas operações são programadas para não serem conhecidas *por nós*. Elas acumulam vastos domínios de um conhecimento novo proveniente *de nós*, mas que não é *para nós*. Enquanto o capitalismo de vigilância e seus mercados futuros comportamentais tiverem permissão de prosperar, a propriedade desses novos meios de modificação comportamental irá ofuscar a propriedade dos meios de produção, como manancial de riqueza do poder capitalista do século XXI"[18]. "As lutas de poder, no século XX, eram entre o poder da indústria e a força do trabalho, mas o século XXI exibe o capital de vigilância se opondo a nossas sociedades como um todo, alcançando cada indivíduo em particular. A concorrência pelas receitas de vigilância avança sobre o nosso corpo, nossas casas e nossas cidades, numa batalha por poder e lucro que pode muito bem ser a mais violenta que o mundo viu"[19]

4.1.2 A coleta de dados pessoais

Os diversos aparatos tecnológicos têm a capacidade de entrar no seu cotidiano, extraindo dados até então estritamente privados. As suas palavras, os seus sentimentos, os seus posicionamentos, pessoais ou políticos, as suas imagens, os seus hábitos, os seus alimentos, os seus deslocamentos, a sua saúde, os seus relacionamentos afetivos, as suas orientações sexuais, em resumo, tudo que lhe diga respeito, terá condições de ter registro, quantificação e previsibilidade por algoritmos. "O mercado poderá, em seguida, apoderar-se desses dados e dar-lhes um preço. É o conjunto de sua vida cotidiana que é transformado em mercadoria"[20]

Yuval Noah Harari observou, com total propriedade, que os donos dos dados pessoais são os donos do futuro"[21] e acentuou que a "corrida para obter dados", "liderada por gigantes como Google, Facebook e Tencent" começou com a adesão ao "modelo de negócios dos *mercadores de atenção*"[22]. No século XXI, sob domínio dos *mercadores de atenção*,

18 Zuboff, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância**, trad. de George Schlesinger, Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2021, p.22.

19 Zuboff, Shoshana, **A Era do Capitalismo de Vigilância**, cit., p. 225.

20 Morozov, Evgeny, " L'intellectuel de net degaine ", **Philosofie Magazine**, n. 97, mar. 2016, p.29.

21 Harari, Yuval Noah, **21 lições para o Século 21**, trad. Paulo Geiger, São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 102.

22 Harari, Yuval Noah, cit., p. 107.

os dados pessoais de cada usuário de aparatos tecnológicos puderam ser captados e manipulados, com ou sem o respectivo consentimento. Os mercados são, hoje, "os motores movidos pelo combustível da atenção. A atenção é atualmente para as empresas o que as fazendas foram para as sociedades rurais, o que as fábricas foram para a Revolução Industrial e o que o conhecimento é para a Era da Informação"[23]. E enquanto objeto dessa *atenção*, "o *usuário* é a mão de obra gratuita porque é ele quem digita, fotografa, posta, filma e faz tudo. Os conglomerados digitais não precisam gastar um centavo com digitadores, editores, revisores, fotógrafos, cinegrafistas, locutores, modelos, atrizes, roteiristas, nada. Absolutamente nada. O *usuário* trabalha sem parar em frêmitos de gozo, sem cobrar um tostão. Não bastasse isto, o mesmo *usuário*, além de mão de obra gratuita, é também matéria-prima, pois as histórias narradas são as dele, os gatos e os pratos de comida fotografados são os dele, os delírios postados aos quais a *Superindústria*[24] dá o nome pernóstico de conteúdo são os dele. Por fim, o usuário é também mercadoria. A *Superindústria* o colhe de graça, como se fosse mato espalhado pelo chão, e vai comerciá-lo em seguida, no todo ou em partes, no varejo e no atacado, em sacas ou em granel, a preços trilionários"[25] [...] "O tal *usuário* se diverte, acha que o *entretenimento* que lhe oferecem é um presente, e trabalha até mais não poder"[26].

É assustadora a ideia em voga do denominado *compartilhamento sem fricção*[27] que defende a existência de aplicativos que "rastreiam tudo o que uma pessoa consuma"[28] num site. Caminha-se cada vez mais para um futuro "no qual tudo o que fazemos será registrado e compartilhado" com outros num clima "de medo diante da vigilância onipresente"[29]. Não se afirme que o *compartilhamento sem fricção* é um princípio carregado de inocência porque ninguém estaria, em verdade, interessado no que o usuário faz, transmite, ouve ou lê. Não há afirmação mais enganosa. Ninguém pode na atualidade subestimar o que se pode extrair de uma sequência de dados pessoais que parecem sem importância.

---

23 Cassino, João Francisco "Modulação deleuziana, modulação algorítmica", in: **Sociedade de Controle**, org. por Joyce Souza, Rodolfo Avelino, Sérgio Amadeu da Silveira, São Paulo: Hedra, 2018, p. 18.

24 Bucci, Eugêni,. **A superindústria do imaginário**, Belo Horizonte: Autêntica, 2021, p. 412/413.

25 Bucci, Eugênio, cit., p. 412 e s.

26 Bucci, Eugênio, cit., p. 413.

27 Morozov, Evgeny, "O Facebook está contra a alegria", trad. de Paulo Migliacci, **Folha de São Paulo**, 28/11/2011, p. 1.

28 Morozov, Evgeny, cit., p. 1.

29 Morozov, Evgeny, cit., p. 2.

4.2 No que a tecnologia, no presente momento, pode desfavorecer o ser humano?

4.2.1 O fim da era da privacidade e da intimidade.

A tecnologia, na atualidade, atingiu, no seu âmago, os conceitos de privacidade e de intimidade[30] que são sistematicamente erodidos. Em lugar da pessoa exercer seu direito de decidir tanto o que quer revelar, como o que quer guardar em sigilo, tal direito individual, de conotação constitucional, passa, de pronto, para o domínio de plataformas digitais que decidem, a seu bel prazer, fazer uso, em seu proveito, dos dados pessoais coletados. Os apregoados gigantes do mundo digital, tais como Google, Facebook, Microsoft. Apple, Amazon, Tencent, etc. com seus sofisticados aparatos digitais, desestruturaram os conceitos de privacidade e de intimidade, não só nos termos definidos por John Locke — "cada qual guarda a propriedade, sua própria pessoa e sobre esta ninguém tem qualquer direito, exceto ela[31]" — mas também "nos termos constitucionais dos Estados Democráticos atuais (art. 1.º, III e 5.º X, da Constituição Federal"[32]. O conceito de privacidade liquefez-se e o art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos perdeu sua razão de ser. Há intromissões sub-reptícias na vida privada das pessoas e as redes sociais, "os mecanismos de busca, os aplicativos de celulares — tudo aquilo que tanto facilita a vida moderna — se transformaram em uma alegre concessão que fazemos, a cada dia, à invasão total e inevitável de informações a nosso respeito[33]". Tal postura revela que se põe à parte a transformação das matérias-primas da natureza em mercadorias para reivindicar-se "o material da natureza humana para a feitura de uma mercadoria nova. Agora é a natureza humana raspada, arrancada e tomada para o projeto de mercado do novo século"[34]. "Exigir a privacidade dos capitalistas de vigilância ou pressionar

30 No Brasil, há a tendência de tratar os conceitos de vida privada e de intimidade como indistintos, apesar da Constituição Federal estabelecer no art. 5, X, uma separação conceitual entre eles ao mencionar vida privada e intimidade, como componentes inafastáveis da dignidade da pessoa humana.

31 Citação de Pastor, Luiza, O fim da era da privacidade, **Folha de São Paulo**, Ilustríssima, p. 7, 30.06.2019.

32 Art.1.º, III: dignidade da pessoa humana; Art. 5.º, X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

33 Pastor, Luiza, cit.

34 Zuboff, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância,** cit., p. 115.

pelo fim da vigilância comercial na internet" é "como pedir a uma girafa que encurte o pescoço"[35].

É mister que a extração e exploração dos dados pessoais pelos aparatos tecnológicos mais sofisticados e os "fatos nus e crus do capitalismo de vigilância"[36] despertem a indignação de todos na medida em que desfiguram os conceitos de privacidade e de intimidade, os quais fazem parte do complexo de enfoques que subsidiam o conceito-chave de dignidade da pessoa humana. Não é possível esperar mais. Ao usar métodos tecnológicos ocultos, o capitalismo de vigilância em voga e num crescimento em progressão geométrica, furta "nossa experiência pessoal e esse é um processo ilegal"[37] na medida em que foge ao nosso controle. É direito de cada um decidir quais os dados pessoais que devem ou não ser compartilhados ou que devem ou não ser sigilosos. "Fazer essa escolha sempre foi um direito individual. Em um mundo pré-digital, esse direito nunca foi ameaçado. Se nos tornarmos de volta esse direito às empresas, então, poderemos atrelar a coleta de dados ao interesse público. Hoje, estas quantidades massivas de dados ficam guardadas com empresas e são usadas para gerar lucro para elas. Essa quantidade inimaginavelmente vasta é produzida por nós, mas não nos serve.[38]

4.2.2 As novas profissões e empregos, criados pela expansão tecnológica suprirão as profissões e empregos tendentes a desaparecer?

Eis uma questão que demanda algumas considerações. A sociedade resultante da revolução tecnológica não se mostra compatível com diversas profissões e empregos e por isso, os destroi, de forma extremamente rápida. Mas novas profissões e empregos são criados para atender às novas necessidades.

Mas serão eles suficientes?

Há sérias dúvidas a respeito.

Será possível reeducar o profissional ou o empregado a curto prazo? Será fácil transmitir-lhes os novos conhecimentos exigidos pelos artefatos tecnológicos? E, depois, o número de profissionais e empregados eliminados não será "provavelmente maior do que o número de empregos

35 Zuboff, Shoshana, **A Era do Capitalismo de Vigilância**, *cit.*, p. 224.
36 Zuboff, Shoshana, **A Era do Capitalismo de Vigilância**, *cit.*, p. 586.
37 Zuboff, Shoshana, **Precisamos do mundo digital sob leis**, *cit.*, p. H5.
38 Zuboff, Shoshana, **Precisamos do mundo digital sob leis**, *cit.*, p. H5.

que serão criados, efeito que poderá estar relacionado com a dificuldade referida de encontrar pessoas com as competências adequadas"[39]?

Para onde conduz este quadro social?

Determinadas pessoas tornar-se-ão, então, indispensáveis para o mundo digital o que denuncia uma evidente desigualdade na medida em que a humanidade, em princípio, poderá ser dividida "numa pequena classe de super-humanos e uma massiva subclasse de *Homo sapiens* inúteis". [...]. "Para piorar ainda mais uma situação que já é nefasta" [...] "as massas perdem importância econômica e poder político". [...] "E "o futuro das massas dependerá então da boa vontade de uma pequena elite. Talvez haja boa vontade durante poucas décadas. Mas em tempo de crise — como uma catástrofe climática — seria muito tentador e fácil descartar as pessoas supérfluas"[40].

4.3 Quais as perspectivas futuras da tecnologia?

Duas perspectivas básicas mostram-se pertinentes quando se vislumbra o futuro da tecnologia. É óbvio que há alta dose de audácia nessa postura. Mas não há como fugir a uma flagrante alternativa: ou o ser humano, mercê da inteligência artificial generativa, passará a ser um "ninguém" [...] porque "o habitante do globo terrestre digitalizado não é ninguém"[41] ou os aparatos tecnológicos obedecem a regras limitadoras.

4.3.1 O futuro do ser humano: dois perfis contrapostos

Se não houver nenhum controle sobre a inteligência artificial generativa; se as grandes plataformas digitais mantiverem a resistência de sempre a todo e qualquer tipo de regramento; se os dados pessoais continuarem a ser extorquidos e comercializados, sem a percepção de quem os fornece; se for levada adiante a exploração econômica da própria natureza humana; se não se interromper a luta concorrencial própria do capitalismo de vigilância; se não se puder evitar a ocorrência de efeitos danosos à privacidade e à intimidade dos seres humanos; se se prosseguir no total desprezo aos direitos fundamentais próprios de toda e qualquer pessoa, por certo, correr-se-á o risco acentuado de que tenhamos o domínio

39 Oliveira, Arlindo, *cit.*, p. 94.

40 Harari, Yuval Noah, *cit.*, p.105.

41 Han, Byung-Chul. **Infocracia**, Petrópolis: Editora Vozes, 2022, p. 22.

da máquina sobre a pessoa humana. Isto faz lembrar o conto premonitório de E.M. Forster, - "*A máquina parou*" - escrito em l909, e no qual se tem a sensação antecipada da internet, do celular, da videoconferência, da fuga ao contato pessoal, do isolamento imposto, da poluição terrestre, etc. É de grande expressão o trecho desse conto no qual Forster observa: "Criamos a Máquina para que fizesse as nossas vontades, mas agora já não podemos fazer com que atenda nossos desejos. Ela nos roubou o sentido do espaço e o sentido do tato, borrou todo tipo de relação humana "[...], "paralisou nossos corpos e nossas vontades e agora nos obriga a idolatrá-la". "A Máquina segue adiante, mas não como o mesmo objetivo nosso. Existimos apenas como os corpúsculos de sangue que correm por suas veias e se ela pudesse viver sem nós, ela nos deixaria morrer"[42].

Em flagrante antagonismo com a figura cada vez mais presente do homem/máquina, vale a pena reavivar o pensamento de Hannah Arendt no sentido da capacidade criativa do ser humano e de que ele sempre esteve décadas à frente da tecnologia. "A ciência apenas realizou e afirmou aquilo que os homens haviam antecipado em sonhos - sonhos que não eram loucos nem ociosos". [...] O homem futuro a ser produzido "parece motivado por uma rebelião contra a existência humana tal como nos foi dada — um dom gratuito vindo do nada (secularmente falando) que ele deseja trocar, por algo produzido por ele mesmo. Não há razão para duvidar que sejamos capazes de realizar essa troca, tal como não há motivo" para duvidar da nossa atual capacidade de destruir toda a vida orgânica da Terra". Embora ainda não saibamos se esta troca se tornará definitiva, é de toda evidência que "se o nosso cérebro, condição material e física do pensamento, não puder acompanhar o que fazemos" [...] "necessitaríamos realmente de máquinas que pensassem e falassem por nós" e das quais ficaríamos dependentes como "escravos indefesos"[43].

Se "a digitalização do mundo da vida avança implacável" e "submete a uma mudança radical nossa percepção, nossa relação com o mundo, nossa convivência; se "ficamos atordoados pela embriaguez da comunicação e da informação"; se "o tsunami da informação desencadeia forças destrutivas" e "abrange também, nesse meio tempo, âmbitos políticos e leva a fraturas e disrupções massivas no processo democrático"[44], é hora do ser humano mostrar sua capacidade de resiliência e demonstrar

42 Forster, E.M. **A máquina parou,** São Paulo: Editora Iluminuras, 2018, p.43.

43 Arendt, Hannah. **A condição humana,** trad. de Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Editora, Forense, 1958, p. 9 e ss.

44 Han, Byung-Chul, *cit.*, p.25.

a necessidade da presença, da voz e da audiência do outro com que possa criativa e democraticamente dialogar.

4.3.2 Necessidade de regramento

As grandes plataformas digitais insistem "na liberdade para adotar qualquer prática nova enquanto afirmam agressivamente a necessidade de sua *liberdade de leis* e regulamentos"[45]. Por isso, rejeitam a interferência reguladora, seja ela legislativa, judicial, societária ou de qualquer outra espécie em seus métodos de operação. E isto mesmo quando o objetivo "não é dominar a *natureza*, e sim a *natureza humana*. O foco mudou de máquinas que superam os limites do nosso corpo para máquinas que modificam o comportamento de indivíduos, grupos e populações em prol de objetivos mercadológicos"[46].

Numa situação desta ordem na qual a qualidade do ser humano está exposta a uma séria desqualificação, o Direito não poderá ficar inerte, aguardando o momento vazado de sua intervenção. A característica fundamental do Direito é a de delimitar, de balizar, de descrever e de regular situações nas quais a pessoa humana corra riscos gravíssimos. Como observa Eric Hilgendorf, "se não desejamos nos surpreender completamente com o progresso tecnológico, é bom nos ocuparmos hoje dos desafios éticos e jurídicos de amanhã. [...] Mesmo se as previsões dos tecnólogos não se realizem, ainda faz sentido lidar com as visões desenvolvidas por eles, porque elas têm um grande efeito na construção de opiniões. Os cenários do futuro mesmo aqueles que, com uma probabilidade nos limites da certeza, nunca se tornarão realidade, desempenham um papel importante nos debates sociais sobre novas possibilidades tecnológicas" [...] "Ademais, é possível ver e examinar, sob uma nova luz, conceitos jurídicos e conceitos sócio-filosóficos ultrapassados"[47].

Bem por isso, não se compreende que o Direito se entregue à acomodação, que a insegurança aumente numa proporção geométrica e que as liberdades sejam irremediavelmente sepultadas. Urge, e com a maior rapidez possível, que se abram os debates, no âmbito jurídico, sobre o mundo tecnológico e, em particular, sobre a inteligência artificial, tornando-se tal agenda temática obrigatória.

---

45 Zuboff, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância,** cit., p. 558.

46 Zuboff, Shoshana, **A era do capitalismo de vigilância**, cit., p. 578.

47 Hilgendorf, Eric, **Veículos autônomos e direito penal,** coordenadores Estellita, Heloisa e Leite, Alaor, Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2019, p. 84.

A indiferença do Direito poderá ser a causa de ofensas extremamente graves à própria dignidade humana do indivíduo. E, nesse contexto, "os direitos constitutivos da dignidade humana se diferenciam dos direitos humanos usuais na medida em que, em nenhuma hipótese ou circunstância, são passíveis de restrições jurídicas. Limitações à dignidade humana são, portanto, sempre antijurídicas"[48].

Causa imensa preocupação, portanto, que as novas tecnologias "estejam sendo amplamente disponibilizadas sem termos primeiro uma discussão aprofundada sobre seus impactos e a definição de uma regulamentação"[49]. Mais do que o deslumbramento provocado pela inteligência artificial generativa, é mister que se proponham normas jurídicas capazes de torná-la transparente, permitindo um controle adequado de seus objetivos, de forma a impedir qualquer desvalorização do ser humano.

Há um sinal à vista nessa direção.

A União Europeia tomou a iniciativa de regrar as *Big Techs*, através da Lei de Serviços Digitais e, posteriormente, o Parlamento Europeu, aprovou, em 14 de junho do corrente ano, a Lei de Inteligência Artificial. Destarte, no continente europeu, passou a viger diversas condutas normatizadas, exigíveis das plataformas digitais, com consequentes sanções, no caso de desrespeito. Mas não é suficiente. As leis nacionais, ou mesmo, leis de aplicação num determinado continente não tem o condão de impor normas a plataformas digitais que têm uma atividade praticamente universal na medida em que suplanta, sem o menor entrave, fronteiras territoriais e se interconecta com quase toda população mundial. Cada vez mais fica explícito que é inafastável uma visão internacional da questão. Fora disso, o impasse continuará vigente: OU se estabelecem limites às ações das empresas digitais OU estas limitarão numa escala ascendente os seres humanos.

Há, por isso, pressa numa tomada de posição. Não há como prorrogar por mais tempo o distanciamento entre o Direito e a Tecnologia. É o momento adequado de repelir o *status quo* e dizer *não* à maquinaria tecnológica. E isto *agora*, porque logo será *tarde* demais.

48 Hilgendorf, Eric, *cit.*, p. 85.

49 Maes, Pattie. Inteligência artificial que escreve sozinha é como papagaio, e isso traz riscos, Entrevista dada a Leonardo Stamillo, **Folha de São Paulo**, 4.3.23, p. A-23.

5 A título de fecho

Por derradeiro, tentarei regressar às minhas palavras iniciais. Em contraste com o pensamento de Norberto Bobbio, afirmei que me recusava a abandonar o presente e ainda alimentava a perspectiva do futuro, por mais estreito que fosse. Fiz um esforço nessa direção - embora possa não ter tido sucesso - para deixar à evidência que me sinto vivendo o presente e que faço um esforço maior com o objetivo, enquanto houver tempo, de viver momentos futuros nos quais as pessoas, sobretudo, os jovens, possam ter a sensação de que são capazes de mudar o mundo.

Recordo-me sempre de uma frase de Machado de Assis quando se referia ao revezamento das gerações: "vão os hóspedes saindo do banquete à proporção que outros chegam e ocupam o seu lugar; é a perpétua substituição dos convivas". Peço desculpas a Machado de Assis porque sou favorável ao revezamento tardio e porque sou uma pessoa sem grandes nostalgias, mas carregada de esperanças: só saio do banquete da vida, onde tudo se discute e se planeja, não quando o novo conviva chegar ao salão, mas somente no momento em que, com insistência, bater-me firmemente às costas e relembrar-me que já está na hora de ir embora.

Referências

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Trad. de Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Editora, Forense, 1958..

BAUMAN, Zygmunt. **Há uma crise de atenção**. O Globo, Sociedade, 13.09, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de um século (Autobiografia).** Trad. de Daniela Versiani, Rio de Janeiro: Editorial Campus, l998.

BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória (De Senectude)**. Trad. Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Editora Campus, l997.

BUCCI, Eugêni. **A superindústria do imaginário.** Belo Horizonte: Autêntica, 2021, p. 412/413.

CASSINO, João Francisco. Modulação deleuziana, modulação algorítmica. In: **Sociedade de Controle**, org. por Joyce Souza, Rodolfo Avelino, Sérgio Amadeu da Silveira, São Paulo: Hedra, 2018.

COLASANTI, Marina. **Fino sangue, poema outras palavras**. Rio de

Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2005.

FORSTER, E.M. **A máquina parou.** São Paulo: Editora Iluminuras, 2018.

HAN, Byung-Chul. **Infocracia.** Petrópolis: Vozes, 2022..

Harari, Yuval Noah. **21 lições para o Século 21**. Trad. Paulo Geiger, São Paulo: Companhia das LETRAS, 2018.

HILGENDORF, Eric, **Veículos autônomos e direito penal**. Coordenadores Estellita, Heloisa e Leite, Alaor, Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2019, p. 84.

MAES, Pattie. Inteligência artificial que escreve sozinha é como papagaio, e isso traz riscos. Entrevista dada a Leonardo Stamillo, **Folha de São Paulo,** 4.3.23, p. A 23.

MOROZOV, Evgeny. O Facebook está contra a alegria. Trad. de Paulo Migliacci. **Folha de São Paulo**, 28/11/2011.

MOROZOV, Evgeny. L'intellectuel de net degaine. **Philosofie Magazine,** n. 97, mar. 2016.

OLIVEIRA, Arlindo. **Inteligência artificial.** Lisboa: Fundação Francisco Manoel dos Santos, 2019.

SARTORI, Giovanni. Homo Videns. **La sociedade teledirigida.** Madrid: Taurus, l998.

SARTORI, Giovanni. **La carrera hacia ninguna parte**. Trad. Núria Petit, Buenos Aires: Tau-rus, 2016.

VARELA, Dráusio. Malfadada Tecnologia. **Folha de São Paulo**, Ilustrada, 8 de outubro de 2018.

VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo**. trad. Ivone Benedetti, Rio de Janei-ro, 2012, p. 192.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância.** Trad. de George Schlesinger, Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2021.

ZUBOFF, Shoshana. Precisamos do mundo digital sob leis. **O Estado de São Paulo**, Especial, 9/3/1921.

Capítulo 4

Breves Reflexões sobre os Novos Princípios Constitucionais do Sistema Tributário Nacional

Denise Lucena Cavalcante[1]

1 Homenagem ao Professor Fernando Ximenes

Na vida acadêmica, o tempo passa diferentemente. Aliás, é como se não passasse. Os ciclos estão sempre em recomeço e concedem a maravilhosa ilusão de um relógio parado. A juventude perene dos alunos, que se renovam a cada semestre, traz a vitalidade criativa da sala de aula, fazendo com que os docentes se misturem nessa aura mágica da renovação constante e se deixem conduzir pela ilusão da juventude eterna nos debates cotidianos.

Como estudantes, vivenciamos o encantamento do novo e do conhecimento transmitido pelos nossos mestres que nos marcam as vidas e, muitas vezes, o destino de cada qual.

Como professores e professoras, temos o privilégio cotidiano de compartilhar o conhecimento com jovens que nos contagiam com seu entusiasmo pela vida profissional e sempre têm algo novo para também nos ensinar.

O bom mestre é aquele que não é esquecido e vai muito além de nos guiar com as lições jurídicas, nos inspirando na carreira. E assim foi com o Professor Fernando Ximenes. Tive o privilégio de ser sua aluna, no momento histórico da elaboração da Constituição de 1988, quando o Brasil escreveu um novo capítulo da sua história, consolidando a tão sonhada democracia. Suas lições de Direito na velha Salamanca – a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, me encantavam, pois conseguia simplificar o que, a princípio, era incompreensível. Falava com leveza da teoria do Direito e, sutilmente, foi nos dando a base sólida do conhecimento científico.

1 Professora Titular – UFC. Pós-doutorado - Universidade de Lisboa. Doutorado - PUC/SP. Mestrado - UFC. Procuradora da Fazenda Nacional. E-mail: deniselucenac@gmail.com.

A Faculdade de Direito, em seus intensos movimentos estudantis, esteve sempre atuante nos debates empolgantes daquele tempo. E, certamente, com o estímulo do brilhante corpo docente, a exemplo do Professor Fernando Ximenes, sempre fomentando o conhecimento jurídico em ultrapasse à sala de aula. Seus sábios ensinamentos jurídicos foram tão relevantes quanto o exemplo dado como cidadão ético, justo e pacífico.

Seguindo na magia encantadora da vida acadêmica, tornei-me professora em 1994, integrando o renomado Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFC, ao lado do Professor Fernando Ximenes que, não obstante os anos de convívio e amizade, ainda o tenho como meu professor, com toda a reverência da discípula com o seu mestre.

E a vida seguiu e recebi o presente, em momentos distintos, de me tornar professora de seus brilhantes filhos, Sofia e João Gabriel. De alunos, tornam-se hoje amigos, que a cada dia me encantam com sua docilidade e firmeza de caráter.

E, assim, o tempo, que corre na realidade, continua parado no nosso mundo acadêmico. Mesmo aposentado, o Professor Fernando Ximenes continua o grande mestre de todos nós. Agora nos transmite muitas outras lições, dentre as quais a mais recente vivenciada, a importante preleção de como ser pai, marido e avô amoroso. Sua dedicação à família e seu respeito à liberdade de pensar e agir de todos os que estão ao seu redor merecem aplausos. Ele consegue levar o mesmo espírito democrático da vida profissional para a vida pessoal. Seus filhos, seus netos e sua esposa, Marfisa Ximenes, são testemunhas desse meu relato.

Estimado amigo e meu sempre Professor, com muita alegria escrevo esse artigo em sua homenagem e registro aqui minha admiração por suas trajetórias acadêmica, profissional e familiar.

2 Inovações ao texto constitucional decorrentes da EC n. 132/2023

A Emenda Constitucional n. 132, de 20 de dezembro de 2023, trouxe inúmeras alterações ao Sistema Tributário Nacional, destacando aqui a tributação sobre o consumo e criação dos princípios previstos no art. 145, § 3º, da CF/88, quais sejam: simplicidade; transparência; justiça tributária; cooperação e defesa do meio ambiente.

As alterações do Sistema Tributário Nacional constituem alvo de inúmeras críticas, contudo, há consenso em relação à necessária simplificação do atual modelo de tributação do País.

A Reforma Tributária representa significativo desafio, bem como constitui missão arriscada para o governo nos próximos anos, considerando que o fim do período de transição está previsto para 2077.

Não é em vão que estamos todos preocupados com o encaminhamento político das propostas em curso e, mais ainda, com a pressa do governo em aprovar um texto de considerável complexidade e com sérias consequências para o federalismo brasileiro.

Primeiramente, impõe-se esclarecer, que a chamada Reforma Tributária é uma reforma sobre o consumo, sendo esse um dos principais entraves do Sistema Tributário Nacional.

Até agora, a tributação sobre o consumo no Brasil compete aos três entes da Federação: União, com o IPI e PIS\COFINS; Estados/DF, com o ICMS e; Municípios, com ISS. Esse modelo é confuso, concedendo ensejo a inúmeras distorções na economia nacional. O custo decorrente dessa tributação é elevado, tanto pela complexidade da relação tributária, como pelas divergências entre fiscos e contribuintes, que resultam em infindáveis processos judiciais e administrativos.

A mudança, portanto, é necessária. Não obstante tenhamos inúmeras críticas ao texto da Emenda Constitucional n.132/2023, isso não significa que não compartilhamos da ideia central da Reforma Tributária no tocante ao intento de redução da complexidade da tributação sobre o consumo no Brasil, com a instituição do modelo internacional do IVA (Imposto sobre o Valor Adicionado).

3 A relevância dos novos princípios do ordenamento jurídico

A Emenda Constitucional n. 132/2023 evidencia-se pela inovação no que concerne à instituição de cinco novos princípios constitucionais, previstos no art. 145, § 3º, da CF, que passam a nortear o Sistema Tributário Brasileiro, com fulcro na simplicidade, transparência, justiça tributária, cooperação e defesa do meio ambiente.

Estes princípios decorrem das atuais exigências e valores da sociedade contemporânea[2], devendo, doravante, *apontar a direção, o*

2 "As normas tributárias, como todas as outras normas, devem ser interpretadas com o objetivo de alcançar o valor que está intrínseco na regulamentação das relações da vida social. E este

sentido, em que devem ser entendidas as normas que nele se apoiam e ressalta não poder o intérprete extrair conclusão que o contrarie, como bem ressalta Geraldo Ataliba, ao tratar dos princípios constitucionais[3].

Simplicidade, *transparência*, *justiça tributária*, *cooperação* e *defesa do meio ambiente,* agora, contém força normativa. Antes discutidos somente nas searas doutrinária e jurisprudencial, no momento, tais princípios contribuem na orientação de políticas públicas orientadas para as exigências contemporâneas, que exigem novas atitudes dos operadores do Direito.

É de relevância evidenciar o fato de que o art. 145, § 3º, da CF, já está em vigor[4], portanto, as leis complementares que instituirão o IBS, a CBS e o IS, já deverão seguir os novos princípios constitucionais.

Recordamos, por ensejado o momento, que os princípios estão conectados com outros direitos fundamentais tutelados pela Carta Maior, numa "unidade deste sistema fundamentante de valores", conforme a didática expressão de Karl Larenz[5].

A inclusão dos princípios da simplicidade, transparência, justiça tributária, cooperação e defesa do meio ambiente no capítulo do Sistema Tributário Nacional representa um grande avanço no Direito Tributário brasileiro, antes marcado pelo formalismo acentuado[6], consolidado desde

---

processo lógico-valorativo decorrente da interpretação da lei não pode ser limitado por deduções antecipadas ou em favor de quem quer que seja." (CAVALCANTE, Denise Lucena. A razoabilidade e a proporcionalidade na interpretação judicial das normas tributárias. *In*: LOBO, Ricardo Lobo. (Coord.) **Temas de interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 35).

3 ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 7.

4 "Art. 23. Esta Emenda Constitucional entra em vigor:
I - em 2027, em relação aos arts. 3º e 11;
II - em 2033, em relação aos arts. 4º e 5º; e
III - na data de sua publicação, em relação aos demais dispositivos." (EC n. 132/2023).

5 "É também verdade que estes direitos fundamentais e princípios não estão uns a par dos outros, sem conexão, mas que se relacionam uns com os outros de acordo com o sentido e, por isso, podem tanto completar-se como delimitar-se entre si. Não é outra coisa o que pretende dizer o Tribunal Constitucional Federal fala da Constituição como um 'todo de sentido' ou da 'unidade deste sistema fundamentante de valores'. [...] e em caso de colisão de direitos fundamentais ou bens jurídicos tutelados pela Constituição, ele utiliza preponderantemente o método da 'ponderação de bens no caso particular'." (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 413).

6 "Seguindo essa linha de raciocínio, é possível sustentar que a doutrina formalista que se desenvolve a partir da década de 60 e nas décadas de 70 e 1980 era, de certo modo, progressista, no sentido de que buscava viabilizar o debate tributário possível no contexto de um Estado de exceção. Com a redemocratização e a Constituição de 1988 era de se esperar uma revolução copernicana na teoria tributária brasileira, a passagem de uma doutrina gestada em um Estado autoritário para outra que refletisse os valores e princípios de um Estado democrático de Direito.[2] A mudança, contudo, foi muito mais lenta do que se poderia esperar. De fato, o formalismo tributário, enraizado na doutrina brasileira desde a década de 1960, recusou-se a

a promulgação do Código Tributário Nacional (1966) e se conservou com a Constituição Federal de 1988.

A sociedade contemporânea exige respostas aos novos problemas, cujas soluções não se encontram na legislação vigente. Daí a importância dos atuais princípios constitucionais que reforçam a necessidade de mudança das estruturas da Administração Fazendária, bem como da relação Fisco-Contribuinte.

Vejamos, sinteticamente, algumas características de cada princípio, conforme estão à continuidade.

O princípio da simplicidade se contrapõe ao elevado enredamento do Sistema Tributário Brasileiro, principalmente no tocante ao excesso de obrigações acessórias, que enseja elevado custo ao seu cumprimento e aumenta a burocracia e os litígios em matéria fiscal.

Não restam dúvidas da dificuldade de tornar esse princípio efetivo, mas sua previsão no Texto Constitucional, ao menos, aponta a diretriz que devemos seguir daqui em diante.

A simplicidade, também discutida pela doutrina como princípio da praticabilidade, estabelece que a legislação e a relação jurídico-tributária sejam exequíveis, viáveis e claras. Na lição de Regina Helena Costa[7], a praticabilidade, conhecida também por *praticidade, pragmatismo* ou *factibilidade*, é traduzida, em sua acepção jurídica, no conjunto de técnicas que visam a viabilizar a adequada execução do ordenamento jurídico.

Infelizmente, na instituição do IBS e CBS, pela análise do PLP n. 68/2024, percebe-se que não será ainda nesse momento que alcançaremos a simplicidade. A opção por um IVA DUAL contrapõe-se à simplicidade.

Importante é invocar esse princípio na instituição do IBS/CBS, considerando que ambos substituirão os sobejamente complexos ICMS, ISS, PIS e COFINS, responsáveis pela maioria dos conflitos jurisprudenciais no País.

---

abrir espaço para os valores e princípios da nova Constituição. O discurso formal, que antes era o único possível na interlocução com um Estado ditatorial, seguiu cobrando protagonismo — quando não exclusividade — como único legítimo para refletir o Sistema Tributário Nacional." (ROCHA, Sérgio André. Reforma tributária e princípios no Sistema Tributário Nacional. **Consultor Jurídico.** 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-ago-14/justica-tributaria-reforma-tributaria-principios-sistema-tributario-nacional/. Acesso em: 30 abril 2024).

7 COSTA, Regina Helena**. Praticabilidade e justiça tributária**: exequibilidade da lei tributária e direitos do contribuinte. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 53.

A transparência fiscal sempre foi tema de efusivos debates na contextura nacional. Mesmo depois de a legislação prever expressamente a necessidade de sua adoção, ainda reina no âmbito da Administração Fazendária o dogma do sigilo fiscal. Daí a importância da sua inserção agora no Sistema Tributário Nacional.

A Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) cuidou da transparência na gestão fiscal e da maneira de acesso às informações do Fisco, tendo sido posteriormente alterada pela Lei Complementar número 131, de 27/05/2009, e pela Lei Complementar número 156, de 28/12/2016, ampliando a sua atuação em prol da transparência.

Ao se reportar ao aspecto da transparência, tem ressaltado, também, a Lei n. 12.527/2011, conhecida como LAI - Lei de Acesso à Informação - conquistada por pressão da sociedade civil, que determina uma reestruturação da Administração Pública perante a sociedade na Era da Informação, determinando que a regra é a transparência e o sigilo conforme a exceção.

A Lei Complementar n. 101/2000 reforçou esse entendimento, ao afirmar que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente.

Posteriormente, a Lei Complementar n. 131/2010 reforçou a intenção de que as normas de finanças públicas se direcionam para a responsabilidade na gestão fiscal, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No âmbito específico do gasto público referente à gestão fazendária, poucas informações terão a chancela de informes restritos, muito menos, de ultrassecretos ou secretos, considerando que a missão maior do Estado nesse caso é a prestação das atividades essenciais efetivadas com os valores arrecadados dos recursos da sociedade, que deve, em contrapartida, controlar diretamente a prestação de tais serviços. Daí a exata concepção de transparência da Gestão Pública, que há de ser realizada em prol dos próprios financiadores do Estado: os cidadãos/ãs-contribuintes.

Corroborando esse movimento em prol da transparência, são dignos de destaque os dispositivos da Lei n. 14.129/21, que reforçam a transparência e o monitoramento da qualidade na execução dos serviços públicos, além de incentivar, com os meios necessários, à participação

social no controle e na fiscalização da Administração Pública (art. 3º, incisos IV e V).

Por transparência ativa, o art. 4ª, XI, da Lei n. 14.129/21, prevê a disponibilização de dados pela gestão oficial, independentemente de solicitações, resguardados, contudo, os dados com restrição legal de sigilo.

O inciso XXIII, do art. 3º, da lei ora analisada, prevê a implantação do governo como plataforma e a promoção do uso de indicadores com vistas à formulação de políticas públicas, pesquisas científicas, geração de negócios e controle social.

A transparência ativa impõe a ampla divulgação dos dados públicos, de sorte que a informação é essencial para o efetivo controle social.

A Era da Transparência Fiscal exige a utilização de condutores eficientes para a compreensão das informações estatais e conhecimento de todas as exações incidentes sobre o preço pago e os valores transferidos ao Estado[8].

Só é possível o exercício do controle social das finanças públicas com a efetiva transparência dos dados da gestão fiscal. O montante arrecadado, bem como sua destinação, devem ser controlados de perto pela sociedade e, para isso, os dados têm que ser claros e de fácil acesso.

Na Era da Sociedade Digital, fica muito mais fácil cumprir essas diretrizes legais, devendo os cidadãos exercerem com firmeza o controle social.

A inserção do princípio da transparência no Sistema Tributário Nacional consolida essa importante transição do modelo fiscal brasileiro, antes robustamente estruturado com base na cultura do sigilo.

O princípio da justiça tributária tem fundamento nos direitos e garantias fundamentais previstos em diversos outros dispositivos da Constituição Federal, destacando, desde logo, o Preâmbulo[9] da Carta Magna, ao instituir o Estado Democrático, reconhecendo a igualdade e *a justiça* como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito.

A justiça tributária é um valor constitucional, agora expresso. Sempre esteve implícito em nosso ordenamento jurídico. Inúmeros são os seus desdobramentos. Como explica Paulo Caliendo, o princípio da justiça

8 Sobre o tema, ver COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e justiça tributária**: exequibilidade da lei tributária e direitos do contribuinte. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 119-137.

9 Nesse sentido: JOBIM, Eduardo. **A justiça tributária na Constituição**. São Paulo: Malheiros/Jus Podivm, 2023, p. 392.

fiscal se fundamenta em três pilares: mínimo de sentido, instrumento de coerência normativa e valores comuns da sociedade[10]. Não se há de conceber uma arrecadação além das possibilidades de pagamento dos contribuintes e que não esteja de acordo com os ditames legais.

Destaca-se na EC n. 132/2023 uma importante diretriz de justiça fiscal, ao prever a devolução do IBS e da CBS aos contribuintes de baixa renda (*cashback*), com o objetivo de reduzir as desigualdades de renda. O §13, do art. 156-A, prevê a devolução obrigatória nas operações de fornecimento de energia elétrica e de gás liquefeito de petróleo.

O PLP n. 68/2024 ofereceu proposta da devolução personalizada do IBS e da CBS (arts. 100 a 113), com previsão de atender pessoas que possuem renda mensal declarada de até meio salário-mínimo. Esse valor é por demais ínfimo e não cumprirá o princípio maior da justiça tributária.

É certo que a operacionalização dessa medida não será fácil, considerando o elevado número de pessoas em situação de vulnerabilidade no País, mas a previsão dessa nova medida é importante, pois impõe ao Poder Público a missão de elaborar novas técnicas para garantir a efetividade da previsão constitucional.

O princípio da cooperação foi inserido pelo Senado Federal na PEC número 45/2019, em substituição ao princípio do equilíbrio. Sem dúvidas, o princípio da cooperação é bem mais abrangente. O anterior princípio do equilíbrio produzia dúvidas em seu conceito, inclusive por ter previsão no âmbito do Direito Financeiro, referindo-se ao equilíbrio orçamentário.

O princípio da cooperação reforça as novas diretrizes do Direito tributário brasileiro rumo a um modelo mais colaborativo entre as partes. Essa colaboração abrange, não só, a relação Fisco/Contribuinte, mas também a atuação entre as administrações fazendárias.

Os recentes modelos de colaborativos tendem a aumentar, inclusive em decorrência dos avanços da governança digital, que viabiliza uma célere atuação entre as partes. Como já defendíamos anos atrás, o cidadão/ã-contribuinte não é mais um mero expectador e destinatário da norma tributária, mas, também, sujeito coadjuvante da própria imposição tributária[11].

---

10 CALIENDO, Paulo. Da justiça fiscal: conceito e aplicação. **Interesse público**, Belo Horizonte, v. 7, n. 29, jan. 2005.

11 CAVALCANTE, Denise Lucena. **Crédito tributário**: a função do cidadão-contribuinte na relação tributária. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 30.

O princípio da cooperação será de grande valia na transição do modelo fiscal tradicional, onde prevalece a punição, para o modelo colaborativo, em que as partes focam na correção das falhas, propiciando a justa arrecadação do tributo devido e a diminuição das inúmeras sanções decorrentes de falhas no cumprimento das obrigações acessórias.

O princípio da proteção ao meio ambiente já era reconhecido pela doutrina como princípio implícito no sistema tributário[12], considerando o art. 170, VI[13] e art. 225[14], ambos da Constituição Federal.

Não sobram dúvidas, contudo, acerca do fato de que agora se torna mais efetivo, quando expresso com clareza, cuja presença no capítulo do sistema tributário nacional exerce uma reação centrípeta, atraindo em torno de si demais normas jurídicas que estejam sob sua influência.

Com efeito, constata-se que é um princípio a ser observado por todos os tributos e, não somente, em relação ao Imposto Seletivo.

Com a EC n. 132/2023, a Constituição altera-se para adaptar-se à nova realidade, no âmbito da qual a mudança climática e o desequilíbrio ambiental se tornaram problemas de grande relevância no contexto global, exigindo medidas concretas nos ordenamentos jurídicos vigentes.

A sustentabilidade ambiental integra os debates contemporâneos, exigindo um novo direcionamento na elaboração e aplicação das normas tributárias. É importante frisar esse novo contexto, pois é com amparo nele que se exigirá os demais tributos também se direcionarem em prol da defesa do meio ambiente.

Causa-nos preocupação a ausência de diretrizes tendidas à sustentabilidade ambiental no PLP n. 68/2024, que não conduz nenhuma vinculação do princípio da defesa do meio ambiente ao IBS e CBS, restringindo-se, e ainda sem clareza, ao Imposto Seletivo.

Aliás, em relação ao IS, resta claro que a sua configuração tem que ter objetivos que vão além do meramente arrecadatório, destacando

---

12 Sobre o tema, ver: CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade fiscal em prol da sustentabilidade ambiental. *In*: GRUPENMACHER, Betina Treiger *et al.* **Novos horizontes da tributação:** um diálogo luso-brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012, p. 95-208.

13 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: [...]. VI - **defesa do meio ambiente**, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. (CF/88).

14 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. (CF/88).

o valor finalístico da proteção à saúde e ao meio ambiente, conforme disposto no art. 153, VIII, da Constituição Federal. Esse direcionamento do imposto seletivo aos fins extrafiscais deve ser rigorosamente observado pela lei complementar. Defeso se afigura ao legislador desconsiderar a função extrafiscal do IS, devendo esta predominar sobre a função fiscal, conquanto ambas convivam harmonicamente na mesma figura impositiva. Como acentua Paulo de Barros Carvalho, *ao construir suas pretensões extrafiscais, deverá o legislador pautar-se, inteiramente, dentro dos parâmetros constitucionais, observando as limitações de sua competência impositiva e os princípios superiores que regem a matéria*[15].

Com arrimo na premissa de que a função extrafiscal visa a induzir comportamentos, e que o Texto Constitucional elegeu, no caso do IS, os valores decorrentes da proteção à saúde e ao meio ambiente, caberá ao legislador, por intermédio de lei complementar, definir os critérios da regra-matriz de incidência tributária do imposto seletivo, de modo a garantir tais valores. A função extrafiscal do Imposto Seletivo é clara na Constituição, sendo, portanto, tarefa do legislador observar as premissas ali estabelecidas.

O imposto seletivo será cobrado com início em 2027 (art. 126, I, "b", ADCT/CF/88) e não vai incidir cumulativamente com o IPI (art. 126, III, "b", ADCT/CF/88). Inclusive, é importante registrar o fato de que o IPI não foi extinto com a Emenda Constitucional n. 132/2023. Não obstante as alíquotas serem reduzidas a zero em 2027, continuarão vigentes em relação aos produtos que tenham industrialização incentivada na Zona Franca de Manaus, conforme critérios que serão estabelecidos em lei complementar. Ainda que o produto da arrecadação do IS seja passível de compensar a arrecadação do IPI, no caso de eventuais reduções no montante dos repasses constitucionais[16], isso não descaracteriza sua natureza extrafiscal e não é considerado um substituto do IPI, tendo características completamente diferentes.

Para concretizar essas novas diretrizes constitucionais e garantir que o Imposto Seletivo cumpra sua finalidade, há muito trabalho pela frente, considerando que o PLP número 68/2024 denota uma configuração da

15 CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 33. ed. São Paulo: Noeses, 2023, p.258.

16 "Art. 7º A partir de 2027, a União compensará eventual redução no montante dos valores entregues nos termos do art. 159, I e II, em razão da substituição da arrecadação do imposto previsto no art. 153, IV, pela arrecadação do imposto previsto no art. 153, VIII, todos da Constituição Federal, nos termos de lei complementar." (Emenda Constitucional n. 132/2023).

incidência tributária muito aberta e sem uma clara definição da obrigatória função extrafiscal vinculada ao IS.

4 Considerações finais

Observa-se que o PLP 68\2024 deu excessiva preponderância ao princípio da neutralidade como norteador do IBS e da CBS, deixando de lado os novos princípios constitucionais, não tendo feito nenhuma menção na proposta legislativa.

Evidente é que a técnica da neutralidade é de suma importância no desenho normativo do IBS/CBS, no sentido de evitar distorcer nas decisões de consumo e de organização da atividade econômica, conforme previsto no art. 2º, do PLP n. 68/2024. Mas não se pode concordar com o seu tratamento como um princípio e, tratado com tanta ênfase, que parece ter sido esquecida a necessária observância dos novos princípios constitucionais.

Os princípios de simplicidade, transparência, justiça tributária, cooperação e defesa do meio ambiente correspondem às exigências da sociedade brasileira. Eles passam a nortear o Sistema Tributário patrial para os novos desafios globais, tais como a crise climática, a transição da era do sigilo para a transparência, a cooperação entre as partes, à negociação em demanda da solução pacífica de litígios e a arrecadação sustentável - exigências contemporâneas que estão muito além das normas vigentes.

O Direito Tributário brasileiro tem que identificar as exigências atuais, propondo soluções eficientes. Para compreender a tributação contemporânea, é necessário que sejam desativados os padrões conceituais enraizados no Direito Tributário nas últimas décadas e tomados como certos e inquestionáveis durante anos. Foram adequados durante a realidade em que foram constituídos, contudo, os tempos atuais exigem novas condutas e regras renovadas.

Nessa perspectiva, são realçados os princípios da simplicidade, transparência, justiça tributária, cooperação e defesa do meio ambiente, que, certamente, direcionarão em um melhor caminho o Sistema Tributário Brasileiro.

Referências

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 33. ed. São Paulo: Noeses, 2023.

CALIENDO, Paulo. Da justiça fiscal: conceito e aplicação. **Interesse público**, Belo Horizonte, v. 7, n. 29, jan. 2005.

CAVALCANTE, Denise Lucena. A razoabilidade e a proporcionalidade na interpretação judicial das normas tributárias. *In*: LOBO, Ricardo Lobo. (Coord.) **Temas de interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 33-56, 2003.

CAVALCANTE, Denise Lucena. **Crédito tributário**: a função do cidadão-contribuinte na relação tributária. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade fiscal em prol da sustentabilidade ambiental. *In*: GRUPENMACHER, Betina Treiger *et al.* **Novos horizontes da tributação:** um diálogo luso-brasileiro. Coimbra: Almedina, p. 95-208, 2012.

COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e justiça tributária**: exequibilidade da lei tributária e direitos do contribuinte. São Paulo: Malheiros, 2007.

JOBIM, Eduardo. **A justiça tributária na Constituição**. São Paulo: Malheiros/Jus Podivm, 2023.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

ROCHA, Sérgio André. Reforma tributária e princípios no Sistema Tributário Nacional. **Consultor Jurídico.** 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-ago-14/justica-tributaria-reforma-tributaria-principios-sistema-tributario-nacional/. Acesso em: 30 abril 2024.

Capítulo 5

Reflexões Sobre o Direito

Dimas Macedo[1]

1 Introdução

O mundo do Direito, desde o início do Estado moderno, acha-se submetido à racionalidade da Política, constituindo atividade de produção estatal por excelência, como se o Poder Legislativo fosse a única fonte de emanação de normas de caráter jurídico.

Esse arranjo institucional e filosófico esqueceu-se, contudo, de que os Direitos Fundamentais e a Dignidade da Pessoa Humana não podem prosperar sem a correção das desigualdades sociais e as garantias da Jurisdição; e sem o reconhecimento de outras instâncias da Sociedade e do Estado onde o Direito é produzido.

O Estado liberal burguês e os seus paradoxos foram restringindo, com o tempo, a legitimidade do fenômeno jurídico para o universo das abstrações. Os direitos naturais deixaram de ser universais e pressupostos e passaram a ser confrontados com os direitos positivos do modo de produção capitalista, como se o Direito necessitasse apenas do Estado para se legitimar.

As normas do Direito não decorrem apenas do poder do Estado. São valores de alcance universal, que pairam acima das forças temporais, que se enraízam no tecido social enquanto instrumentos da utilidade e da boa convivência, consoante mostraram os romanos com a codificação da prática dos costumes.

A defesa da Democracia e do Humanismo, contudo, se foi afirmando na modernidade e na pós-modernidade como exigência da vida social; assim como a politização da legitimidade, como fundamento da realidade normativa, passou para o centro do debate na sociedade pluralista e aberta.

A sociedade do conhecimento e a abordagem da Justiça e do Direito evoluíram para a experiência da alteridade e para as trocas de saberes e

1 Mestre e Livre-Docente em Direito. Professor da Faculdade de Direito da UFC

tecnologias; e o ponto de compreensão do universo jurídico passou a coincidir com os Direitos Fundamentais e não com a máquina do Estado.

A estrutura orgânica do Estado e a sua missão de servir aos apelos do Direito não são ou nunca poderão ser superiores à reivindicação dos anseios de Justiça que brotam da parte dos desamparados e dos conflitos decorrentes da Democracia e do Estado de Direito.

O Direito Natural, enquanto matriz axiológica dos sistemas jurídicos modernos, mostra-nos o quanto a normatividade do Direito é produto das relações sociais e da sua dinâmica no campo da política. A força normativa do Direito, assim, seria produto da sua legitimidade e da adequação das suas normas aos valores da Justiça e dos Direitos Humanos.

Desde quando Norberto Bobbio incorporou o justo entre as características da norma jurídica, restaurando o sentido ético do Direito, exigido pela retomada do jusnaturalismo, a interpretação do Direito vem aspirando a um novo significado diante das exigências da vida social.

2 A Sociologia do Direito

O Direito é fato social, norma de caráter jurídico, relação intersubjetiva de condutas e espaço onde a liberdade humana se afirma. As garantias da jurisdição e da democracia, ao lado da autonomia e das relações de alteridade, são os seus maiores elementos.

Na modernidade, contudo, o Direito tem sido, essencialmente, legislação; tem sido Direito positivo muito mais do que Direito pressuposto, expressando-se como comando normativo imposto pelo Estado e pela sinergia com que o parlamento joga as suas fichas no plenário do conflito político.

Mas seja como for, o Direito é um limite e uma forma de segurança para a sociedade, constituindo também um projeto de paz para aqueles que lutam por igualdade e justiça social.

Entre o mundo do Ser, tendo em vista a sua manifestação na vida social e a dinâmica das relações exigidas pela política, interpõe-se a vida do Direito, remarcada pelos seus valores, suas decisões e sua linguagem cambiante.

O ser e a existência do Direito, isto é, a sua fenomenologia e a sua experiência, são pedras de toque para a sua compreensão e abordagem neste estádio da sociedade complexa em que estamos vivendo.

Para a Teoria Tridimensional do Direito, o fato social de natureza jurídica constitui um dos eixos estruturais do Direito. É uma das faces por meio da qual o universo jurídico se revela, ao lado do valor e da norma jurídica propriamente dita.

A Dialética do Direito, resultado do movimento histórico, aponta para o sociologismo jurídico, mas a eclosão da Questão Social (ainda no século XIX) e o advento do Estado Social (no século seguinte) é aquilo que vai antecipando, na tradição do Ocidente, o surgimento de uma nova ciência – a Sociologia do Direito.

Trata-se de uma forma de abordagem do Direito ainda em expansão, que teve como pioneiros, no Brasil, juristas do porte de Joaquim Pimenta e Evaristo de Moraes, Cláudio Souto e Joaquim Falcão, Nelson Saldanha e Felipe Augusto de Miranda Rosa.

Entre a Sociologia Geral e a moderna Sociologia Jurídica, existe o percurso de um longo caminho, passando a sua construção pela transformação da filosofia social, inclusive aquela de viés marxista, e pelas ciências sociais sistêmicas que tanto invadiram o mundo do Direito e lhe deram a sua indiscutível força normativa.

Nestes tempos em que estamos vivendo, a Sociologia do Direito precisa se firmar, tendo-se em vista, principalmente, um novo modelo de Direito que seja a expressão da Justiça e da Igualdade, enquanto valores da existência social.

É de observar, ainda, no pertinente à Sociologia Jurídica, as suas conexões com o culturalismo e o funcionalismo sociológico de Niklas Luhmann, correntes filosóficas que vão desaguar no normativismo de conteúdo ético, que clama pela efetividade dos princípios e normas constitucionais.

3 Os Direitos Humanos

A hegemonia do capitalismo e a reificação da consciência, após a queda do Muro de Berlim e as transformações da Europa Oriental, no início da década de 1990, levaram o humanismo a uma encruzilhada: de um lado, a União Europeia Financeira desumanizando o trabalho em favor do modelo neoliberal; do outro, a violência e as armas da destruição norte-americanas contra a autonomia dos países emergentes.

Tudo isso foi determinando o crescimento das grandes incertezas e um cenário não muito promissor de globalização da miséria. O Direito

Constitucional e os Direitos Humanos vieram, então, a ser examinados por uma ótica nova, a ótica do Direito Constitucional Comunitário, Humanitário e Cooperativo, ganhando sentido o estudo principiológico das constituições e dos Direitos Fundamentais.

Os Direitos Humanos constituem a expressão genérica com a qual o sistema jurídico da modernidade passou a nominar os Direitos Naturais do Homem, inclusive, aqueles produzidos em outras idades da História, os quais vieram a integrar a essência da Constituição.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Revolução Francesa – e retificada de forma ainda mais universal pelas Organização das Nações Unidas –, tornou-se matéria constitucional de Direito Comparado em todos os quadrantes, fluindo da Europa para as constituições dos estados emergentes.

Titulados, às vezes, de Direitos Políticos, como fazem os espanhóis; ou de Liberdades Públicas e Direitos Individuais e Coletivos, como querem, respectivamente, os franceses e a Suprema Corte Americana, o certo é que os Direitos Humanos estão no centro do debate político.

No seu *Curso de Direito Constitucional*, 34ª ed. (São Paulo: Malheiros, 2019), Paulo Bonavides leciona que os Direitos Humanos e as Garantias Institucionais Fundamentais que asseguram a sua fruição compreendem o sentido e a espinha dorsal da Constituição, cuja força normativa decorre das regras e princípios em que se acham veiculados.

O estudo do assunto, no Brasil, tem despertado a curiosidade de muitos juristas, mas as suas dimensões histórica e filosófica têm sido pouco cultivadas e, com relação às suas origens ligadas à filosofia grega, pouca coisa foi produzida entre nós.

No livro *Raízes Gregas da Teoria Moderna dos Direitos Humanos* (Fortaleza-Rio-São Paulo: ABC, 2009), de Luciana Bruno, podemos conferir a importância doutrinária dessa temática.

Forma e conteúdo, expressão literária e temática se abraçam no texto deste livro como se formassem um bloco indivisível, como se a pesquisa constituísse uma síntese da cultura grega em sua relação com os Direitos Humanos.

Os conceitos de Direitos Fundamentais, Sociais e Individuais; a Política como afirmação da cidade universal; e a visão humanística da Filosofia como construção da sociedade e do Estado acham-se harmoniosamente reunidos neste volume que merece leitura e atenção.

4 O que é o Direito

O estudo meta dogmático do Direito, isto é, aquele que transcende à rigidez e ao formalismo dos dispositivos legais, é o fenômeno mais visível da Ciência Jurídica nos últimos tempos. O pluralismo político e a massificação democrática, agregados a outras formas de expressão da cultura, abalaram os parâmetros tradicionais do conhecimento.

Diante desse quadro, a metodologia e a visão transdisciplinar que possamos aplicar no processo de conhecimento, parece ser o caminho mais seguro para o nosso aprendizado, especialmente quando estamos diante do fenômeno mais complexo da sociedade, que é o Direito.

A teoria da norma e o positivismo jurídico encontram-se superados na pós-modernidade, decorrendo dessa circunstância a necessidade de um pensamento dialético e alternativo para que possamos compreender a pragmática e o realismo de caráter decisório que invadiram o mundo do Direito.

A distribuição da Justiça e a concepção do Direito mudaram, induvidosamente, de forma radical, especialmente porque o Direito Positivo se tornou uma equação capitalista e uma tirania daqueles que governam os interesses da vida social.

No tempo dos romanos, o Direito estava fundamentado nos costumes; na Idade Média, nos ideais ditados pela Monarquia e a Igreja Católica; na Idade Moderna, nos valores pregados pela burguesia, mas, hoje, o Direito se expressa pela tirania do capital e pela defesa dos seus postulados.

Empresa essencialmente capitalista, o Estado chamou para si o monopólio do Direito, a sua produção legislativa e a aplicação das leis como prerrogativas dos vencedores e do governo dos mais ricos e intolerantes.

A marginalidade e a exclusão foram, nas últimas décadas, tecidas pelos rigores das leis, pela acumulação do capital, pelo assalto do empresariado aos cofres do Estado, pela conivência de juízes e do Ministério Público para com os donos do dinheiro.

O crime organizado, com o tempo, foi passando para o centro do Poder Legislativo e invadindo todos os poderes, e de forma que talvez não exista decisão ou segredo no âmbito do Estado que o capitalismo não tenha tentado corromper, vontade parlamentar ou aplicação orçamentária que ele não tenha desviado em proveito da sua perversão.

No Estado forjado pelo poder econômico nas últimas décadas, o Direito passou a ser decisão burocrática, e a atividade judicial se transformou em atividade política, num autêntico conluio, muitas vezes, do Judiciário com o Executivo e com a lógica da concentração de rendas e riquezas.

O Direito já pode ter sido fator de equilíbrio cósmico, revelação da divindade, instrumento de manutenção da Paz e da Justiça, limites do poder do Estado ou forma de controle social apregoada pela Sociologia.

Hoje, no entanto, nos parece que apenas três coisas restaram da existência do Direito: a) uma discussão jusfilosófica totalmente impotente diante do modelo neoliberal de Estado; b) um amontoado de leis em defesa do capital e dos seus valores; c) um aparelho institucional de viés burocrático posto à disposição dos donos do poder e dos seus interesses.

Na sua essência, contudo, o Direito é um instrumento da Ética e da Alteridade, em defesa da Justiça e da Esperança, que são valores ou virtudes indispensáveis para o equilíbrio da vida social e para a afirmação da liberdade e da igualdade.

Sem humanismo não podemos aspirar à concretização da liberdade e da Democracia, nem podemos defender a nossa autonomia e o reconhecimento dos Direitos Constitucionais e dos Direitos Humanos.

5 O Estado Moderno

Neste tópico, procuramos fazer uma breve exposição acerca do Estado Moderno, desde a sua concepção no período medieval, passando pelo Estado Liberal e o Estado Social e chegando ao Estado Constitucional da pós-modernidade.

No Estado Medieval, o poder se achava concentrado nas mãos do soberano, que o exercia de forma indiscriminada; já no Estado Liberal, adotava-se a política de abstenção do Estado, forma de organização bastante diferente daquela que vigorava na fase anterior.

Com a eclosão do Estado Liberal, os direitos fundamentais de primeira geração se afirmam. Eles decorrem da própria condição do indivíduo e exigem do Estado uma postura negativa em face dos que postulam a liberdade, a propriedade e a livre concorrência.

Para Norberto Bobbio, em *Liberalismo e Democracia* (São Paulo: Brasiliense, 1988), "na doutrina liberal, Estado de Direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do

país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais".

Contudo, apesar da evolução do Estado Liberal e das suas conquistas, o forte absenteísmo do Estado, manifestado sob a forma da prestação negativa, sem intervenção nos setores da vida privada, passou a produzir uma sociedade egoísta, monopolista e individualista.

Em substituição à igualdade formal do Estado Liberal, surge no Estado Social a igualdade material e a Democracia como representação da Liberdade e afirmação dos Direitos Humanos, tais como, teorizados por Paulo Bonavides no seu livro *Do Estado Liberal ao Estado Social* (9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009).

Na formação do Estado Social, percebemos uma nova postura e a existência de um outro paradigma. A organização estatal passa a intervir na vida privada, possibilitando uma gradativa superação das misérias sociais e das desigualdades.

Essa nova forma de organização, segundo Carlos Ari Sundfeld, passa a atuar positivamente, objetivando "ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização da justiça social" (in *Fundamentos de Direito Público*, 5ª ed. (São Paulo: Malheiros, 2010).

Não podemos dizer, no entanto, que, por ocasião do Estado Social, houve a eliminação dos elementos do Estado Liberal, já que os pilares do Direito Social surgem com princípios do Direito Subjetivo, criado ainda no Estado Liberal.

Durante a vigência dessa modalidade de Estado, são muitas as repercussões da organização dos poderes no contexto social, que passa a ser influenciado por essas modificações. O Estado começa a interferir no plano das desigualdades, corrigindo as suas anomalias e superando os seus desafios.

Os avanços jurídicos ou os retrocessos sociais que surgem em virtude da modificação na estrutura do poder, no Estado Social de Direito, são fatores que também se projetam no campo da política e que alteram a visão estratégica e as concepções ideológicas da Filosofia e da Ciência Política.

A consequência dessas modificações tem sido o crescimento da máquina do Estado e a sua transformação em aparelho ideológico, quando os fins do Estado passaram a ser a expansão da sua burocracia, fundamentada no preconceito e na paranoia do soberano, tais os fascismos

que se espalharam na Europa durante o século precedente e que continuam nos ameaçando.

Desde a Segunda Guerra Mundial, passamos a viver sob os valores do Estado Constitucional, superando os modelos de Estado decorrentes da filosofia liberal e das aspirações do Estado Social, chegando ao Estado Constitucional, pluralista e aberto dos dias atuais, no qual a Democracia material e procedimental é a nossa maior garantia.

O Estado Constitucional, na feliz expressão de Peter Häberle, nasce dos escombros do Estado Social, mas não exclui a sociedade e as conquistas da ordem social e econômica, especialmente porque adota a Liberdade Política e a Igualdade no seu arcabouço, mas aquilo que o caracteriza, de forma ainda mais acentuada, é a supressão dos bloqueios entre os estamentos políticos e a afirmação da Justiça Social e da Participação como valores constitucionais de primeira grandeza.

6 A política, o Direito e a globalização

A política, que é a latitude máxima da ação humana, em busca de uma finalidade social, corre em todas as sociedades qual rastilho de pólvora. Não há como deter a sua força, a sua energia dadivosa, o seu poder absoluto de envolvimento e de transformação.

Não podemos pensar em qualquer forma de sociedade sem que nela não esteja presente o exercício da política. A política é o que é, existe porque tem que existir. É a espinha dorsal e a coluna vertebral da sociedade e do Estado e de todas as formas de organização.

Sempre pareceu difícil submeter a política aos limites da ética, porque a conquista do poder e a sua manutenção constituem, com certeza, um campo de guerra, e não tem como ser diferente. Mas é claro que a política pode ser limitada pelas normas do Direito e pelas aspirações de segurança que rondam o habitat da vida social.

Em face das conquistas da técnica e da clarificação das consciências, penso que, nos dias de hoje, a política poderia estar prioritariamente voltada para o homem, para as suas necessidades e para a superação das misérias sociais, que desafiam a paz e a busca dos Direitos Humanos.

A política, infelizmente, virou uma grande equação econômica: transformou-se em patrimônio material de uns e em forma de extorsão com que outros se mantêm no poder, roubando os cofres da administração,

assaltando a partilha do orçamento, transformando tudo em uma mesa de jogo da corrupção e do desvio de recursos.

Após os avanços da globalização econômica, especialmente desde a década de 1990, o capitalismo e os seus valores de ordem financeira foram assaltando, gradativamente, a máquina do Estado.

O mercado substituiu a política, e os intelectuais foram expulsos do espaço público, porque a equação capitalista não precisa de ideias, mas de pessoas dóceis à sua sedução material.

O capitalismo, como sabemos, abomina qualquer discussão de ideias que não seja em proveito da sua utilidade, e que não seja a favor dos monopólios de todos os setores da vida; e a ideologia de ordem econômica e monetária passou a ser, ao que parece, a religião oficial do planeta.

A cultura, a arte e a educação, que são bases primordiais do humanismo têm sido ultrapassadas, de último, pelos valores da tecnologia; a preparação técnica das pessoas assumiu o lugar da sua formação, do seu aprendizado sistemático e da sua capacidade de interação com os seus semelhantes; e a defesa dos Direitos Humanos vem perdendo o seu lugar nessa nova forma de sociedade, calculadamente fria e esquisita.

Grande parte das pessoas, hoje, sucumbiu à sedução do consumo e trocou sua alma pela exibição do seu ego. Muitos não estão nos espaços midiáticos da web porque fizeram alguma coisa de proveito no mundo, mas porque desejam promover as suas fantasias ou agradar as ideologias políticas que lutam para controlar o centro do poder.

Assusta observar, por outro lado, que o homem perdeu a sua condição de reagir, de se indignar, de denunciar os desmandos da classe política, e de ocupar as ruas e as praças para reivindicar os seus direitos.

Os que se julgam acima do bem e da verdade, decretaram a morte dos princípios, como se fosse possível convencer os semelhantes com o barulho de suas teses enfadonhas e do seu partidarismo que afrontam a segurança da Constituição.

A tolerância e, às vezes, a mais completa conivência de muitos chefes de Estado e de integrantes do Parlamento e do Poder Judiciário para com a mentira e a falsificação da verdade, e para com aqueles que já estão cansados de mandar são situações que estão, igualmente, a desafiar a paciência das pessoas.

No caso específico do Brasil, a busca da justiça social e o resgate da política enquanto vocação parece que não são, decididamente, valores que agradam aos integrantes da classe dirigente.

E o povo, sempre alimentado de muitas ilusões, acostumou-se demais com a mentira e com as esmolas que lhe são destinadas pelas autoridades que estão de plantão, e não desconfia sequer das intenções dos que estão no centro do poder.

Aos homens de boa vontade e aos que lutam pela ética e a dignidade começou a parecer estranha a ascensão de pessoas despreparadas e gananciosas, para a representação parlamentar e para os postos de comando da máquina do Estado.

A Política não constitui um fim, e o seu exercício, como sabemos, é uma vocação. Não é um patrimônio que se transmite por herança para os apaniguados do poder. A Política é uma missão e requer de quem a ela se entrega um compromisso para com as exigências da vida coletiva.

Nos meus livros *Direito Constitucional*, 4ª ed. (Rio: Lúmen Juris, 2023) e *Ensaios de Teoria do Direito*, 7ª ed. (Rio: Lúmen Juris, 2019) desenvolvo uma visão questionadora da crise do descompasso institucional em que o Brasil se acha mergulhado por conta das anomalias cometidas pelos poderes institucionais.

7 O Direito e a questão ambiental

No Brasil, infelizmente, a maioria dos políticos ainda não despertou para a grave questão do ambiente e o povo ainda não se sente motivado para os desafios da Educação Ambiental, o que é lamentável, e a consequência de tudo será a transmissão, para as gerações futuras, dessa conduta irresponsável.

Essa perversão em que a hegemonia da política foi transformada é a causa da violência social e da violência simbólica que nos cercam; é a causa da proliferação das drogas e das deformações, que atacam as novas gerações e entorpecem a mente dos que gravitam ao redor da máquina do poder.

Parece mesmo que existe uma desordem no cosmos, causada pela perversão em que se transformou a política, pois a sinfonia planetária que, há séculos, encantava a audiência humana, hoje se encontra ameaçada. Empresários e políticos inescrupulosos têm feito da ganância e da especulação instrumentos de violação da paz e do equilíbrio da vida em sociedade.

O meio ambiente vem perdendo a sua qualidade. Agredido pela insensatez e a irresponsabilidade de muitos, agoniza qual um animal sangrado, e pede clemência para a tragédia da degradação ambiental e cosmológica.

Depois que o homem decretou a morte de Deus e do sagrado, aparentemente, tudo se tornou possível, cumprindo-se assim a profecia do grande romancista russo Fiódor Dostoiévski.

A degradação ambiental, que hoje se espalha pelo mundo, tem recebido respostas muito convincentes da própria natureza, que aqui e ali vai-se defendendo como pode, por meio de vulcões e terremotos, degelo das calotas polares, tsunamis marinhos e aquecimento de todas as regiões do Planeta.

O ser humano, contudo, não recua, e a sociedade de consumo vai achando normal a circunstância de conviver com o lixo e com as embalagens nunca recicláveis das mercadorias que consome, rejeitando o ciclo natural do ambiente à sua volta e substituindo-o pelo consumo de produtos e serviços provenientes da indústria do tóxico.

O homem que consome, de forma obsessiva, o ópio do mercado, que sonha com o desejo do lucro, e que não contesta a poluição da natureza, parece mesmo que decidiu morrer abraçado com a sua imperfeição e com a sua teimosia de viés egoísta. Parece que decidiu sufocar a natureza, almejando o seu poder absoluto sobre o cosmos.

É possível que a voz dos ambientalistas e daqueles que defendem a natureza continue clamando no deserto, mas não reagindo contra o agravamento da crise ambiental, parece-nos o jeito mesquinho de estar no mundo e de aceitar a sua devastação.

8 Conclusão

Assim, urge que as pessoas de boa vontade continuem resistindo ao avanço do mal e ao poder de degradação do Universo e violação do Direito, tudo isso resultando da prática inescrupulosa dos que não acreditam no futuro e tudo corrompem em nome dos bens materiais e dos interesses.

Para além de tudo, no entanto, estão a esperança, a dignidade dos que sonham com a vida, que replantam a semente do bem e a partilha da Paz e da Justiça, porque os frutos perenes do Amor, a defesa da Ética e a força dos que lutam pela afirmação da verdade são as nossas crenças e os nossos valores de maior valia.

Referências

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia.** São Paulo: Brasiliense, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRUNO, Luciana. **Raízes Gregas da teoria moderna dos direitos humanos.** Fortaleza-Rio-São Paulo: ABC, 2009.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional.** Cidade do México: UNAM, 2003.

MACEDO, Dimas. **Ensaios e Teoria do Direito.** 7. ed. Rio: Editora Lúmen Juris, 2019.

MACEDO, Dimas. **Direito Constitucional.** 4. ed. Rio: Lúmen Juris, 2023.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **A essência do Direito.** 2. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Capítulo 6

Constitucionalismo Abusivo e Democracia Defensiva[1]

Edilberto Carlos Pontes Lima[2]

1 Introdução

Como se sabe, os riscos para a democracia no Brasil e em boa parte do mundo se intensificaram. O paroxismo dessa situação no Brasil foram as invasões e depredações às instalações das principais instituições, o Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal e a sede da Presidência da República, no fatídico 8 de janeiro de 2023. Nos Estados Unidos, dois anos antes, multidões invadiram o Capitólio e depredaram o prédio. Investigações apontam que havia um plano, mais que um desejo de golpe de Estado no Brasil (Estadão, 08/02/24).

O ex-Presidente Bolsonaro por diversas vezes fez fortes ataques a instituições estatais que são pilares do regime democrático, como o parlamento, o Supremo Tribunal Federal, a autonomia federativa e a imprensa livre. Por exemplo, quando, em 7 de setembro de 2021, o então Presidente ameaçou não cumprir decisões do STF com as quais não concordasse. Lançou desconfianças sobre o processo eleitoral, sobre a higidez das urnas eletrônicas, colocando em dúvida o resultado das eleições anteriores e das eleições seguintes.

Até respeitados juristas, como o Professor Ives Gandra, lançaram interpretações controversas sobre o art. 142 da Constituição Federal, apontando que ele autorizaria a intervenção das Forças Armadas que poderiam atuar como espécie de Poder Moderador para "repor a lei e a ordem", quando um dos Poderes extrapolasse seus limites. As Forças Armadas atuariam como uma espécie de intérprete em última instância

1 O Desembargador Fernando Ximenes sempre foi um defensor e militante da democracia e do constitucionalismo. Pareceu-me justo escrever esse capítulo no livro em sua homenagem sobre esse assunto tão instigante e que tem causado tantas preocupações e inquietações nos últimos anos.

2 Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Ceará e Presidente do Instituto Rui Barbosa.

da Constituição, decidindo se determinado Poder extrapolou os limites previstos de sua atuação (Lima, 2022).

O movimento antidemocrático, como se sabe, é internacional. Na Alemanha, por exemplo, o avanço do partido político Alternativa para a Alemanha (AfD), que obteve expressiva votação em numerosos Estados, têm despertado fortes reações. O serviço de segurança interna alemão o mantém sob vigilância, identificando que ele tem uma pauta extremista e persegue objetivos contrários à dignidade da pessoa humana de certos grupos de indivíduos e contra a democracia. Após um tribunal reafirmar o direito do Estado de vigiar o partido, a ministra do Interior alemão, Nancy Faeser, fez uma eloquente afirmação: "Essa decisão mostra que nossa democracia pode se defender. Ela tem ferramentas que a protegem de ameaças internas." Mesmo com a vigilância estatal, o partido continua avançando, tendo obtido, em 2024, a maioria das cadeiras para o parlamento europeu nos Estados do leste da Alemanha.

Na Hungria, o governo tornou-se claramente antidemocrático. O Fidesz, partido liderado pelo primeiro-ministro Viktor Orbán, está no poder desde 2010 e é conhecido por suas políticas conservadoras, nacionalistas e anti-imigração. A concentração de poder inclui mudanças na Constituição e no sistema eleitoral, a nomeação de aliados para cargos estratégicos no Judiciário, o controle sobre a mídia, o enfraquecimento do Poder Judiciário, tanto com nomeações para postos-chave, quanto pela interferência direta, restrição ao livre funcionamento das organizações não-governamentais, ataques à liberdade acadêmica (Kaldor e outros, 2023): "A Hungria está se tornando rapidamente uma autocracia sob Viktor Orbán. Depois de ganhar uma maioria absoluta em 2010, Órban lançou uma série de "reformas" fundamentalmente minando os vinte anos de consenso liberal no país pós-Guerra Fria" (tradução minha, da página da LSE na Internet).

Na Turquia, há sérias restrições à liberdade de imprensa, com prisão de jornalistas, acadêmicos e ativistas políticos, repressão a opositores e concentração de poder nas mãos do presidente. O governo turco adotou uma postura nacionalista, especialmente em assuntos como a questão curda e a relação com a União Europeia. Organizações internacionais, como a Amnistia Internacional e a Human Rights Watch, expressaram preocupações sobre o estado dos direitos humanos na Turquia.

Na América Latina, Nicarágua e Venezuela são exemplos de países anteriormente democráticos que deterioraram suas democracias a partir de

presidentes eleitos, que forçaram mudanças constitucionais, restringiram a liberdade de imprensa, sufocaram a oposição, entre outras medidas restritivas. Segundo o Índice de Democracia 2023 da Economist Intelligence Unit (EIU), da revista The Economist, os países da América Latina com as piores classificações em termos de democracia são Cuba, Venezuela, Haiti e Nicarágua. Cuba já não é considerado o mais ditatorial, sendo superado por Venezuela e Nicarágua em termos de autoritarismo. A classificação desses países reflete uma combinação de baixa participação política, fraco funcionamento do governo e limitações severas nas liberdades civis.

Em diversos países, dirigentes que se valeram das instituições democráticas para chegar ao Poder, utilizam as mesmas instituições para enfraquecê-la. O mote da liberdade de expressão, por exemplo, é utilizado para disseminar notícias falsas, as eleições, que usam regras jurídicas controversas, para excluir adversários relevantes e se perpetuar no poder, o Poder Judiciário e o parlamento acuados, para perseguir inimigos. A liberdade de reunião, para conspirar contra as instituições democráticas e armar golpes. Há exemplos de sobra no mundo contemporâneo.

O avanço dessas ideias e práticas fez ressurgir o alerta para a necessidade de a democracia se defender. Fez lembrar as lições da história do século XX, que viu a democracia solapada por líderes eleitos. O exemplo mais eloquente é a República de Weimar, na Alemanha, uma constituição democrática que permitiu a ascensão de Hitler. Karl Lowestein (1937, a,b) tem sido muito lembrado pelos seus artigos que alertavam para a destruição da democracia pelos fascistas, que se valeram dos seus institutos para chegar ao poder, e a recomendação de criação de mecanismos de defesa, de instrumentos de vigilância contra movimentos que planejassem sua destruição. No Brasil, Fernandes (2021), Oliveira e Ferraz (2023) refletiram sobre a democracia defensiva, incluindo análises jurisprudenciais.

Derivadas dessas ideias e refletindo os fenômenos contemporâneos, surgiu o conceito de constitucionalismo abusivo (Landau, 2013), que reflete o enfraquecimento da democracia sem golpes de estado explícitos, a partir de modificações nas constituições por meio de instrumentos previstos nas próprias constituições.

O objetivo deste trabalho é recuperar as ideias originais de defesa da democracia, situar o debate sobre o constitucionalismo abusivo e tratar do panorama internacional atual sobre esse assunto.

2 Karl Lowenstein

Em um artigo publicado em 1937, dividido em duas partes, Karl Lowenstein, expoente teórico alemão que emigrara para os Estados Unidos para fugir da perseguição nazista, expõe suas preocupações com o avanço do fascismo, discute as fragilidades da democracia e apresenta diversas como formas como a democracia poderia se defender.

O contexto histórico em que ele escrevia era desolador. Os movimentos autoritários avançaram fortemente pela Europa. A democracia se tornara minoritária naquele continente. O autor detalha o processo de crescimento do fascismo, com uma descrição que em muito lembra as dificuldades e desafios contemporâneos.

3 A Alemanha na República de Weimar

Após a Primeira Guerra Mundial, a Alemanha se tornou uma república democrática com a Constituição de Weimar de 1919. Uma Constituição avançada, com estabelecimento de direitos sociais, igualdade de gênero, ampla liberdade de opinião (Nadine Rossol, and Benjamin Ziemann (2020). No entanto, desde o início, a República de Weimar enfrentou uma série de desafios políticos e econômicos, incluindo inflação extrema, desemprego elevado e instabilidade política. A Alemanha perdera a Grande Guerra e fora obrigada, pelo Tratado de Versalhes, a pagar pesadas indenizações aos vencedores, o que enfraqueceu ainda mais sua economia, gerando graves descontentamentos populares e um terreno fértil para um movimento populista autoritário.

O Partido Nazista, liderado por Adolf Hitler, aproveitou o descontentamento, prometendo uma revitalização nacional e uma solução para os problemas econômicos. Eles usaram táticas populistas e propagandas eficazes para ganhar apoio. Em 30 de janeiro de 1933, Hitler é nomeado Chanceler, após o seu partido se tornar o maior partido na Câmara dos Deputados (Reichstag). O prédio foi incendiado no mês seguinte, o que abre pretexto para a suspensão de liberdades civis e prisão de opositores políticos. Já em março do mesmo ano, Hitler aprova a Lei dos Plenos Poderes, que lhe deu poderes ditatoriais, o que lhe permite estabelecer normas sem aprovação do Parlamento.

Os nazistas rapidamente baniram outros partidos políticos e prenderam ou eliminaram seus líderes. Isso efetivamente transformou a

Alemanha em um estado de partido único. O regime nazista controlou rigorosamente a mídia, usando propaganda para consolidar o poder e manipular a opinião pública. O Ministério da Propaganda, liderado por Joseph Goebbels, desempenhou um papel crucial na disseminação de mentiras contra adversários e da ideologia nazista.

4 Itália

A Itália também enfrentou instabilidade após a Primeira Guerra Mundial, com dificuldades econômicas, tensões sociais e descontentamento com os resultados do Tratado de Versalhes. Benito Mussolini fundou o Partido Nacional Fascista em 1921, prometendo restaurar a ordem e a grandeza da Itália. O partido rapidamente ganhou apoio, especialmente entre os veteranos de guerra e a classe média. Em outubro de 1922, Mussolini organizou a Marcha sobre Roma, uma demonstração de força que levou o rei Victor Emmanuel III a nomeá-lo como Primeiro-Ministro para evitar uma guerra civil. Mussolini gradualmente desmantelou as instituições democráticas, substituindo-as por um regime autoritário. Em 1925, ele declarou uma ditadura, eliminando a liberdade de imprensa, dissolvendo partidos políticos e estabelecendo um estado de partido único. A Milícia Voluntária para a Segurança Nacional, conhecida como "Camisas Negras", usou violência e intimidação para suprimir a oposição. Assassinatos, espancamentos e intimidações de opositores políticos eram comuns. Assim como na Alemanha, o regime fascista italiano usou propaganda extensiva para controlar a narrativa pública e promover a ideologia fascista. Mussolini controlou rigorosamente a mídia para garantir apoio popular (Albright, 2018).

Lowenstein (1937a, p. 423, tradução e grifos meus) argumentava que o fascismo não era uma ideologia, mas uma técnica política. Aqui, ele traça algumas características do movimento que imediatamente lembram o tempo presente:

> O fato de que o fascismo não seja uma ideologia, mas somente uma técnica política, é abundantemente evidenciada pela vasta experiência da última década. O fascismo não é uma filosofia – nem mesmo um programa construtivo realista – mas a mais efetiva técnica política na história moderna. Sua esterilidade conceitual está exposta claramente na conexão com a rebelião espanhola. Assim como na Itália a marcha sobre Roma antecedeu a formulação de um programa – um fato que o fascismo orgulhosamente admite – a conquista de poder pelo General Franco e seus mercenários é o único objetivo e não precisa nem mesmo

> do pretexto de um programa substancial. O fascismo simplesmente deseja governar. A vagueza das ofertas fascistas se solidifica em invectivas concretas apenas quando as deficiências manifestas do sistema democrático são alvo de ataque. Liderança, ordem e disciplina são colocadas acima contra corrupção parlamentar, caos e egoísmo; enquanto a representação política é substituída por um corporativismo enigmático. O descontentamento geral é focado em objetivos palpáveis (judeus, maçons, banqueiros, redes de lojas). Uma propaganda colossal é lançada contra o que aparece como os alvos mais facilmente vulneráveis. Uma técnica de incessante repetição, de exageros, de super simplificação, é desenvolvida e aplicada. Diferentes segmentos do povo são colocados uns contra os outros. *Em poucas palavras, estimular, guiar, e usar o emocionalismo nas suas mais cruas e refinadas formas é a essência da técnica fascista para o qual o movimento e a emoção não são somente linguisticamente idênticos. É um aspecto peculiar da técnica emocional que aqueles que são trazidos para o jogo como instrumentos, isto é, as massas, não deveriam estar cientes dos cálculos racionais feitos pelos manipuladores para direcioná-las. O fascismo é o verdadeiro filho da era das maravilhosas técnicas e das massas emocionais.*

Diante desse quadro, Loewenstein define as principais características de uma democracia defensiva para proteger-se de ameaças internas que visam subverter ou destruir a ordem democrática. As características principais envolvem a introdução de uma legislativa protetiva, a limitação de certas liberdades civis clássicas que possam ser utilizadas para minar a democracia, o monitoramento pelo Estado de partidos e organizações políticas extremistas e a realização de campanhas permanentes em favor dos valores democráticos. Os instrumentos propostos por Lowenstein têm sido utilizados, em maior ou menor escala, em diferentes democracias.

5 Legislação protetiva

A implementação de leis que proíbam atividades subversivas, como a formação de partidos políticos ou grupos que defendem a violência ou a derrubada da ordem democrática, a exemplo de leis que proíbem a formação de partidos nazistas ou comunistas em algumas democracias europeias após a Segunda Guerra Mundial. O Brasil, por exemplo, estabeleceu como cláusulas pétreas de sua Constituição (art. 60, § 4º) a forma federativa de Estado, fórmula para desconcentrar o poder (Lima, 2021), o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de Poderes e os direitos e garantias individuais. Além disso, a Constituição Federal permitiu a livre criação de partidos políticos, mas desde que o regime democrático seja preservado e vedou a utilização de organização paramilitar (CF, art. 17, caput e § 4º).

6 Restrição de liberdades para proteção da democracia

Limitações temporárias ou permanentes em certas liberdades civis, como liberdade de expressão, associação e imprensa, quando estas são usadas para fins subversivos, a exemplo de proibições sobre a publicação de propaganda extremista ou discursos de ódio que incentivem a violência contra o estado democrático.

7 Medidas de segurança e controle

A criação de instituições ou a delegação de poderes especiais a órgãos existentes para monitorar, controlar e agir contra atividades subversivas, como ações de agências de inteligência e polícia para identificar e neutralizar grupos extremistas antes que possam causar dano significativo.

8 Educação e propaganda positiva

Campanhas educacionais e propagandísticas que promovem os valores democráticos e conscientizam a população sobre os perigos do extremismo, como programas escolares que ensinam sobre a importância da democracia e os perigos do fascismo e do comunismo.

Alguns autores que se preocupam com a defesa da democracia também apontam a necessidade de se estabelecerem meios proporcionais, de forma a não comprometer a própria democracia em nome de sua proteção. Morais (2017 e 2018) analisa as condições sob as quais os estados podem declarar estados de exceção e suspender direitos fundamentais. Ele argumenta que tais medidas devem ser estritamente reguladas e utilizadas apenas em situações extremas para proteger a ordem democrática. A obra fornece uma base teórica para a implementação de medidas de democracia defensiva, destacando a necessidade de equilíbrio entre segurança e liberdade. Ele desenvolve ainda o conceito de constitucionalismo defensivo, que se refere às medidas que um estado democrático pode adotar para se proteger contra ameaças que visam desestabilizar suas instituições. Isso inclui desde reformas constitucionais até medidas legislativas e administrativas que fortalecem a resiliência das democracias para se proteger de golpes, insurreições e outras formas de subversão. Um ponto central de sua análise é a importância de proteger os direitos humanos enquanto se implementam medidas de defesa constitucional. Ele argumenta que a defesa da democracia não deve ser usada como pretexto para a repressão indiscriminada ou a violação de

direitos fundamentais. Necessário, portanto, equilibrar a necessidade de segurança com a preservação dos direitos individuais.

Um desdobramento da democracia defensiva muito explorada nos últimos anos é o combate ao que se convencionou chamar constitucionalismo abusivo. Representa basicamente a utilização de instrumentos a princípios constitucionais para subverter a ordem constitucional e concentrar poder, no limite estabelecendo poderes autocráticos a governantes inicialmente eleitos por regras democráticas.

9 Constitucionalismo abusivo

Landau (2013, p. 191, tradução minha) define o constitucionalismo abusivo da seguinte forma:

> Envolve a utilização dos procedimentos de mudança constitucional – emendas constitucionais e substituição constitucional – para minar a democracia. Enquanto os métodos tradicionais de derrubada democrática, como os golpes militares, estão em declínio por décadas, o uso de instrumentos constitucionais para criar regimes autoritários e semiautoritários é crescentemente prevalecente. Presidentes e partidos poderosos no poder podem arquitetar mudanças constitucionais de forma a dificultar ao máximo desalojá-los do poder e enfraquecer as instituições tais como os tribunais encarregados de verificar o exercício do seu poder. As constituições resultantes ainda parecem democráticas à distância e contêm muitos elementos que não são diferentes daquelas encontradas nas constituições da democracia liberal. Mas, olhando de perto, elas foram substancialmente retrabalhadas para minar a ordem democrática.

Dessa forma, sem usar diretamente a força militar, alterações constitucionais vão enfraquecendo a democracia por meio de diversos mecanismos aprovados com aparência de legitimidade. Isso envolve desde a abertura de reeleição ilimitada para cargos majoritários até aumento de cadeiras para as cortes constitucionais, de forma a incluir integrantes dóceis ao Chefe do Poder Executivo, que irão referendar suas escolhas. Em síntese, os principais elementos do constitucionalismo abusivo são:

Alteração constitucional: Governos que utilizam o constitucionalismo abusivo frequentemente promovem emendas ou revisões constitucionais que ampliam seus próprios poderes, enfraquecem as proteções aos direitos fundamentais ou estendem o tempo de permanência no poder.

Captura institucional: Envolve a nomeação de aliados políticos para cargos judiciais, de fiscalização e outras instituições independentes,

comprometendo sua imparcialidade e independência. Isso garante que decisões legais e administrativas favoreçam o governo.

Erosão de direitos: O constitucionalismo abusivo pode incluir a aprovação de leis que limitam liberdades civis, restringem a imprensa livre e enfraquecem a oposição política, tudo sob a aparência de medidas legais necessárias para a segurança ou a ordem pública.

Manipulação eleitoral: Inclui mudanças nas regras eleitorais para dificultar a competição justa, manipulação dos distritos eleitorais (gerrymandering) e outros métodos para garantir a perpetuação no poder.

Justificativas legais e populares: Líderes que empregam constitucionalismo abusivo frequentemente justificam suas ações com argumentos de legitimidade democrática (por terem sido eleitos) e necessidade de reforma para enfrentar crises econômicas, sociais ou de segurança.

Desde a publicação do artigo de Landau, em 2013, a deterioração democrática pela via do constitucionalismo abusivo se acentuou dramaticamente. Venezuela, Hungria, Turquia e Egito se tornaram autocracias quase sem disfarces.

Na prática, costuma haver uma combinação de ameaças violentas à democracia com os instrumentos de constitucionalismo abusivo. O próprio regime de Hitler e de Mussolini foi uma combinação de ambos. Ascensão ao poder pela via tradicional das eleições e combinação de mudanças constitucionais e uso de violência. A experiência brasileira também foi, em boa medida, essa, tanto na ditadura de Vargas quanto na ditadura militar. Em ambas, na maior parte do tempo, as instituições da democracia liberal continuaram a funcionar, como o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal. Esses regimes antidemocráticos contaram com constitucionalistas destacados que formularam ideias para justificar o regime, como Carl Schmitt, na Alemanha Nazista, Alfredo Rocco, no fascismo italiano, Francisco Campos, na ditadura de Vargas, Geraldo Ataliba, entre outros, na ditadura militar brasileira.

Também relevante é a contribuição de Tushnet (2015), que introduz o conceito de constitucionalismo autoritário, definido como um regime em que as estruturas constitucionais são mantidas, mas os direitos e as liberdades individuais são significativamente restringidos. Ele explora como regimes autoritários utilizam mecanismos constitucionais para limitar a oposição política e consolidar o poder, mantendo uma fachada de legalidade. O autor detalha como as instituições políticas e jurídicas

funcionam sob regimes autoritários. Tushnet argumenta que, embora essas instituições possam operar de acordo com procedimentos legais, elas são frequentemente controladas pelo regime de maneira a garantir que suas decisões favoreçam o poder autoritário. Tushnet faz ainda uma comparação entre o funcionamento das constituições em democracias liberais e em regimes autoritários, destacando as diferenças e semelhanças. Ele enfatiza que, em regimes autoritários, as constituições podem ser usadas para legitimar a repressão e a concentração de poder, em contraste com seu papel de proteção de direitos e equilíbrio de poderes em democracias.

A diferença principal é que no constitucionalismo abusivo não há um golpe com uso de forças militares. O que há são mudanças constitucionais que enfraquecem a democracia, e, no limite, a eliminam, mas sem uso declarado de força, pelo menos no primeiro momento. Nesse sentido, pode-se discutir se o impeachment da então Presidente Dilma Rousseff foi uma forma de constitucionalismo abusivo liderado pelo Congresso Nacional. Utilizou-se um instrumento previsto na Constituição Federal, mas sem uma justificativa jurídica sólida. Um fato de importância secundária, uma manobra contábil, das muitas que os governos costumam fazer, até passível de ressalvas e reprimendas, constituiu o mote jurídico para o afastamento.

É verdade que o Vice-Presidente Michel Temer, ao assumir a presidência, não promoveu mudanças constitucionais antidemocráticas, restringindo sua atuação sob as regras já existentes. As ameaças de mudança constitucional, nos moldes de constitucionalismo abusivo, só vieram no governo seguinte, mas não se concretizaram na prática.

Também frequentemente se questionam algumas interpretações de cortes constitucionais como formas de constitucionalismo abusivo, quando esses tribunais se valendo da posição de dizer a última palavra em matéria constitucional subvertem a ordem jurídica com decisões que implicam reescrever a Constituição, muito mais do que interpretá-la, reduzindo o papel do Congresso Nacional ao assumir um papel preponderante em alguma matéria.

Atuações de cortes constitucionais costumam ser pontuais, de repercussão muito menos abrangente do que a de líderes eleitos que promovem completa subversão da ordem constitucional. Frequentemente, contudo, cortes constitucionais são utilizadas para referendar ações do constitucionalismo abusivo. Quer porque as cortes foram enfraquecidas pelo ingresso – após aumento de composição promovida por emenda

constitucional – de membros alinhados ao regime, quer por pressões bem-sucedidas sobre os seus membros. O sistema de pesos e contrapesos se enfraquece por várias formas no constitucionalismo abusivo (Landau, 2013).

O grande e difícil desafio é como criar mecanismos de proteção da democracia contra o constitucionalismo abusivo. Os meios que a democracia defensiva ou combatente oferece parecem insuficientes. Os mecanismos tradicionais de cláusulas pétreas, como as que a Constituição brasileira dispõe não conseguem conter uma assembleia constituinte, por exemplo. Landau (2013, p. 72, tradução minha) reflete sobre isso:

> A próxima questão é óbvia: nós podemos desenvolver respostas mais efetivas tanto em nível doméstico quanto em nível internacional? Uma resposta honesta deve expressar o reconhecimento da dificuldade da tarefa. Como os exemplos aqui mostraram, práticas constitucionais abusivas podem acontecer sob uma variedade de diferentes caminhos para atingir os mesmos objetivos – a substituição constitucional pode ser utilizada se as tentativas de emendas constitucionais forem bloqueadas e aspirantes a autoritários podem recorrer a minar um número de diferentes instituições, em diversas formas, para atingir seus objetivos. O exemplo húngaro é talvez o melhor exemplo desse problema de fungibilidade: o Fidesz emendou e substituiu a Constituição, e utilizou diversas técnicas, tanto constitucionais quanto legais, para fragilizar o poder das instituições de checagem e para entregar o poder ao partido. Por exemplo, o Fidesz fragilizou o Judiciário ao mudar a jurisdição da corte constitucional, ao expandir o tamanho da Corte e então enquadrando-a, alterando a idade de aposentadoria dos juízes e controlando a instituição com nomeações ordinárias de novos juízes. Encontrar respostas efetivas para esse tipo de fragilização estrutural é uma tarefa complexa.

10 Algumas conclusões

Uma questão que parece evidente é que a democracia liberal precisa de apoio da sociedade para sobreviver. Não se pode ignorar que democracia é essencialmente o governo em que se concretiza a vontade do povo, de onde se origina o poder. Se este mesmo povo deixar de dar suporte à democracia e às suas instituições, ela obviamente enfrenta um paradoxo perigoso. Este apoio só existirá se houver confiança nas instituições da democracia liberal, se as pessoas reconhecem que essas instituições conseguem encaminhar soluções funcionais para os problemas da sociedade, se consegue ser inclusiva, se consegue distribuir os frutos do progresso e se essas instituições conseguem se comunicar adequadamente com a sociedade,

combatendo um dos pilares dos movimentos antidemocráticos que são as massivas campanhas de desinformação. Em Lima (2022), essas questões são exploradas em detalhes. Ali, cita-se uma famosa passagem de Alexis de Tocqueville sobre a queda de Luís Filipe, na França, em 1848:

> Ao analisar os motivos para a queda de Luís Filipe, em 1848, Tocqueville deixou lições que se aplicam de forma geral: "Que a causa real que faz com que os homens percam o poder é que se tornaram indignos de mantê-lo. [...]A classe que então governava tornara-se por indiferença, egoísmo, vícios, incapaz e indigna de governar. [...] Minha convicção profunda e meditada é que os costumes públicos estão se degradando, é que a degradação dos costumes públicos vos levará, em curto espaço de tempo, a novas revoluções. [...]Vós ignorais; mas sabeis que a tempestade está no horizonte e que ela marcha sobre vós."

No mesmo livro, lembram-se números que evidenciam o descrédito da sociedade com as principais instituições liberais, tanto nos Estados Unidos, quanto no Brasil. No primeiro, segundo o Instituto Gallup, o Congresso só mereceu grande confiança de 4% da população, a Suprema Corte, de 18%. No Brasil, apenas 7% confiam muito no parlamento federal e 17% no Supremo Tribunal Federal, segundo pesquisa do Datafolha.

Saber em que medida esses números tão desfavoráveis são resultados de equívocos cometidos pelas próprias instituições e em que parte são decorrentes de massivas campanhas de desinformação, de descrédito das principais instituições, é relevante para reagir, tanto mudando seus padrões de integridade e de governança, quanto alterando sua própria forma de comunicação e de interação com a sociedade. O atual modelo dá sinais claros de desgaste, constituindo as condições necessárias para o fortalecimento das ideias autoritárias. Para sobreviver, as instituições da democracia precisam se refazer, se renovar, precisam ser responsivas aos anseios do povo, precisam elevar seu padrão de integridade e precisam se comunicar melhor.

Referências

ALBRIGHT, Madeleine. **Fascism**: A Warning. Harper. 2018.

KALDOR, Mary (chair), Cooper, Luke; Shetty, Salil; Szelényi, Zsuzsanna. **Tainted Democracy**. Viktor Orbán and the Subversion of Hungary. London School of Economics. 2023

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism.47 **U.C. Davies L. Rev**. 189. 2013

LIMA, Edilberto Carlos Pontes. **Federalismo e democracia em tempos difíceis**. Editora Forum. 2022.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights – Part 1. **American Political Science Review** 31 (3): 417-432, 1937a.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights – Part 2. **American Political Science Review,** 31 (4): 638-658, 1937b.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Teoria da democracia**. Almedina, 2017.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Estado de exceção e suspensão de direitos fundamentais**. Almedina, 2018.

NADINE Rossol, and Benjamin Ziemann (eds). **The Oxford Handbook of the Weimar Republic,** Oxford Handbooks. Oxford Academic, 8 Oct. 2020).

OLIVEIRA, Gustavo Justino; FERRAZ, Pedro da Cunha. Democracia Defensiva no Brasil? Uma análise conceitual e jurisprudencial. **Revista Suprema**, v. 3, n. 1, a105. 2023.

TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. **Cornell Law Review**, v. 100, n. 2, p. 391-461, 2015.

Capítulo 7

Quem vê Tese, não Enxerga Precedente: uma Análise do Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais

Emilio de Medeiros Viana[1]

1 Introdução

Instabilidade decisória e a crônica incapacidade do Judiciário brasileiro de dar cabo da demanda que lhe é submetida, ao menos em tempo razoável, ensejando a deflagração do processo legislativo do qual emergiu o Código de Processo Civil de 2015 (doravante designado apenas de CPC). Desde a sua gênese, o CPC foi marcado por confessada preocupação com a eficiência da atividade jurisdicional, compreendida sob viés quantitativo (diminuição dos estoques de processos pendentes). Nada obstante, essa não é sua marca mais evidente. Foi introduzido novo marco regulatório do processo no Brasil, propondo visão transformadora da cena processual, adequando-a às imposições do modelo de processo constitucional democrático delineado pela Constituição Federal de 1988.

Referida codificação introduziu procedimentos concentrados de produção de padrões decisórios que não podem ser ignorados (por exemplo: incidente de resolução de demandas repetitivas, técnica de julgamento de recursos excepcionais repetitivos, incidente de assunção de competência), com potencial para aprimorar a gestão de processos e/ou recursos que se repetem. Ao mesmo tempo, delineou um sistema brasileiro de precedentes. Importa explicitar o que isto significa.

O trabalho busca evidenciar que o sistema brasileiro de precedentes, estruturado com características próprias (a atuação do órgão judicial que emite o precedente é prospectiva), tem potencial para qualificar os processos decisórios no Brasil, desde que adequadamente compreendido.

1 Doutor em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Sete de Setembro (Uni7). Juiz formador ESMEC/ENFAM. Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) e da ANNEP (Associação do Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP).

Busca demonstrar, ademais, que quem se limita a observar as teses que são emitidas pelos tribunais em função do sistema que foi estruturado não é capaz de enxergar precedentes.

2 O sistema brasileiro de precedentes

O CPC propôs olhar transformador sobre a cena judicial brasileira. O processo passa a ser policêntrico e dialogal e se desenvolve de modo coparticipativo, em comunidade de trabalho, sem protagonismos (de partes ou de juízes), tudo como decorrência do modelo constitucional de processo democrático inscrito na Constituição Federal de 1988. Nele, observa-se contraditório substancial, com estímulos à participação de terceiros (como nos casos das audiências públicas e dos *amici curiae*). O processo deixa de ser apenas espaço de solução de conflitos intersubjetivos para transformar-se em possibilidades de participação democrática. A atividade nele desenvolvida deve perseguir a construção da *right answer* (resposta correta), como decorrência natural dos deveres de estabilidade, integridade e coerência, positivados no respectivo art. 926. A atividade de interpretar e aplicar para estruturar a norma apta a solucionar o caso concreto precisa passar a considerar a história institucional do direito, tudo mediante o regular cumprimento do dever de adequada fundamentação.

Não é pouco! Tudo conduz à superação do modelo tradicional de atuação dos magistrados no Brasil. Já não são toleráveis voluntarismos e ativismos. Reconstroi-se a noção de liberdade para decidir, mitigando discricionariedades judiciais. Mesmo assim, ainda há forte resistência ao reconhecimento de que o CPC instituiu um sistema brasileiro de precedentes. A admissão de que há um sistema brasileiro de precedentes a balizar a construção e aplicação das teses que resultam dos procedimentos concentrados de produção de padrões decisórios que não podem ser ignorados, por outro lado, é o único caminho para evitar que a discricionariedade dos juízos ordinários seja substituída pela dos membros dos tribunais superiores.

Durante o processo legislativo que antecedeu a edição da Lei nº 13.105/15, havia, no texto submetido à deliberação, capítulo especialmente dedicado à instituição e regulação de um sistema brasileiro de precedentes[2]

2 Livro I da Parte Especial, Título I, Capítulo XV, Seção V, artigos 520 e seguintes do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei n.º 8.406-A, de 2010, do Senado Federal – PLS n.º 166/10 da Casa de origem. Íntegra do texto disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/116731.

Na versão final, contudo, referido capítulo deixou de existir. A circunstância fez parte da doutrina[3] sustentar que o CPC não teria instituído um autêntico sistema de precedentes, mas tão somente construído procedimentos de gestão de feitos repetitivos e/ou procedimentos de produção de padrões decisórios que não podem ser ignorados pelo julgador do caso subsequente. O argumento não pode prevalecer. As regras que antes compunham o capítulo de precedentes existente no substitutivo da Câmara dos Deputados foram diluídas pelo texto final do CPC. Na versão final, convertida em lei, remanesceram alusões a precedentes (art. 926, § 2º e art. 927, § 5º) e a termos e técnicas próprios de um sistema tradicional de precedentes judiciais (como, por exemplo, as alusões que ali existem a fundamentos determinantes, a superação e a distinção, contidas no art. 489, § 1º, V e VI). Assim, há a instituição de um incipiente sistema brasileiro de precedentes. O adjetivo incipiente diz com a circunstância de que as regras constantes do CPC são menos claras do que poderiam. Teria sido mais conveniente, ademais, manter um capítulo próprio para a disciplina dos precedentes judiciais. A opção do legislador, consistente em extirpar do texto final o capítulo próprio, contudo, não impede o reconhecimento de que efetivamente há um sistema brasileiro de precedentes.

Igualmente há a instituição de técnicas de gestão processual de demandas repetitivas e de formação concentrada de padrões decisórios que não podem ser ignorados pelos julgadores dos casos subsequentes, como destacado. A formação e a aplicação dos padrões decisórios que delas resultam, contudo, hão de ser realizadas segundo o modelo de precedentes que foi delineado, mesmo laconicamente, pelo legislador brasileiro.

Adiante, são examinados os aportes teóricos que sustentam a necessidade de um sistema brasileiro de precedentes, ainda que ele não tenha sido – mas foi – expressamente previsto pela legislação em vigor. Em outras palavras, o que se sustenta é que há a necessidade de observar

3 Sérgio Cruz Arenhart e Paula Pessoa Pereira (2018, p. 183) sustentam que é possível extrair da interpretação conjunta do art. 489, § 1º., V e VI e do art. 927 e do art. 926, §§ 3º. e § 4º. do CPC/2015 o desenho institucional para um sistema adequado de precedentes judiciais. Destacam que, em rigor, que a adoção e a justificativa dos precedentes prescindiria de qualquer fonte positiva no plano legislativo, na medida em que sua legitimidade decorre da compreensão do papel das decisões judiciais. Nada obstante, no mesmo texto, salientam que o art. 927 do CPC/2015 realizou "salto lógico", pois focou na litigiosidade repetitiva, sem justificar o precedente, nem fornecer material suficiente para o desenho institucional adequado da prática de seguir precedente, podendo, ao contrário, deturpar totalmente a mecânica de aplicação daquele instituto. Em sentido semelhante, Lênio Luiz Streck e Georges Abboud (2015, p. 114) apontam a diferença entre a mecânica de um sistema de precedentes e a técnica de utilização de decisão paradigma para solução de processos repetitivos .

precedentes judiciais, mesmo que tal não tenha sido dito expressamente pela lei, isto como decorrência do modelo constitucional de processo democrático.[4] A desconsideração da história institucional do Direito irreversivelmente mina a legitimidade da atuação judicial.

A correta compreensão do sistema brasileiro de precedentes impõe sejam estabelecidas diferenças conceituais entre expressões que, malgrado os equívocos em que incorreu o legislador, não se podem confundir (súmula, jurisprudência, padrão decisório e precedente). Somente assim, é possível estabelecer qual o real significado do dever de consideração que resulta da literalidade do art. 927 do CPC.

O cariz eficientista que marcou a deflagração do processo legislativo do qual resultou o CPC e a aguda preocupação com a diminuição dos estoques de processos pendentes contaminou a magistratura brasileira. O trabalho aqui desenvolvido busca evidenciar que somente é possível julgar menos (diminuir estoques de processos) se o Judiciário brasileiro compreender que é necessário passar a decidir melhor.[5] Padrões decisórios não podem ser utilizados no modelo *prêt-à-porter*, sem atenção à facticidade de cada demanda. É preciso levar os precedentes judiciais a sério.

3 Razões para o reconhecimento da institucionalização de um sistema brasileiro de precedentes

A construção do CPC derivou de uma confessada preocupação com os estoques de processos existentes. Imaginou-se que a estruturação de procedimentos concentrados de produção de padrões decisórios que não podem ser ignorados pelos julgadores dos casos subsequentes seria capaz de aplacar a carga processual existente. Argumentou-se que boa parte das demandas que entulham o Judiciário brasileiro seriam repetidas (demandas

4 No mesmo sentido, Aurélio Viana e Dierle Nunes (2018, p. 295): "O desafio trazido pelo novo Código, que consiste numa obviedade, massa lamentavelmente esquecida por muitos, cinge-se na necessidade de perceber que os fundamentos normativos para um sistema brasileiro de precedentes não correspondem genuinamente às técnicas que enumeramos, mas, ao contrário, situam-se no plano principiológico e, por isto, não há como defender nada diferente, senão a leitura do direito jurisprudencial a partir da Constituição e do processo constitucional."

5 Lênio Luiz Streck (2018, p. 39) sustenta ser falsa a solução que designa de precedentalista, associada à utilização padronizada de teses previamente fixadas. Referido autor pondera que o sistema funcionaria melhor com efetividade qualitativa. É que, argumenta, cada processo julgado com fundamentação detalhada evita recursos e não os incentiva. Essa, conclui, foi a *ratio* da construção do CPC. Cumprir integralmente o art. 489 e o art. 926 oferta às decisões dos tribunais, pelo conteúdo, a função de estabilização de expectativas e a integridade que se almeja.

de massa), do que resultaria a conveniência de que fossem tratadas como o que são. Assim, deveriam ser solucionadas por decisões que pudessem ser replicadas automaticamente, pondo cabo ao maior número de processos e/ou recursos no menor tempo possível.[6]

Em larga medida, especulou-se, o número de processos decorreria da liberdade criativa dos juízes[7] [8] [9], daí resultando decisões díspares, inconsistentes e incoerentes (jurisprudência lotérica). Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 264-266 e 274), por exemplo, destaca ser inescondível que o juiz exerça atividade de índole criativa no ato de decidir. As escolhas que realiza, porém, devem resultar não de convicções pessoais, mas do *ethos* dominante. A mesma autora designa de ambiente decisional a área do Direito, com seus princípios e regras, em que está inserido o conflito submetido ao juiz. Os sistemas decisionais, prossegue, dividir-se-iam em frouxos ou flácidos e estreitos. Dentre os primeiros, estariam os ramos do direito que envolvem delicadas questões sociais, como o direito de família. Neles, o julgador teria maior espaço para realizar escolhas. A referida liberdade seria mitigada nos chamados ambientes decisionais estreitos. Em qualquer caso, decidida a questão pelas cortes superiores, a opção feita no precedente deveria ser respeitada pela própria corte e pelos demais

6 Vinícius Silva Lemos (2017, p. 48-49), por exemplo, observa que já se podia verificar um esgotamento da capacidade de atuação dos tribunais. Assim, os tribunais superiores deveriam reconhecer-se como o que são, passando a atuar julgando o caso concreto e, ao fazê-lo, fixando normas abstratas, que serviriam de paradigma para o julgamento dos casos posteriores. Os tribunais superiores, sustenta, deveriam deixar de atuar como cortes de revisão, para atuarem apenas como o que designou de tribunais de cúpula.

7 Ainda inexcedível a reflexão de Mauro Cappelletti (1993, p. 23-24) sobre os limites da criatividade judicial. Lá já há severa observação a respeito dos limites da atividade que o juiz realiza: "De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação de *total liberdade* do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos *limites à liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais*." (Grifos no original). A observação é relevante para a ideia aqui construída, qual a de que os padrões decisórios hão de ser utilizados segundo as diretrizes delineadas pelo sistema brasileiro de precedentes, pena de substituir-se a suposta discricionariedade dos juízos ordinários pela dos tribunais superiores.

8 Relacionando criatividade judicial e argumentação jurídica, CUNHA, José Ricardo. Possibilidades e limites da criatividade judicial: a relação entre estado de direito e argumentação jurídica razoável (e o problema do desconhecimento dos direitos humanos). *In*: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. v. 6, 2005, *on line*. Disponível em: http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/300.

9 Sobre a correta relação entre a atividade de julgar e um sistema de precedentes que funcione adequadamente, GOUVEIA, Lúcio Grassi de; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais. (2015, p. 491-519).

julgadores. Em suma, arremata, a liberdade para decidir que os sistemas de *civil law* proporcionam destinam-se ao Judiciário, não ao juiz. Com referido raciocínio, justifica a necessidade do que designou de precedentes vinculantes.

Em contexto muito anterior ao do CPC, Cândido Rangel Dinamarco (2000, p. 166-185) já havia sustentado ser defensor da liberdade interpretativa do juiz. Nada obstante, ponderava, essa liberdade não é absoluta. Porque o exercício da jurisdição é impessoal, defendia, deveriam ser evitados sentimentos pessoais. Decisões conflitantes são geradoras de incerteza e insegurança, pelo que os juízes deveriam passar a se manifestar de modo institucionalizado. Por isto, seria legítima a busca por uniformização dos meios de decidir.

A pretensão de adotar estratégias para combater a crescente demanda judicial e, ao mesmo tempo, controlar a (in)coerência decisória não representa nenhuma novidade no ordenamento jurídico brasileiro. José Rogério Cruz e Tucci (2015, p. 445-458) observa que o perfil da litigiosidade mudou, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988. Para atender às novas modalidades de pretensão, ampliaram-se os legitimados para ações de controle concentrado de constitucionalidade e para tutelas coletivas, reconheceu-se autonomia e independência do Ministério Público e promoveu-se acesso à justiça. Paralelamente, foram realizadas alterações tendentes a aperfeiçoar e estender as técnicas de uniformização da jurisprudência. As alterações não teriam alcançado o intento, ante a "ausência de uma dogmática consistente sobre precedente judicial".

Com a mesma premissa (demonstrar tentativas anteriores de uniformização do entendimento jurisprudencial), mas de maneira mais completa e didática, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. (2012, p. 143-149) relaciona a saga de alterações legislativas anteriores ao CPC/2015 que evidenciam o que chamou de evolução do direito brasileiro rumo ao precedente vinculante. Lá estão referidos: a) permissão para relator em tribunal superior julgar monocraticamente recurso que contrarie jurisprudência dominante na Corte (art. 38 da Lei nº 8.038/1990); b) atribuição de efeitos vinculantes à decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº 03/1993); c) ampliação dos poderes do relator, que passa a poder julgar monocraticamente, quando encontrar fundamento em súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior (art. 557 do CPC/1973, com as alterações das Leis nº

9.139/1995 e 9.756/1998); d) autorização para que o relator, no julgamento do agravo de instrumento contra inadmissão de recurso especial ou extraordinário, admita e proveja o recurso inadmitido na origem, quando o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante da Corte (art. 544, § 3º do CPC/1973, com a redação da Lei nº 9.756/1998); e) autorização para relator julgar monocraticamente conflito de competência, quando houver jurisprudência dominante no tribunal sobre a matéria (art. 120, parágrafo único, do CPC/1973, com a alteração introduzida pela Lei nº 9.756/1998); f) dispensa de observância da cláusula de reserva de plenário, nas declarações de inconstitucionalidade, quando já houver decisão do pleno ou órgão especial do próprio tribunal ou do STF (art. 481, parágrafo único, do CPC/1973, com a alteração resultante da Lei nº 9756/1998); g) efeitos vinculantes nas declarações de constitucionalidade ou inconstitucionalidade (art. 28 da Lei nº 9.868/99); h) efeito vinculante na ação de descumprimento de preceito fundamental (art. 10, § 3º, da Lei n.º 9.882/1999); i) afetação de julgamento a órgão indicado pelo regimento interno, para prevenir ou compor divergência, no caso de reconhecido interesse público[10] (art. 555, § 1º, do CPC/1973, com redação acrescida pela Lei nº 10.352/2001); j) súmula impeditiva de recurso (art. 518, § 1º, do CPC/1973, com alteração da Lei nº 11.276/2006; k) instituto da repercussão geral (art. 102, § 3º, da CF, resultante da Emenda Constitucional nº 45/2004); l) técnica de julgamentos especiais e extraordinários repetitivos (julgamentos por amostragem, artigos 543-B e 543-C do CPC/1973, introduzidos pelas Leis nº 11.417/2006 e 11.418/2006); m) súmula vinculante (art. 103-A da Constituição Federal/1988 e Lei nº 11.417/2006); n) inexigibilidade de título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo tido como inconstitucional pelo STF (art. 475-L, II, § 1º, do CPC/1973, introduzido pela Lei nº 11.232/2005).

A ninguém pode ter surpreendido, portanto, que o CPC tenha estruturado procedimentos concentrados de produção de padrões decisórios que não podem ser ignorados, como antes descrito. Mas há algo de novo, que constitui precisamente o ponto que interessa discutir: o CPC não se limitou a viabilizar a padronização de decisões. Instituiu, para além disto, um sistema de precedentes, que disciplina a formação e a utilização dos padrões decisórios em referência, qualificando a atividade jurisdicional (art. 489, § 1º, V e VI; art. 926, § 2º; art. 927, *caput* e §§ 2º ao 5º; art. 966, § 5º).

10 Antecedente histórico do Incidente de Assunção de Competência, art. 947 do CPC.

O trabalho mencionado de Ataíde Jr. foi escrito ainda antes da vigência do CPC. Naquela oportunidade, o autor sustentou a conveniência da uniformização jurisprudencial. Destacou que a observância dos entendimentos dos tribunais superiores seria decorrência natural da função paradigmática fixada constitucionalmente aos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, no contexto que aqui interessa). Mas apontou dois riscos: o de que os padrões decisórios fossem formados sem o necessário amadurecimento da interpretação[11] e o de engessamento do sistema, causando o que designou de bloqueio da produção jurisdicional dos órgãos de primeira instância. As advertências são relevantes e guiam o trabalho aqui desenvolvido.

Eis o ponto central da questão: adotar um sistema de precedentes judiciais[12] não importa em seguir mecânica e irrefletidamente o que decidiram as instâncias superiores (e/ou os órgãos mais elevados na estrutura de cada tribunal, no caso de vinculação horizontal). E o que se tem visto, na prática, é uma distorção do modelo idealizado pelo legislador.

Neil MacCormick e Robert Summers (1997, p. 1) abrem a introdução de obra clássica relacionada com o tema fixando que "precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para outras decisões, que serão tomadas posteriormente". Tomar lições do passado para resolver problemas do presente e do futuro é o que há de mais natural à razão prática humana."[13] Sendo assim, complementam Ruppert Cross e J. W. Harris (1991, p. 3), "é princípio básico de administração da justiça que casos assemelhados devam ser decididos da mesma maneira."[14]

---

11 Evaristo Aragão Santos (2010, p. 47) sustenta que a divergência jurisprudencial é, até certo momento, proveitosa, na medida em que enseja amadurecimento da discussão, o que permite a consolidação de entendimento mais sólido (qualitativamente melhor, no sentido que é defendido no presente trabalho) e, portanto, com maior legitimidade

12 Em contraponto ao que é sustentado no presente trabalho, Ricardo Augusto Herzl (2018, p. 226-233) sustenta que o discurso de que os artigos 926 a 928 do CPC/2015 delinearam um sistema brasileiro de precedentes é performático, potencialmente gera cisão (artificial) entre questão de fato e de direito, gera dúvidas a respeito do que são casos semelhantes e fomenta nova forma de positivismo, substituindo "juiz boca da lei" pelo "juiz boca do precedente". Paradoxalmente, louva o que designa de hierarquização da jurisprudência, decorrente da suposta necessidade de juízes e tribunais seguirem orientações dos tribunais superiores Não lhe assiste razão. Ao reverso do que sustentou, apenas o reconhecimento de que há o esboço de um sistema brasileiro de precedentes inserido no CPC, que disciplina como os mesmos devem ser formados e utilizados, pode ser vir de contraponto à concentração de poder desmedida em mãos dos tribunais superiores.

13 Tradução livre. No original: "*Precedents are prior decisions that function as models for later decisions. Applying of the past to solve problems of present and future is a basic part of human pratical reason.*"

14 Tradução livre. No original: "*It is a basic principle of the administration of justice that like cases*

Precedente é conceito lógico-jurídico, válido em qualquer sistema e em qualquer momento histórico. Indissociavelmente ligado à necessidade de universalidade das razões jurídicas das decisões judiciais, como meio único de assegurar que aqueles eventualmente submetidos às mesmas situações obtenham decisões semelhantes. Claro que a eficácia do precedente judicial variará de acordo com cada ordenamento jurídico. Isto, contudo, não pode alterar o significado que a expressão possui (LUCCA, 2017, p. 951).

É truísmo, pois, repetir que a razão principal para que um sistema jurídico adote a prática de seguir precedentes é emprestar-lhe racionalidade.[15] É também por isto, mas não apenas.[16] A edição de um precedente não retira a necessidade de atividade interpretativa pelo julgador do caso subsequente (ZANETI Jr., 2015, p. 354). A pretensão de debelar os estoques de processos pendentes, combatendo voluntarismos e discricionariedade judicial irrefletida e injustificável, não se pode traduzir em legitimação da concentração de poderes nos tribunais superiores, aplaudindo a edição de teses que se apartam dos fundamentos determinantes dos casos que lhes deram origem e que são aplicadas aos feitos pendentes e subsequentes nos moldes da tradicional subsunção. De "*boca-da-lei*", transformar-se-ia o juiz brasileiro em "*boca-do-precedente*" (ou "*boca-da-tese*"). Tal o ponto que importa rechaçar.

No ponto, cumpre referir advertência constrangedora de Fábio Cardoso Machado (2006, p. 273). Tratando a respeito da sistemática de súmulas vinculantes, o autor destaca que a facilidade com que se

---

should be decided alike."

15 Neil Duxburry (2008, p. 94) adverte que, "onde não há a prática de seguir precedentes, os tribunais terão de, a todo momento, de 'reinventar a roda', enfrentando assuntos que realmente não precisam ser rediscutidos (ou postos em litígio), deixando de abordar questões genuinamente novas desde o princípio, consumindo tempo decidindo casos que já foram decididos com grandes esforços judiciais pretéritos, teria sido substancialmente mais simples, conclui, reconhecer o empreendimento judicial anterior." (Tradução livre). No original: "*Where there is no practice of precedent-following, courts wiil be regularly reinventing the whell, adjudicating matters which really need not to be litigated (or relitigated) and failing to adrsse genuninely novel issues of principel while spending too much time deciding cases which, had notice been taken or earlier judicial endeavours, would have been recognized as comparatively straightforward.*"

16 No desenvolvimento do trabalho, evitou-se repetir razões óbvias para a adoção de um sistema brasileiro de precedentes. Desnecessário afirmar que a adequada implementação do modelo delineado pelo CPC/2015 tem potencial para racionalizar o sistema, ensejar aceleração dos procedimentos, gerar economia processual, ensejar, mais que tudo, igualdade e segurança jurídica. De tudo isto não há dúvida. O que se sustenta, para além de referidas obviedades, é que o modelo delineado pelo legislador somente atingirá seus objetivos se for adequadamente implementado, isto é, se observar o modelo constitucional de processo democrático. Convém não ignorar o que a lei passou a dizer, pois.

admite, no Brasil, o propósito de controles burocráticos das decisões judiciais escancara a fragilidade da democracia e evidencia a vocação autoritária de quem, consciente das objeções de que é passível, defende aquele instituto. A reflexão pode ser estendida, em tudo e por tudo, ao modelo de produção concentrada de padrões decisórios que não podem ser ignorados pelos julgadores dos casos subsequentes. A formação e utilização de tais padrões decisórios somente será constitucionalmente legítima se amoldar-se ao modelo de processo constitucional democrático. Para que tal ocorra, precisam ser observadas as regras inseridas no CPC, as quais institucionalizam um sistema brasileiro de precedentes.

A advertência a que se fez alusão não pode servir de razão para sustentar que o julgador do caso subsequente poderia deixar de observar o padrão decisório previamente fixado. Tal importaria em negar vigência aos artigos 926 e 927 do CPC, ferindo de morte os deveres de estabilidade, coerência e, sobretudo, integridade. O que se está a dizer é que nem a formação dos padrões decisórios que não podem ser ignorados, nem a sua posterior utilização podem ignorar o sistema de precedentes que foi delineado pelo CPC, decorrência natural do modelo de processo constitucional democrático.

Há prevalecido, em parte da doutrina nacional, a ideia de que apenas os tribunais superiores editam precedentes. Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 291), por exemplo, descreve que ao Judiciário são atribuídas duas funções básicas: a resolução de conflitos e o desenvolvimento do direito ou o enriquecimento das normas jurídicas. A primeira das tarefas, sustenta, incumbe aos juízes e tribunais de segundo grau (Cortes de Apelação). A segunda, contudo, caberia exclusivamente aos tribunais superiores (Cortes Supremas, na dicção do autor). Logo, sustenta, um tribunal de apelação não firma precedente, já que não é sua função atribuir sentido ao direito. A missão de juízes e tribunais de apelação esgota-se em colaborar para o amadurecimento inicial da interpretação das leis. Mas quem define o sentido da lei é a Corte Suprema.

Em sentido semelhante, Daniel Mitidiero (2016, p. 145 e 122) assenta que as Cortes de Justiça (tribunais de apelação) não possuem competência para dar a última palavra a respeito do significado do direito. Logo, a jurisprudência que deles emana não desperta a confiança legítima e própria dos precedentes. Em outro trecho, afirma que a autoridade da

corte emissora, e não o acerto da decisão ou a experiência de quem decide, é o que efetivamente conta para justificar o dever de seguir precedentes.[17]

Os mesmos autores, em obra que publicam com Sérgio Arenhart (2015, p. 105), explicam que juízes e tribunais interpretam para decidir, mas que não existem para interpretar. Reiteram que a função de atribuição de sentido ao direito é reservada às Cortes Supremas. Juízes e tribunais ordinários interpretam para resolver casos, colaborando para o acúmulo e discussão inicial de razões em torno do significado do texto legal. Contudo, depois da decisão interpretativa elaborada pelos tribunais superiores (Cortes Supremas) para atribuir sentido ao direito, estariam obrigados a seguir o padrão decisório fixado (o precedente).

A posição de referidos autores, para além de outros pontos, ignora um aspecto central: há questões que não ascendem aos tribunais superiores. Tomem-se como exemplos as ações de controle de constitucionalidade de lei local em face da Constituição Estadual ou as demandas resolvidas à luz de lei local, editada dentro dos limites da competência constitucionalmente fixada. Em tais casos, qual seria a "Corte Suprema"? E no caso de demandas submetidas ao microssistema dos juizados especiais?[18]

---

17 Em obra específica sobre o tema, Daniel Mitidiero propõem a divisão das cortes que integram um determinado sistema judiciário em Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes. As primeiras seriam vocacionadas à prolação de uma decisão justa, ao passo que as demais ocupar-se-iam apenas da edição de precedentes. A divisão de tarefas, sustenta, atenderia à necessidade de economia processual e de tempestividade da tutela jurisdicional. No caso das Cortes de Justiça, a interpretação normativa é meio para obtenção do fim almejado, qual seja, a justa decisão da causa. Já no que diz respeito às Cortes de Precedentes, o caso concreto seria apenas meio, autêntico pretexto para a formulação da adequada interpretação das normas nele envolvidas. O mesmo autor, por outro lado, divide as cortes que ocupam o degrau mais elevado da hierarquia judiciária (parte da doutrina utiliza a expressão cortes de vértice, mas a expressão gera dúvidas, já que a palavra vértice designa tanto o ponto de encontro das semirretas formadas por dois dos lados de um polígono qualquer quanto o ponto mais alto dele, o mais afastado da base respectiva), em Cortes Superiores e Cortes Supremas. As primeiras voltam-se para a tutela do passado, controlando a aplicação judicial da lei. Sua atuação estaria relacionada com uma compreensão cognitivista do direito. Já as Cortes Supremas estão vinculadas a uma compreensão não cognitivista e lógica argumentativa do Direito. Nelas, a jurisdição é entendida como reconstrução e outorga de sentido a textos e elementos não textuais da ordem jurídica. O escopo de sua atuação consiste em dar unidade ao direito mediante a formação de precedentes, pelo que as razões adotadas nas respectivas decisões são dotadas de eficácia vinculante. Na visão do autor, O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) são Cortes de Precedentes, atuando como Cortes Supremas. O precedente judicial advindo das Cortes Supremas, então, é elevado à condição de fonte primária do direito (MITIDIERO, 2015, p. 31-34, 45 e 55). A noção é diversa da aqui adotada. Todos os órgãos jurisdicionais emitem precedentes, no âmbito da respectiva competência. De outro lado, é ilegítima atuação judicial "em tese", sem considerar as peculiaridades do caso concreto.

18 Não se ignora a competência da Turma Nacional de Uniformização (TNU), no caso dos juizados especiais federais (art. 14, § 2º, da Lei n.º 10.259/2001). Mas a TNU não é Corte Suprema, no sentido referido pelos autores mencionados. Também não se ignora a possibilidade

A ideia, contudo, contaminou o Supremo Tribunal Federal (STF). No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 655.265[19], o Ministro Édson Fachin (relator para o acórdão) expressamente invocou o conceito de Cortes Supremas e afirmou estar instalado, a partir da edição do CPC, o *stare decisis* brasileiro. A decisão serviu como mote para série de artigos publicada no sítio eletrônico Consultor Jurídico por Lênio Luiz Streck[20,21,22,23], a partir dos quais tenta demonstrar: 1) que há um problema metodológico no que ele designa de corrente precedentalista, por supor separação entre interpretação e aplicação; 2) que há equívoco em supor que a força do precedente resulta da autoridade que o edita, não da qualidade de suas razões e 3) que a previsão legal dos deveres de coerência e integridade não significa a incorporação irrefletida, pelo ordenamento jurídico brasileiro, de uma teoria dos precedentes.

A série de artigos antes referidos foi posteriormente consolidada e incorporada em obra única, aqui já referida (STRECK, 2018). Neles (artigos) e nela (obra), o autor desenvolve a ideia de que a leitura adequada do CPC tem aptidão para ensejar mudança efetiva no modelo deliberativo dos tribunais, isto em face do contraditório robustecido e do dever de

---

de que haja provocação ao STJ, quando a decisão a TNU contrariar súmula ou jurisprudência daquele tribunal (§ 4º do mesmo art. 18 da Lei n.º 10.259/2001). Instituiu-se, por referido dispositivo, autêntica ampliação das hipóteses de recurso especial constitucionalmente fixadas. A constitucionalidade, portanto, é duvidosa. O raciocínio pode ser estendido aos juizados especiais estaduais (comuns e da fazenda pública). Neles, também é possível pedido de uniformização, para a Turma de Uniformização Estadual (art. 18, § 1º, da Lei n.º 12.153/2009). Da decisão lançada no pedido de uniformização. cabe provocação ao STJ, quando houver divergência de entendimento entre Turmas de Uniformização estaduais diferentes ou quando a decisão local contrariar súmula do STJ (artigos 18, § 3º. e 19 da Lei n.º 12.153/2009). Turma de Uniformização não é Corte Suprema e o acesso ao STJ, pelas mesmas razões do que restou dito quanto à previsão contida na Lei dos Juizados Especiais Federais, também é de constitucionalidade duvidosa.

19 No referido Recurso Extraordinário, restou fixado o Tema 509 da Repercussão Geral, afirmando a constitucionalidade da Resolução do CNJ n.º 75/2009, segundo a qual os três anos de prática jurídica impostos como condição para ingresso na carreira da magistratura devem ser comprovados no ato da inscrição definitiva.

20 STRECK, Lênio Luiz. Por que os commonlistas brasileiros querem proibir os juízes de interpretar? **Revista Conjur**. Publicação em: 22.set.2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar.

21 STRECK, Lênio Luiz. Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes. Parte II. **Revista Conjur**. Publicação em: 29.set.2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii.

22 STRECK, Lênio Luiz. Uma tese política à procura de uma teoria do direito: Precedentes III. **Revista Conjur**. Publicação em: 06.out.2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii.

23 STRECK, Lênio Luiz. Precedentes IV: final. Porque interpretar não é um ato de vontade. **Revista Conjur.** Publicação em: 13.out.2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-out-13/senso-incomum-precedentes-iv-final-interpretar-nao-ato-vontade.

fundamentação adequada que dele decorrem. Isto e mais os influxos dos deveres de coerência e integridade, positivados no respectivo art. 926, ensejariam inibição da litigiosidade aventureira.

Os autores antes referidos (Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Arenhart) e os demais entusiastas da corrente precedentalista, sustenta Lênio Streck, ignoram que não é possível separar os momentos da interpretação e da aplicação do direito. A norma do caso concreto é o produto da interpretação, não o objeto dela. Supor que o juiz do caso concreto não realiza interpretação, limitando-se a aplicar o padrão decisório previamente fixado, remete a momento superado da teoria do direito.

A noção de "Cortes Supremas", de outro lado, aposta na atividade interpretativa desenvolvida apenas pelos órgãos que seriam os responsáveis pela edição dos precedentes[24] e na capacidade dos seus membros em editar decisões/teses que afastariam as ambiguidades acaso decorrentes do texto da lei. Ora, argumenta Lênio Streck, equivocidade e vagueza são elementos de indeterminação do significado dos textos e do alcance das normas. Sendo assim, considerando que a tese também se expressa por meio de um texto, por qual razão acreditar que o texto do precedente (da tese) geraria menores dúvidas que o da própria lei? A pretensão de restrição da discricionariedade judicial de juízes e tribunais, causadora da inconsistência decisória (jurisprudência lotérica, como aqui já foi designada) seria olvidada. No final das contas, ter-se-ia apenas a substituição da discricionariedade de juízes e tribunais ordinários pela discricionariedade dos juízes das "Cortes Supremas".

Da leitura do CPC, por outra parte, há resultado severo equívoco conceitual, cuja superação é premissa para o trabalho aqui desenvolvido. Como já foi anotado, nele há referência expressa ao termo precedente (art. 489, § 1º, V e VI, art. 926, § 2º e art. 927, § 5º) e a conceitos que são próprios de um sistema tradicional de precedentes, como fundamentos determinantes (art. 489, § 1º, V e art. 979, § 2º), superação (art. 489, § 1º, VI) e distinção (art. 489, § 1º, VI, 966, § 5º e 1.037, §§ 9º e 12). Mas também são instituídos e estruturados procedimentos para produção concentrada de padrões decisórios que não podem ser ignorados, como a sistemática de julgamento de recursos repetitivos (artigos 1.036 e seguintes)

24 A palavra precedente é polissêmica, como destacado em trecho posterior do trabalho. Nesta passagem, ela é utilizada no sentido em que é empregada pelos precedentalistas, ou seja, como sinônimo do produto que resulta do que aqui se designou de procedimentos concentrados de produção de padrões decisórios (ou teses).

e o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigos 976 e seguintes), por exemplo. De referidos procedimentos concentrados resultam teses. Teses, no entanto, não são precedentes, como não são precedentes as súmulas, por exemplo. Sua utilização deve ocorrer a partir dos respectivos fundamentos determinantes (art. 489, § 1º, V). Nada obstante, é isto que vem ocorrendo na prática, como já se destacou. Ou seja, há prevalecido a posição precedentalista.

Lênio Streck argumenta que os autores precedentalistas não demonstram que, mesmo nos países afeitos à tradição do *commom law*, as cortes superiores sejam tribunais de julgamento de teses ou tribunais que produzem teses em abstrato ou generalizantes. Por isto, entende ser arriscado defender um papel tão amplo – e poderoso – para as cortes superiores, isto sem que antes tenha sido desenvolvida no Brasil uma teoria da decisão judicial.

Preocupações eficientistas, relacionadas com o combate aos estoques de processos existentes, não autorizam que teses sejam equiparadas a precedentes, nem tampouco que se reconheça aos tribunais superiores a competência para decidir "em tese", ignorando a facticidade.

Lênio Streck (2018, p. 93) evoca autores como Dierle Nunes, Marcelo Cattoni, Francisco Borges Motta, Lúcio Delfino, Georges Abboud e Nélson Nery Jr. para rejeitar a ideia de que já há no Brasil um sistema de precedentes e de que o Judiciário estaria autorizado a "legislar" (por meio da edição de teses). Por isto, defende a mudança da racionalidade no uso dos julgados dos tribunais. Busca por eficiência não pode ignorar o devido processo constitucional. Em suma, arremata, sua insurreição não é contra os precedentes, mas contra sua eficientização.

De tudo o que restou dito, resulta claro que Lênio Streck referendou, na série de artigos e em tudo que tem escrito a respeito, o que sempre sustentou: que não há discricionariedade judicial: que não é possível ao juiz, ao decidir, partir de um grau zero de sentido; que o julgador precisa atentar para história institucional do direito (coerência e integridade); que interpretação e aplicação são indissociáveis. A negativa dele de que já exista um sistema de precedentes delineado no CPC parece evidenciar uma preocupação específica, qual a de que dizer o contrário fosse entendido como adesão ao que designou de teses precedentalistas. Não é assim. É possível rejeitar os equívocos da corrente precedentalista e, ainda assim, sustentar que o CPC delineou, mesmo de forma incipiente, um sistema de

precedentes. Isso significa dizer que estabeleceu como os padrões decisórios devem ser formados e, muito mais que isto, como deveriam ser utilizados.

Em arremate, negar que há o delineamento de um sistema de precedentes[25] é atitude que finda por validar tudo o que vem acontecendo. O reconhecimento de que ele existe e sua adequada operacionalização, ao reverso, tem potencial para qualificar os processos decisórios[26] e, em algum tempo, permitir que haja diminuição dos estoques de processos. Julgar melhor para julgar menos, enfim.

E não se argumente que isto representaria *commonlização* do direito brasileiro. Dispersão decisória, em qualquer sistema judicial, desacredita o Judiciário, retirando-lhe a legitimidade. É um mal para a sociedade. A necessidade de respeitar precedentes judiciais, então, existe em qualquer sistema judicial (Wambier, 2012, p. 31).

4 Quem vê tese, não enxerga precedente

No tópico anterior, destacou-se a indispensabilidade de reconhecer a existência do delineamento de um sistema brasileiro de precedentes no CPC. Tal importa em impor aos julgadores (a todos eles) o dever de considerar a história institucional do Direito. Significa alterar substancialmente os ônus argumentativos de todos os atores do processo, seja para a construção de um padrão decisório, seja para sua aplicação, seja para seu afastamento ou superação. Mais que tudo, traduz-se na única maneira de tutelar a atividade dos tribunais, especialmente dos superiores, evitando que se transmudam

25 Sustentar que já há um delineamento legal de uma teoria dos precedentes não afasta a necessidade de que seja desenvolvida, no Brasil, uma adequada teoria dos precedentes, para que como adverte Guilherme Lunelli, seja suplantada a utilização mecânica de julgados e súmulas (2016, p. 144).

26 Dierle Nunes separa eficiências quantitativa e qualitativa da atividade judicial. A primeira é associada à velocidade da resolução dos conflitos e aos custos empreendidos para tanto. Em outro viés, eficiência qualitativa diz com a qualidade das decisões proferidas, de sua fundamentação. Daí resulta a necessidade do desenvolvimento de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes e democráticas para a aplicação do direito. O sistema brasileiro, no entanto, tem se ocupado apenas da eficiência quantitativa, do que resulta uma imposição neoliberal de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos tribunais (padronização decisória), mesmo que isto ocorra antes de um exaustivo debate em torno dos casos. O foco é apenas ampliar o número de casos resolvidos. O autor destaca as metas anualmente impostas pelo Conselho Nacional de Justiça e repudia instrumento que chegou a ser utilizado e divulgado na página eletrônica respectiva (www.cnj.jus.br), alcunhado de "processômetro", que auferia o índice de produtividade dos tribunais brasileiros. As observações foram escritas ainda antes da superveniência do CPC, mas de amoldam à atualidade e reforçam a necessidade de que entender que somente é possível julgar menos (diminuição dos estoques de processos) se o Judiciário brasileiro passar a julgar melhor (2012, p. 256-257, nota de rodapé 28).

em autênticas "cortes supremas" (na linha dos entendimentos que antes foram repudiados), substituindo a liberdade decisória dos juízes das instâncias ordinárias pelo próprio arbítrio, construindo teses apartadas dos fatos e dos casos que lhes deram origem e impondo aplicação das mesmas sem que haja a possibilidade de interpretação (como se isso fosse possível). Em outros termos, o reconhecimento da existência de um sistema brasileiro de precedentes é o único meio de coibir a utilização distorcida, arbitrária e inconstitucional (porque apartada do modelo constitucional de processo democrático) dos procedimentos concentrados de produção de padrões decisórios impositivos.

A preocupação com a redução de estoques de processos não pode guiar a utilização dos referidos instrumentos, esvaziando o debate travado no processo e ensejando decisões qualitativamente piores. Padrões decisórios fixados açodadamente, ao arrepio do modelo constitucional democrático de processos e do sistema de precedentes delineado pelo CPC, desafiariam rápida superação. Com vida breve, serviriam apenas ao recrudescimento da instabilidade decisória, em vez de restringi-la.

Indispensável recordar, no ponto, que a edificação do CPC/2015 teve, desde a sua gênese, preocupação marcadamente eficientista. Desde a Exposição de Motivos[27], o foco da nova legislação foi o adequado gerenciamento e a diminuição dos estoques de processos existentes. Como bem observou Rodolfo de Camargo Mancuso (2011, p. 39), a prática brasileira de resolver problemas com (mais) normas – que designou de nomocracia – não é nova e já havia sido utilizada em alterações que precederam o CPC e que pretendiam dar cabo da carga de processos que, já naquela altura (a obra referida é de 2011), assolava o Judiciário. Ali, a política legislativa teve preocupações pragmáticas, sem atentar para o aperfeiçoamento das categorias e dos institutos processuais. A estratégia notoriamente não funcionou. Com acerto, Guilherme Lunelli (2016, p. 40-41) destaca que o legislador brasileiro passou a tratar o procedimento como instrumento de combate à crise numérica, relegando a plano secundário a boa prestação da tutela jurisdicional. Em tais condições, prossegue, é indispensável cuidado, para que o déficit de constitucionalidade que ensejou o abarrotamento do Judiciário não finde por transformar-se em

27 Exposição de Motivos do CPC/2015, redigida pela Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto deflagrador do processo legislativo correlato. Íntegra do documento referido disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em 10.jun.2019, às 19:01.

álibi necessário para legitimar a flexibilização de garantias constitucionais processuais.

Eis o ponto central da discussão: o CPC propõe novo olhar sobre a cena processual e lança convite normativo para institucionalização de um sistema de precedentes. Preocupações com eficiências quantitativas não podem servir de justificativa para a distorção do modelo proposto. Como já se anotou, teses editadas em consequência de procedimentos concentrados de edição de padrões decisórios que não podem ser ignorados não podem ser tidas como precedentes. Isso não significa que os referidos procedimentos concentrados não deveriam existir. Técnicas de gerenciamento processual e de julgamentos por amostragem evidentemente possuem potencial para contribuir com a racionalização judicial. As teses que deles resultam, contudo, precisam ser produzidas e utilizadas segundo o sistema de precedentes delineado pelo CPC/2015.

No ponto, indispensável lançar luzes sobre a ponderação de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. (2015, p. 671-698) que, por sua lucidez e objetividade, não merece reparo algum:

> A transformação de um sistema de precedentes, em que há a análise de caso concreto, para um sistema de teses, em que os tribunais superiores fixam um determinado entendimento, abstraindo-se das especificidades do caso concreto, em todos os demais tribunais devem apenas repetir aquele entendimento, ignorando as situações fáticas concretas, é extremamente danoso à evolução do ordenamento jurídico. A aplicação do precedente não deve e não pode ser mecânica (assim como toda e qualquer interpretação de textos jurídicos). As especificidades relevantes dos novos casos concretos devem ser sempre consideradas, do contrário, o sistema de precedentes promoverá uma igualdade perversa, ao impor a semelhança entre casos pela mera repetição de teses.

Em complementação ao referido raciocínio, sem dele dissentir, Georges Abboud (2014, p. 49) invoca o referencial teórico do pós-positivismo para sustentar que é com ele incompatível a pretensão de se decidir uma lide mediante aplicação de qualquer padrão decisório por processo lógico-subsuntivo. O raciocínio, destaca, é essencial para que se possa compreender e funcionalizar institutos atuais do direito brasileiro, como a súmula vinculante e as decisões de tribunais superiores dotadas de efeito vinculante. Tais institutos possuem aptidão para servirem de parâmetro para a resolução de casos novos, mas não podem ser tidos como a norma pronta e acabada, a ser aplicada mecanicamente. Tais

padrões decisórios expressam-se em textos normativos, que não dispensam interpretação para sua aplicação.

É sob os influxos das referidas advertências que se pretende evidenciar o que antes já restou dito: **tese não é precedente**. Repita-se à exaustão: as teses decorrentes dos procedimentos concentrados de produção de padrões decisórios e que não podem ser ignorados pelos julgadores dos casos subsequentes precisam ser editadas e utilizadas a partir do sistema de precedentes delineado no CPC. Admitir a hipótese de que as teses fixadas em procedimentos concentrados de padronização decisória são *standards* decisórios, aplicáveis mecanicamente aos casos ulteriores, remete a um momento teórico superado, traduzindo-se, ademais, em concentração desmedida de poder naqueles que as emitirão (nos tribunais superiores, principalmente).[28] Como já foi dito aqui, substituir-se-á a discricionariedade dos juízes e tribunais ordinários pela dos tribunais superiores.

Convém não perder de mente a lição de Ovídio Baptista da Silva (2008, p. 190). Muito antes da cogitação da construção de um código novo (e, no bojo dele, da estruturação de procedimentos concentrados para produção de padrões decisórios), o autor já havia manifestado severa preocupação com o que designou de cultura das uniformidades:

> [...] os juristas modernos não conseguem pensar o direito a partir do caso; não conseguem pensá-lo através do problema. Somos induzidos por uma determinação paradigmática, a pensá-lo como produzido pela regra, pela norma, enfim pelos códigos. Somos herdeiros da cultura europeia das uniformidades, que devota um profundo desprezo pelas diferenças... O conflito entre nossa sujeição paradigmática e as contingências impostas por uma sociedade urbana de massa, com marcantes plurivocidades de visão de mundo, seja político, familiar, ético e até mesmo religioso, gera enormes dificuldades em torno do conceito de direito, especialmente quando nos deparamos com o fenômeno jurisdicional. As tentativas de quebrar as regras, de abrir brechas no sistema, de flexibilizá-lo, arranjando-a, de modo a superar o idealismo próprio do iluminismo europeu, que – ingenuamente – pretendeu transformar o Direito numa fórmula matemática, seguidamente defrontam-se com as mais graves e inesperadas dificuldades, opostas por nossa submissão ao paradigma racionalista, inspirador das várias

28 Como anota Juraci Mourão Lopes Filho, a vinculação é ao precedente, não àquilo que é dito pela corte emissora que seja o precedente. A questão sobre o que significa vincular (ou observar, como está grafado no art. 927/2015) é retomada adiante. Por ora, resta reiterar que tese (aquilo que a corte emissora descreve como a consolidação de seu entendimento) não é precedente (2016, p. 264).

> matizes de positivismo jurídico, que os mais otimistas imaginam que já esteja superado.

Cumpre, então, compreender o contexto teórico em que está inserida a superveniência do CPC, de forma a referendar as assertivas que foram feitas, viabilizando a construção de um conceito de precedente compatível com o modelo constitucional de processo democrático.

Para repudiar a possibilidade de que os juízes brasileiros permaneçam decidindo a partir de um grau zero de sentido e que advogados e partes continuam militando e litigando em sistema desprovido de previsibilidade, Dierle Nunes, Flávio Pedron e André Horta (2017, p. 314) destacam que o sistema processual jamais será eficiente (e legítimo) se não forem superados os desvios de comportamento de todos os sujeitos processuais, reprisados a partir de práticas supostamente incrustadas, contrárias à normatividade e à Constituição ou de uma presumida incapacidade de mudar vícios que são percebidos pelo senso comum e, nada obstante, naturalizados a partir de heranças e peculiaridades tipicamente brasileiras.

Os autores evidentemente referem-se à mudança de postura que se impõe a todos quanto atuam na cena processual brasileira. A necessidade de mudança de postura é, a um só tempo, causa e consequência do sistema de precedentes e dos procedimentos de padronização decisória inseridos no CPC.

Ninguém pode estranhar a afirmação de que todos os juízes no Brasil sempre decidiram com olhos postos nas decisões pretéritas dos tribunais. A atuação de advogados não é diversa. Qualquer arrazoado, por mais simplória que seja a pretensão, reproduz um ou mais julgados que dariam o norte da interpretação a ser utilizada. Sabido, contudo, quão sofríveis são as argumentações produzidas. Corriqueiramente são juntadas ementas, sem concatenação entre as decisões referidas, sem exame dos acórdãos e, muito mais grave, sem aferição e utilização dos fundamentos determinantes contidos em cada um dos acórdãos invocados. O quadro agrava-se com a crescente carga processual. Metas de produtividade impostas pelos órgãos de cúpula e de fiscalização do Judiciário (CNJ e corregedorias) compelem a realização de julgamentos em série, velozes e que, como descreve Alexandre Morais da Rosa (2010, p. 24), acenam com a irresponsabilidade do sujeito que assina. Assim, o *poder-de-dizer* transformou-se em um *poder-de-repetir-sem-entender-qualquer-coisa*, sem fundamentação adequada. A tentação de se desobrigar de formar convicção acerca de tantas e tão variadas questões submetidas corriqueiramente a juízo atua no imaginário dos juízes, levando-

os a repetir (muitas vezes irrefletidamente) os argumentos já assentados em tribunais superiores (como adverte Maurício Ramires, 2010, p. 30).

É em tal contexto que sobrevém o convite normativo representado pelo CPC. Compreender o desafio que está posto e que somente é possível superá-lo com a construção de um adequado conceito de precedente judicial é missão que se impõe. Para tanto, é preciso delinear o contexto teórico que vai referendar a construção da ideia de que precedente é um conceito hermenêutico, correspondente a ganho ou acréscimo de sentido, enriquecendo o direito[29] (ou, se recordada a metáfora dworkiniana, colocando uma nova camada/acrescendo um novo capítulo ao romance em cadeia).

Já não é possível conceber o estudo e a aplicação do Direito sem a utilização do paradigma pós-positivista. No referido contexto, soa ingênua a suposição de que o recrudescimento de decisões com efeito vinculante, ou a utilização de mecanismos que almejam a solução automática de casos, por meio de efeito-cascata, teria aptidão para racionalizar a atividade do Judiciário (Abbdoud, 2016, p. 204). Nem mesmo o precedente do *common law* nasce "desde sempre" precedente (Abboud, 2015, p. 404).

A primeira metade do Século XX produz revoluções importantes para a filosofia e para o direito. Na filosofia, ocorre aquilo que se convencionou designar de "giro-linguístico".[30] A linguagem deixa de ser algo que se coloca entre sujeito e objeto e passa a ser condição de possibilidade. Na lição de Hans-Georg Gadamer (2004, p. 89), a linguagem não é um ferramental que é possível escolher quando usar, ou deixar de fazê-lo. Tudo o que o homem pensa é abarcado pela dimensão da linguagem. A linguagem é constituinte e constituidora do mundo do homem.

Indiscutível a consequência para o âmbito jurídico. Castanheira Neves (1993, p. 90), por exemplo, esclarece que o direito é linguagem e terá de ser considerado como tal. Isso significa que, em tudo e por tudo, ao que quer que o direito se proponha e como quer que ele toque o homem, o Direito o é em linguagem e em linguagem se expressa. Logo, em todo

29 Juraci Mourão Lopes Filho aponta que a principal função do precedente "...é enriquecer o sistema jurídico com sentidos não captáveis em uma abordagem abstrata e desprendida da realidade." (2016, p. 21).

30 Manfredo Araújo de Oliveira discorre a respeito do giro linguístico: "Pouco a pouco se tornou claro que se tratava, no caso da 'reviravolta linguística' (*linguistic turn*), de um novo paradigma para a filosofia enquanto tal, o que significa dizer que a linguagem passa de objeto da reflexão filosófica para 'esfera dos fundamentos' de todo pensar, e a filosofia da linguagem passa a poder levantar a pretensão de ser a 'filosofia primeira' à altura do nível da consciência crítica de nossos dias." (2001, p. 12-13).

conhecimento jurídico, em qualquer decisão jurídica, a linguagem exerce papel fundamental. Sendo assim, não se pode cindir interpretação e aplicação. Não se pode decidir para somente após encontrar fundamento. Interpretar e decidir acontecem em momento único (Abboud, 2014, p. 59).

Se o Direito é linguagem e na linguagem e se o problema de compreender é determinante para a formação de sentido que se projeta dos enunciados jurídicos (textos normativos), toda questão jurídica deve passar por esse "elemento hermenêutico" que caracteriza a experiência jurídica. A hermenêutica deixa de ser técnica de interpretação, ferramenta para determinação da correta interpretação da norma e passa a ser entendida como um *modo de ser* daquele que compreende o direito. A linguagem passa a ser constituída e constituidora do mundo do homem (Abboud, p. 62). Os limites do mundo cognoscível são os limites da linguagem.

A invasão da filosofia pela linguagem evidenciou que modelo Sujeito-Objeto já não era capaz de explicar como a verdade é descoberta. A relação passa a ser intersubjetiva (Sujeito-Sujeito). O sujeito apenas pensa e compreende quando, linguisticamente, raciocina com outro sujeito. Só daí surgem sentidos para os objetos do mundo. Não existe o mundo pensado pelo homem sem a linguagem. Trata-se do segundo giro da linguagem, o ontológico-linguístico.

A filosofia da linguagem reverbera no mundo do Direito, como é evidente. Não há exatidão linguística, pois as coisas (os objetos) não possuem essências, como anota Leonard Z. Schmitz (2015, p. 40, 41 e 44). Como esclarece Maurício Ramires (2010, p. 14), as consequências dessa revolucionária viragem linguístico-ontológica para a interpretação do Direito são imensuráveis.

Juraci Murão Lopes Filho (2016, p. 258 e 260) explica que a compreensão do Direito a partir da perspectiva da hermenêutica filosófica de Gadamer pôs fim à confusão entre texto e norma [31] O juiz que aplica a lei ou precedente, no novo paradigma, não está sujeito ao poder do legislador ou do tribunal superior, não se submete a uma autoridade caracterizada

31 Nas palavras de Lênio Streck: "... a norma será sempre o resultado da interpretação do texto. O texto não subsiste separadamente da norma, d'onde é necessário não confundir a equiparação entre texto e norma com a necessária diferença (que é ontológica) entre ambos. A 'norma" não é uma 'capa de sentido', que existiria apartada do texto. Ao contrário disto, quando me deparo com o texto, ele já surge normado, a partir da minha condição de ser-no-mundo. Essa operação ocorre graças à diferença. Por isto, repito, é impossível negar a tradição, a facticidade e a historicidade, em que a função de horizontes é condição de possibilidade dessa normação." (2011, p. 279)

pelo simples exercício do poder hierárquico ou de qualquer outra espécie. O juiz que julga é quem precisa assumir a atitude de autoridade gadameriana (aquele que realmente suscita questões importantes para o conhecimento ante o caso concreto), levantando e avaliando as questões pertinentes

Em outras palavras, a partir de Gadamer, não se pode mais falar em reprodução de sentidos. Nenhum texto tem significado essencial. Ao contrário, o texto é apropriado e reconstruído pelos intérpretes situados historicamente. A atividade interpretativa é sempre histórica, porque o texto somente é abordável a partir da historicidade do intérprete (Abboud, 2014, p. 77). A norma jurídica é sempre mais que seu próprio texto, só surgindo diante da problematização de um caso, real ou fictício.

Em tal perspectiva, já não há falar em separação entre os atos de interpretar e aplicar. Gadamer[32] utiliza a expressão *applicatio* para designar conjuntamente compreensão, interpretação e aplicação. Todos integram o processo hermenêutico.

Eis o ponto central da questão: a cisão entre texto e norma (a compreensão de que o texto é apenas texto e que, a cada *applicatio*, o seu sentido precisa ser reconstruído, a partir do referencial histórico do intérprete-aplicador) vai ensejar a construção do conceito pós-positivista de norma jurídica. Somente será possível instrumentalizar esse novo conceito de norma jurídica a partir de um conceito pós-positivista de decisão judicial (Abboud, 2014, p. 31).

No paradigma positivista, o ato interpretativo acontece abstratamente, a partir do enunciado legislativo. Ao intérprete incumbe apontar o melhor significado, aplicando-o ao caso concreto, por subsunção. A separação conceitual entre texto e norma, contudo, impõe repúdio a qualquer tentativa de reproduzir, nos dias de hoje, processos de aplicação de normas por subsunção. Elas invariavelmente escamoteiam tentativas de concentração de poder.

A expressão pós-positivismo é cunhada por Friederich Müller, que concebe a teoria metódica estruturante. O pós-positivismo tem dois grandes objetivos: a) carrear para o Direito às conquistas e inovações advindas do

32 Nas palavras do autor: "A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei, em cada caso, ou seja, é tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. A ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condição de realizar essa ponderação justa. É por isto que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo com que estamos às voltas." (Gadamer, 2015, p. 432-433).

giro-linguístico e b) sistematizar uma teoria da norma, atrelando-a ao fenômeno decisório, de modo a superar a concepção de que o ato de julgar é mero ato de vontade ou operação mecânica, de cariz silogístico. Assim, imaginar lei, precedente ou padrão decisório contendo norma pronta em si para resolver diversos casos consiste em crença intolerável para referida corrente de pensamento (Abboud, 2015, p. 402).

O próprio Friederich Müller (2007, p. 291) esclarece:

> [...] pertence a esta teoria, no quadro da teoria estruturante do direito (TED), a diferença entre norma e texto normativo, o conceito de concretização como construção da norma jurídica geral, em cada caso a ser solucionado – em outras palavras, a temporalidade inerente da normatividade. Ela não é uma "virtude" dos textos na codificação, mas ela é um processo real, concreto de trabalho que deve ser assumido, socialmente e politicamente, com responsabilidade pelo operador do direito (ou seja, um conceito da teoria da ação, combinado com o conceito pragmático de linguagem na linguística moderna do direito).

Para o autor, a construção normativa depende da fusão de dois conceitos jurídicos distintos, que designa de *programa da norma* e âmbito da norma. O primeiro é constituído pelos elementos linguísticos do processo concretizador, isto é, o teor literal. O âmbito normativo é formado por elementos não linguísticos, consistindo no recorte da realidade social em sua estrutura básica, que o programa da norma criou para si como seu âmbito de regulamentação. O texto projeta um programa – uma gama linguística de possibilidades – e avoca para si sempre um âmbito, uma facticidade que será analisada diante do programa. O processo de concretização não pode, pois, ser jamais desvinculado do caso concreto que se busca responder. A função do programa e do âmbito normativo é informar os limites reais da aplicação do Direito (Schmitz, 2015, p. 73-74).

Com isto, F. Müller pretende deixar claro que o texto normativo não é, abstratamente, suficiente para a extração da norma, como supunha o imaginário positivista. O texto apresenta-se como ponto de partida, o dado de entrada de um processo por meio do qual o enunciado linguístico e a facticidade do caso a ser decidido se fundem, concretizando a norma jurídica (Lunelli, 2016, p. 110).

No pós-positivismo, pois, a norma não é descoberta, mas estruturada (Abboud, 2014, p. 78). O juiz do caso subsequente não decide livremente. Não parte de um "grau zero" de sentido. Ao se deparar com o caso concreto, constrói/estrutura a norma que irá solucioná-lo, a partir do âmbito e do programa normativo. Para observar os deveres de estabilidade, integridade e coerência, o julgador/intérprete precisa considerar a história

institucional do direito, nela inseridos os padrões decisórios previamente fixados (e os precedentes, no sentido por ser desenvolvido).

A adesão ao referencial pós-positivista deixa evidente o repúdio à possibilidade de decisões pré-prontas, que seriam aplicadas para a solução do caso concreto por subsunção. Uma tal pretensão remete a período teórico superado. Afinal de contas, a construção/estruturação da norma apta a solucionar o caso concreto é sempre do aplicador/intérprete/julgador do caso subsequente.

Teses (resultados dos procedimentos concentrados de produção de padrões decisórios que não podem ser ignorados) não passam de textos que buscam capturar o sentido do que se decidiu antes, para balizar o que se decidirá depois. E isto é feito pelo órgão julgador que as emitiu, não pelo julgador do caso subsequente (daí ter-se referido, no início, que o modelo brasileiro é de precedentes prospectivos). A norma apta a solucionar o caso concreto, contudo, haverá de ser estruturada na *applicatio*, pelo julgador do caso subsequente, a partir da consideração do texto da tese, mas não apenas. Haverá de considerar – aqui reside o ponto central da discussão proposta – os fundamentos determinantes das decisões que lhe deram origem (os precedentes).

É por isto que não se pode ignorar o sistema de precedentes esboçado pelo CPC, que disciplina a maneira como os referidos padrões decisórios devem ser construídos e utilizados. Resta, então, oferecer um conceito de precedente, compatível com o modelo brasileiro de processo constitucional democrático.

5 Conceito de precedentes

Em trabalho publicado pouco antes da vigência do CPC/2015, Fredie Didier Jr. e Marcus Seixas Souza (2015, P. 119) destacam que já havia, desde o final do período colonial, alguma preocupação com precedentes no Brasil. Por isto, sustentam, o recrudescimento da importância deles, verificada especialmente a partir da edição do CPC, não é um desvirtuamento da tradição nacional. O sistema de formação, divulgação, aplicação e superação dos precedentes judiciais não se desenvolveu fora de uma linha evolutiva. Ao contrário, é fruto de uma tradição brasileira desenvolvida na prática e, em períodos mais recentes, no pensamento jurídico brasileiro. A superveniência do CPC, ademais,

não teria significado adesão, por penada legislativa, à tradição jurídica do *common law*.

Não há reparo a opor. A circunstância de o legislador brasileiro haver estruturado um sistema de respeito aos provimentos judiciais pretéritos não significa um abandono de sua tradição legicêntrica, típica do *civil law*. Afinal de contas, a necessidade de respeito à história institucional do Direito e, no bojo dela, ao conjunto de decisões judiciais pretéritas, não é exclusiva de qualquer das tradições jurídicas. Mas não há de se negar que o legislador brasileiro incorporou conceitos e institutos flagrantemente inspirados na experiência estrangeira, especialmente do *common law*.[33] A compressão deles não pode prescindir da avaliação da experiência de ordenamentos, julgadores e demais atores do processo que com eles estão familiarizados há bem mais tempo.

A palavra precedente sempre foi utilizada na prática judicial nacional. Juízes, tribunais, advogados e demais atores da cena processual brasileira usavam-na como sinônimo de decisão (ou de conjunto de decisões) do passado, relacionadas com o objeto litigioso e que, em tais condições, poderia subsidiar a solução no caso submetido à apreciação. A prática prossegue, malgrado a superveniência de novo paradigma legislativo. Na acepção descrita, a palavra precedente não difere da noção de jurisprudência[34] (conjunto de decisões em um mesmo sentido).

Evidente a mais não poder que não foi esta conotação da palavra precedente que o CPC utilizou nas quatro passagens diferentes em que a menciona (art. 489, § 1º, V e VI; art. 926, § 2º e art. 927, § 5º). O termo precedente foi utilizado do CPC com o deliberado propósito de trasladar para o cenário nacional experiências que são mais frequentes nos países de *common law*. Não foi só. O uso não foi acidental. Estão também incorporados no texto da lei termos e institutos que são próprios dos regimes que devotam maior atenção aos precedentes judiciais, como distinção (art. 489, § 1º, VI; art. 966, § 5º, art. 1.037, §§ 9º e 12), superação (art. 489, § 1º, VI) e fundamentos determinantes (art. 489, § 1º, V; art. 979, § 2º),

33 Mas não exclusivamente. Como sabido, uma das principais técnicas de gestão de processos repetitivos e de produção de padrões decisórios que não podem ser ignorados é o incidente de resolução de demandas repetitivas. Já na deflagração do processo legislativo que originou o CPC, deixou-se explícito que o referido incidente foi estruturado a partir do *Musterverfahren*, de origem alemã. Instituto oriundo de *civil law*, portanto.

34 Não se ignora a existência de outras acepções do termo jurisprudência. Nada obstante, ele é utilizado, aqui, com a conotação mais comum no cenário jurídico nacional, ou seja, como conjunto de decisões judiciais consagradas do mesmo entendimento.

por exemplo. Não pode haver dúvida, então, de que o legislador brasileiro institucionalizou um sistema de precedentes judiciais.

É certo que o legislador manifestou, desde o início do processo legislativo correlato, preocupação marcadamente eficientista. Pretendia, a um só tempo, controlar liberdades decisórias e incrementar a eficiência da prestação jurisdicional, como restou ressaltado na Exposição de Motivos respectiva. Pouco importa que esta tenha sido a pretensão original. Ao incorporar ao texto definitivo expressões como aquelas que foram referidas, depois de longo processo legislativo (onde se cogitou, inclusive, da separação de capítulo para tratar especificamente dos precedentes judiciais), não pode haver nenhuma dúvida de que, de fato, instaurou-se no Brasil um sistema de adequado tratamento dos precedentes judiciais.

É, pois, sob os influxos da nova ordem do processo brasileiro que deve ser compreendido o (novo) conceito de precedente judicial. Não há resquício de dúvida de que o regime de precedente institucionalizado pelo CPC é embrionário. Muito mais adequado teria sido preservar no corpo do código capítulo próprio. Mas não se pode ignorar que há delineamento de como os precedentes são forjados, utilizados, divulgados e superados. A disciplina não é exauriente nem quantitativa e qualitativamente. Mas ignorá-la expõe o jurisdicionado brasileiro ao recrudescimento da discricionariedade judicial, especialmente da cúpula do judiciário. Os voluntarismos dos juízes de jurisdição ordinária seriam suplantados pela atuação dos integrantes de cortes superiores, transformadas, na hipótese, em autênticas cortes supremas (no sentido já repudiado neste trabalho). De boca-da-lei, ter-se-ia o juiz brasileiro transformado em juiz-boca-do-precedente (ou juiz-boca-da-tese-que-não-é-precedente-mas-é-oferecida-como-se-fosse).

Abdicar do que está posto, porque a regulação é insuficiente, é fazer rolar por terra a possibilidade de qualificação dos processos decisórios que pode resultar do CPC/2015. Importante recordar, na passagem, que a proposta desenvolvida desde o início foi a de utilizar o sistema delineado pelo CPC para qualificar os processos decisórios. Decidir melhor para decidir menos, e não o contrário, como defende Daniel Mitidiero por exemplo (2015, p. 32).

Ademais, como referiram Fredie Didier Jr. e Marcus Seixa Souza, em trecho citado na abertura deste tópico, a regulação inserida na lei não é fruto do acaso. Resultou de uma construção paulatina, fruto da maturação

do pensamento jurídico brasileiro a respeito da necessidade de respeitar precedentes judiciais.

É sob tal perspectiva que deve ser (re)compreendido o conceito de precedente, de forma a possibilitar a mudança de postura que o CPC propôs e que, como se sustentou no início, decorre de imposição do modelo constitucional de processo democrático.

Como restou anotado no início do presente tópico, não é incomum, na cena judicial brasileira, que *precedente* e *jurisprudência* sejam tomados por sinônimos. Nada obstante, não é assim. Ronaldo Cramer (2016, p. 72 e 74) descreve a diferença entre os dois termos como *quantitativa*. Precedente refere-se a uma única decisão sobre um caso, ao passo que jurisprudência é substantivo coletivo, que designa o conjunto de decisões de um tribunal ou dos tribunais sobre a mesma questão em um único sentido. Assim, o termo *precedente* seria mais adequado para qualificar um sistema de que utiliza como padrão decisório uma única delas, e não uma sequência de decisões.

A descrição remete à lição de Michele Taruffo (2014. p. 1-16). O professor italiano acrescenta que precedente é um conceito *qualitativo*. Nenhuma decisão nasce desde sempre precedente.[35] Ela o é na medida em que for reconhecida como tal pelo julgador do caso subsequente. A ele incumbe a comparação de casos. O julgador do caso subsequente tomará o primeiro como vetor interpretativo para a solução do segundo se, e somente se, identificar significativo grau de semelhança entre os fatos relevantes dos dois casos (o atual e o do precedente). Se assim for, o julgador do caso subsequente tomará como razões da própria decisão os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) da decisão anterior (caso anterior).

Nos moldes do que observa Lucas Buril de Macêdo (2016, p. 71-73), *precedente* é um conceito relacional, uma vez que toma em conta a aptidão que uma decisão possui de influenciar na prolação da outra. O autor utiliza a expressão *precedente* em dois sentidos: a) formal, próprio ou continente e b) impróprio. Esclarece que, no primeiro sentido, precedente equivale a caso, abarcando todo o ato decisório. Não se cinge ao dispositivo da decisão. É continente e não se confunde com a norma que dela exsurge.

35 Já foi ressaltado que o modelo brasileiro tem características próprias, que permite aos tribunais a deflagração de procedimentos concentrados de padrões decisórios, os quais haverão de ser utilizados segundo os fundamentos determinantes das decisões que lhes deram origem. Eis o risco que precisa ser enfrentado. A inversão da ordem natural não pode significar que os tribunais podem editar padrões decisórios sem atenção ao substrato fático do caso em exame. Muito menos pode autorizar posterior aplicação subsuntiva do texto da tese fixada. A norma do caso concreto precisará ser construída (estruturada) no julgamento do novo caso.

Neste sentido, toda decisão judicial é precedente (caso anterior). Mas nem toda decisão tem aptidão para servir de precedente (vetor interpretativo). Muitas vezes, a situação sequer se repete. Outras vezes, na prolação da decisão inicial não há nenhuma atividade criativa (nenhum acréscimo de sentido, nos moldes do que é evidenciado adiante). *Precedente* em sentido impróprio, por sua vez, designa a norma que resulta do precedente e que tem aptidão para auxiliar na solução dos casos subsequentes. Equivale à *ratio decidendi* (razões de decidir ou, na terminologia utilizada pelo CPC/2015, fundamentos determinantes). Trata-se de uma sinédoque: toma-se a parte pelo todo. Utiliza-se o termo *precedente* por *norma do precedente*.

Juraci Mourão Lopes Filho (2016, p. 21, 275-276 e 281), por sua parte, salienta que a principal função do *precedente* é enriquecer o sistema jurídico com sentidos não captáveis em uma abordagem abstrata da realidade. Logo, acrescenta, *precedente* deve ser descrito como decisão judicial capaz de realizar acréscimo de sentido e exercer função mediadora entre texto e realidade. Em outras palavras, é uma resposta institucional a um caso, dada por meio de uma *applicatio* que tenha gerado um ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas, seja mediante a obtenção de novos sentidos, seja pela escolha de um sentido específico, em detrimento de outros. O ganho de sentido pode resultar, ainda, de um avanço sobre questões não tratadas previamente em textos legislativos ou constitucionais. Essa resposta institucional passa a compor a tradição institucional do Judiciário e merecerá consideração no futuro, elidindo o desenvolvimento de outras decisões a partir de um grau zero e sentido. Em outros termos, somente haverá precedente se houver aquilo que o autor designa de ganho hermenêutico. Ele (o ganho hermenêutico) é relevante para posterior utilização do julgado como *precedente*. A força hermenêutica do *precedente*, de outro lado, decorre da regular observância, pelo órgão emissor, dos deveres de estabilidade, integridade e coerência.

Perceba-se que a expressão *precedente* é utilizada por Juraci Mourão Lopes Filho em substituição a *norma do precedente*. Se os fundamentos determinantes da decisão anterior agregam sentido novo à história institucional do Direito (em outras palavras, se há ganho hermenêutico), então terão aptidão para auxiliar na formação da decisão do caso subsequente. O julgado do caso subsequente, de outro lado, não poderá ignorar a decisão inicial, pena de violação dos deveres de estabilidade, integridade e coerência.

É este o sentido em que o termo *precedente* é utilizado no presente trabalho. Utiliza-se *precedente* no sentido impróprio, ou seja, em

substituição de *norma do precedente*, como sinônimo de razões de decidir (*ratio decidendi* ou fundamentos determinantes). Mas não são as razões de decidir de qualquer decisão anterior que importam. Somente as que representam acréscimo de sentido (ganho hermenêutico) são autênticos *precedentes* judiciais e, portanto, precisam ser observadas (para utilizar o mesmo verbo empregado pelo art. 927 do CPC/2015, o qual é objeto de discussão no tópico seguinte).

Perceba-se que tratar "precedente" como razões de decidir de contenda judicial que agregam acréscimo hermenêutico à história institucional do Direito é absolutamente coerente com a noção de integridade (art. 926). Cada novo acréscimo de sentido (cada novo "precedente", no sentido aqui empregado) é passo adiante na busca da construção da *right answer* (resposta correta). O reconhecimento do precedente há de fazer-se na estruturação da norma do caso concreto, durante a *applicatio*. Referida estruturação, ademais, há de observar as diretrizes fixadas no modelo de processo constitucional democrático, em um ambiente policêntrico e dialogal. Justificada, pois, a adoção dos referenciais teóricos mencionados.

Ao cabo, anote-se que reiteração de decisões em um mesmo sentido (ou as sucessivas aplicações de um mesmo precedente) pode ensejar a edição de enunciados de súmula. Haveria, pois, uma evolução: precedente – jurisprudência – súmula. Súmula não é precedente. Não passa de consolidação do entendimento seguidamente adotada pelo tribunal (ou tribunais), com regular observância de um mesmo (ou de mais de um) precedente judicial. Súmula não é, sequer, um provimento jurisdicional em sentido próprio.[36]

Tese também não é precedente.[37] Tese é texto resultante de procedimentos concentrados de produção de padrões decisórios que não podem ser ignorados. Enquanto eventualmente ocorra, não traslada para seu texto, como regra, os fundamentos determinantes da decisão (ou do conjunto de decisões) que lhe deu ensejo.

---

36 Ao editar súmula, o tribunal não está julgando uma causa, que lhe serve de substrato. Ao contrário, ela resulta da consolidação de entendimentos anteriores e, pior, não raras vezes a sua redação afastasse dos fundamentos determinantes das decisões que lhe deram origem. Malgrado previstas no CPC, são incompatíveis com o modelo de processo constitucional democrático. A questão é ainda mais grave quando se toma em conta a situação de várias turmas recursais de juizados especiais por todo o país, que puseram-se a editar enunciados que consolidam os respectivos entendimentos.

37 Na descrição de Lênio Luiz Streck: "Não existe 'tese autônoma". Ela é sempre componente de súmula, IRDR, recursos repetitivos e assunção de competência. Nenhum Tribunal pode fazer, como se legislador fosse, uma tese com pretensão universalizante." (2018, p. 82).

Tratando sobre enunciados de súmula e ementas de julgados, mas desenvolvendo raciocínio que se amolda, em tudo e por tudo, às teses resultantes de aludidos procedimentos, Leonard Ziesemer Schmitz (2015, p. 208) adverte:

> [...] que a redução de um 'precedente' a um texto curto e resumido obriga o julgador a reconstruir o sentido daquele 'precedente' para o seu caso concreto, sob o risco de utilizar julgados descontextualizados (e que, portanto, não poderiam ter força normativa no caso) como auxílio argumentativo.

Eis aí a reprodução de ponto para o qual se aponta desde o princípio. O que se reitera é que a utilização das teses resultantes dos procedimentos concentrados de padronização decisória somente pode ser realizada com olhos postos nos fundamentos determinantes da decisão que lhe deu origem.

Ao cabo deste tópico, incumbe realizar severa advertência: um sistema de precedentes judiciais que seja levado a sério não simplifica a atividade jurisdicional. Muito ao contrário, exige trabalho adicional do julgador, a quem incumbe identificar fundamentos determinantes do caso apontado como paradigma (precedente), semelhanças e diferenças entre o caso em exame e aquele que originou o precedente. É exatamente por isto que o CPC impõe reforço argumentativo das decisões judiciais, como meio único de conferir-lhes maior grau de legitimidade (Cambi; Fogaça, 2015, p. 350). [38]

De outro lado, lidar com um sistema de precedentes impõe domínio de conceitos que não são (ou não eram) próprios da experiência jurídica brasileira e precisarão ser apreendidos a partir das experiências nas quais se inspirou o legislador brasileiro.[39] Tal a única forma de não desvirtuar aquilo que se pretendeu institucionalizar, como decorrência do modelo constitucional de processo.

---

38 Aurélio Viana e Dierle Nunes, contudo, sustentam acertadamente que um sistema de precedentes que funcione adequadamente altera os ônus argumentativos de todos os atores da cena processual (VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: A mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018).

39 Assim, por exemplo, as noções de fundamentos determinantes (*ratio decidendi*), fundamentos retóricos, complementares ou não-determinantes (*obiter dictum*), vinculação horizontal e vertical, superação (*overruling)*, distinção (*distinguishing*) hiperintegração e desintegração, por exemplo. Na estruturação do trabalho, não se reservou espaço próprio para a reconstrução de referidos conceitos, na perspectiva de que, a estas alturas, eles já foram (ou deveriam ter sido) apropriados pelos atores do processo no Brasil. Nada obstante, eles estão mencionados, utilizados e descritos ao longo do texto.

6 A tese fixada no Tema 1058 da sistemática de recursos repetitivos pelo STJ: evidência de quem vê tese não enxerga precedente

Ao longo do texto buscou-se evidenciar que o CPC estruturou procedimentos concentrados para edição de padrões decisórios que não podem ser ignorados (como os incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, por exemplo). Ao mesmo tempo, estruturou um sistema de precedentes com características tipicamente nacionais, que aponta como os precedentes devem ser estruturados, interpretados, distinguidos e superados.

Assentou-se que o texto da tese que resulta dos procedimentos concentrados que antes foram aludidos não é suficiente para compreender a extensão do precedente que foi fixado. Texto é apenas texto e ainda demanda interpretação. Buscar compreender e utilizar o precedente (norma do precedente) que foi fixado a partir apenas do texto da tese que foi fixada pode ensejar violação, seja por desintegração, seja por hiperintegração (deixar de aplicar o precedente quando é aplicável ou, ao contrário, aplicá-lo a hipóteses que a ele não corresponde, art. 988, § 4º, do CPC).

A análise da tese correspondente ao Tema 1.058 da sistemática de julgamento de recursos repetitivos do STJ (Superior Tribunal de Justiça) permite adequada demonstração do ponto que se pretendeu destacar. Com o emprego da técnica de julgamento de recursos especiais repetitivos, o STJ fixou a seguinte tese: "*A Justiça da Infância e da Juventude tem competência absoluta para processar e julgar causas envolvendo matrícula de menores em creches ou escolas, nos termos dos arts. 148, IV, e 209 da Lei 8.069/90*."

Observe-se que o texto da tese alude exclusivamente às demandas que envolvem efetivação do direito à educação (relacionadas com matrícula de menores em creches ou escolas). Nada obstante, exame detido do acórdão paradigma (Recurso Especial, Nº 1.846.781 – MS) permite entrever que tomou-se como fundamento determinante da decisão a compreensão de o Estatuto da Criança e do Adolescente é lei especial e prevalece sobre a regra, quando o feito envolver ação instaurada em prol de criança ou adolescente para assegurar acesso às ações ou aos serviços públicos, quaisquer que eles sejam e independentemente de o infante encontrar-se em situação de abandono ou risco, em razão do relevante interesse social e pela importância do bem jurídico tutelado.

A parte da adequada compreensão dos fundamentos determinantes adotados no acórdão paradigma, é possível, nos moldes aqui propostos, a estruturação de *norma do precedente* que excede os limites da tese que foi fixada: a Justiça da Infância e da Juventude é absolutamente competente não apenas para demandas que envolvam efetivação do direito à educação, mas também para todas aquelas que se relacionem com a efetivação de qualquer outra política pública de que sejam destinatários crianças ou adolescentes.

Quem vê (apenas) tese, não enxerga precedente.

7 Das conclusões

O CPC estruturou técnicas de gestão de demandas que se repetem e estruturou procedimentos concentrados e destinados à edição de padrões decisórios que não podem ser ignorados. De tais procedimentos resultam textos que têm sido designados de teses (ou de precedentes qualificados).

Ao mesmo tempo, institucionalizou o sistema brasileiro de precedentes, com características próprias (a atuação do órgão judicial que emite o precedente é prospectiva). As regras que compõem o referido sistema delineiam, como eles devem ser estruturados, interpretados e aplicados, distinguidos e superados.

Ocorre que teses não são precedentes. Elas não passam de texto, demandando interpretação e aplicação, a partir dos fundamentos determinantes do acórdão paradigma. A adequada estruturação da norma de conduta (norma do precedente) apta a subsidiar a solução do caso subsequente à edição do precedente é tarefa do juiz encarregado.

Quem se limita a examinar e interpretar o texto da tese, não é capaz de enxergar o precedente.

Referências

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial:** o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente ao *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatos histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. *In*: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro; MACÊDO, Lucas Buril de (Coords.).

Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 399-405.

ABBOUD, Georges. Levando súmulas a sério. Posfácio. *In*: LUNELLI, Guilherme. **Direito sumular e fundamentação decisória no CPC/2015**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 203-208.

ARENHART, Sérgio Cruz e PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes e casos repetitivos: por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para a solução de litigância de massa? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (Orgs). **Precedentes judiciais**: diálogos transnacionais. Florianópolis: *Tirant lo Blanch*, 2018, p. 169-203.

ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCPC. *In*: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro; MACÊDO, Lucas Buril de (Coords.). **Precedentes**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 671-698.

ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Lisboa: Juruá, 2012.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no novo Código de Processo Civil. *In*: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro; MACÊDO, Lucas Buril (Coords.). **Precedentes**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 335-360.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, José Ricardo. Possibilidades e limites da criatividade judicial: a relação entre estado de direito e argumentação jurídica razoável (e o problema do desconhecimento dos direitos humanos). *In*: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. v. 6, 2005, *on line*. Disponível em: http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/300. Acesso em: 12.jul.2019, às 18:10.

DIDIER Jr., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes

como diretriz histórica do direito brasileiro. **Revista de Processo Comparado**. v. 2, p. 99-120, jul./dez. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *In*: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 100, p. 166-185, out./dez. 2000.

DUXBURRY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**, v. II. Petrópolis: Vozes, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. v. I, 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais. *In*: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro; MACÊDO, Lucas Buril de. (Coords.). **Precedentes.** Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 491-519.

HERZL, Ricardo Augusto. **Crítica hermenêutica do direito processual**: uma exploração filosófica do direito processual civil brasileiro em tempos de (crise do) protagonismo judicial. Belo Horizonte; Editora Fórum, 2018.

LEMOS, Vinícius Silva. **O procedimento do microssistema de formação de precedentes vinculantes:** desafios, deficiências e ponderações. Dissertação de mestrado, Universidade Federal Fluminense/UFF, 2017. Disponível em: https://drive.google.com/drive/folders/0B4lldltBN94KanlOY0JGNGJfTTQ. Acesso em: 11.jul.2019, às 20:51.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo contemporâneo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. O conceito de precedente judicial, *ratio decidendi* e a universalidade das razões jurídicas de uma decisão. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio; JAYME, Fernando Gonzaga. (Coords.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015:** estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 951-962.

LUNELLI, Guilherme. **Direito sumular e fundamentação decisória no CPC/2015**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedentes**: A comparative study. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o Direito processual civil**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACHADO, Fábio Cardoso. Da uniformização jurídico decisória por vinculação às súmulas de jurisprudência: objeções de ordem metodológica, sociocultural e político-partidária. *In*: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca (Coords.). **A reforma do Poder Judiciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 244-274.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo, Revista do Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. São Paulo: 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MÜLLER, Friederich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do Direito. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica:** problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização: paradoxos do sistema jurídico brasileiro, uma abordagem constitucional democrática. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 245-276.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico

de Sena. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio; JAYME, Fernando Gonzaga. (Coords.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 305-361.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. Apresentação da obra Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro, de Maurício Ramires, p. 23-25. *In*: RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial. **Revista de Processo**, mar. 2010, v. 181, p. 38-58.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Justiça da lei e justiça do caso. *In*: **Revista Forense**. Ano 104. v. 400. Rio de Janeiro: Forense, nov.-dez./2008, p. 189-206.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Revista Conjur**. Publicação em: 23.abr.2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc.

STRECK, Lênio Luiz. Por que os commonlistas brasileiros querem proibir os juízes de interpretar? **Revista Conjur**. Publicação em: 22. set. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar.

STRECK, Lênio Luiz. Precedentes IV: final. Porque interpretar não é um

ato de vontade. **Revista Conjur.** Publicação em: 13.out.2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-out-13/senso-incomum-precedentes-iv-final-interpretar-nao-ato-vontade.

STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica:** o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. Uma tese política à procura de uma teoria do direito: Precedentes III. **Revista Conjur**. Publicação em: 06.out.2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii. Acesso em: 13.jul.2019, às 01:42.

STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *In*: **Civilística.com**. a. 3. n. 2., 2014, p. 1-16. Disponível em: http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. *In*: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro; MACÊDO, Lucas Buril de (Coords.). **Precedentes**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 445-458.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial: paradoxo apenas aparente. *In*: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro; MACÊDO, Lucas Buril de (Coords.). **Precedentes**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 263-274.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do Direito. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-95.

ZANETI Jr., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. *In*: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro; MACÊDO, Lucas Buril de (Coords.). **Precedentes**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 407-423.

Capítulo 8

Inteligência Artificial e os Direitos Fundamentais: Preservação Necessária em Tempos de Avanço Tecnológico

Francisco Luciano Lima Rodrigues[1]

O poder da IA para servir as pessoas é inegável, mas também o é a capacidade da IA de alimentar violações dos direitos humanos em uma escala enorme, praticamente sem visibilidade. É preciso agir agora para colocar uma proteção dos direitos humanos sobre o uso de IA, para o bem de todos nós.
(Michelle Bachelet)[2]

1 Introdução

A oportunidade de homenagear o Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha mostra-se necessária e muito justa. Nos últimos 30 anos, tem exercido o cargo de desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, aonde chegou para ocupar a vaga destinada ao quinto constitucional, na categoria de Advogado, dedicando-se de forma exemplar ao trabalho e, ao longo dos anos, consolidando-se numa referência intelectual na Corte.

O destaque profissional do Des. Fernando Ximenes também pode ser constatado igualmente na vida acadêmica, como professor da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará, tendo se dedicado a estudos constitucionais, com destaque ao controle de constitucionalidade, direitos humanos e direitos fundamentais.

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, com estágio de pesquisa na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa- Portugal. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação Mestrado/Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor Associado 4 da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Diretor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. E-mail: lucianolima@unifor.br

2 Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos. https://brasil.un.org/pt-br/144671-chefe-de-direitos-humanos-da-onu-pede-moratória-para-inteligência-artificial

A escolha do tema para este artigo – inteligência artificial e direitos fundamentais, deu-se pela reunião de três aspectos, a novidade do assunto, a questão socioeconômica e o risco de sua utilização ofender os direitos fundamentais. Todos estes pontos estão nas preocupações do homenageado, seja pela disposição de manter-se sempre atualizado, seja por suas reflexões com relação às questões sociais, mas, sobretudo, por sua defesa intransigente na garantia dos direitos fundamentais.

A Inteligência Artificial (IA) tem sido incluída no cotidiano das pessoas traduzida em atividades simples, como o uso de relógios para marcar desempenho em atividades físicas, aplicativos de transporte, streaming para acessar filmes e músicas, como também para outras finalidades mais complexas como diagnóstico de doenças, análise de resultados, reconhecimento facial, assistentes virtuais, organização do trânsito, dentre outras.

O uso da IA tem permitido que as versões futuristas dos desenhos animados exibidos nos anos 70 e 80, do século passado, se tornem realidade. É o caso da série denominada *Os Jetsons*[3] que fascinavam os espectadores com a possibilidade do que hoje se chama de trabalho remoto, pelo uso de computadores, de robôs, de transposição de lugares, de uma tecnologia que, à época, parecia impossível.

Sem dúvida o surgimento da Inteligência Artificial (IA) trouxe muitas comodidades para vida cotidiana, como também a sua utilização passou a exigir a imposição de limites e de regulamentação, em especial no que se refere ao respeito dos direitos fundamentais.

O uso da IA em qualquer âmbito tem se mostrado, algumas vezes, lesivo a direitos fundamentais básicos, como o direito à privacidade, a

3 Os Jetsons são uma família residente em Orbit City. A arquitetura da cidade segue o estilo Googie, com todas as casas e empresas suspensas sobre o chão e com colunas ajustáveis. George Jetson mora com a família num apartamento panorâmico: sua esposa Jane é dona-de-casa e eles tem dois filhos: a adolescente Judy que frequenta a Escola Secundária Orbit, e o menino de seis anos de idade Elroy, que estuda na Little Dipper School. A empregada doméstica é a robô Rosie, que cuida da limpeza e outras tarefas que usualmente são feitas a partir de apertos em incontáveis botões. A família tem um cão chamado Astro, com um sotaque que muda as consoantes das palavras para som de "R", como um rosnado. George Jetson é um empregado típico de sua era: sua jornada é reduzida (1 hora por dia, 2 dias por semana). Seu patrão é Cosmo Spacely, o baixote e irritadiço proprietário da Spacely Space Sprockets. Spacely tem um competidor, Sr. Cogswell, proprietário da companhia rival Cogswell Cogs (algumas vezes referida como Cosmic Cogs). Jetson vai ao trabalho num carro aéreo (que lembra um disco voador com uma bolha transparente acoplada). A vida é bastante preguiçosa e com muito lazer, auxiliada por numerosos aparelhos que ocasionalmente dão defeito com resultados humorísticos. Apesar disso, todos reclamam de esgotamento do trabalho e dificuldades em viver com algumas inconveniências que permaneceram. (Fonte: Wikipédia)

liberdade de expressão e, considerando os vieses dos algoritmos, produzido desigualdade de tratamento e preconceitos.

A regulamentação da IA tem se mostrado uma atividade difícil, considerando a velocidade com que os avanços da tecnologia têm se apresentado, como também pelo fato de sua importância para o mercado, onde grandes grupos econômicos têm mostrado uma tendência para monopolizar a política de desenvolvimento das novas tecnologias.

Diversos organismos internacionais, como também a União Europeia, têm buscado esforços para regulamentar a IA de forma a preservar os direitos fundamentais, apontando a importância da transparência de dados, a explicação do modo de funcionamento da IA, como também ressaltando a importância da participação humana no controle e na verificação dos efeitos das novas tecnologias.

O objetivo deste artigo é analisar a relação entre as novas tecnologias que utilizam a Inteligência Artificial e a necessidade de proteção dos direitos fundamentais.

2 Inteligência artificial e direitos fundamentais

Para o desenvolvimento deste trabalho se mostra indispensável a realização de uma análise sobre a definição de Inteligência Artificial, com um breve relato sobre sua origem e seu desenvolvimento.

Da mesma forma, a definição de direitos fundamentais se apresenta indispensável para que se alcance o objetivo pretendido, especialmente com uma abordagem sobre aqueles relacionados ao contexto digital.

2.1 Conceito de Inteligência Artificial

Com o intuito de definir o conceito de Inteligência artificial (IA) pode-se partir da conceituação atribuída por projetos de lei que visam regulamentar o uso da IA, como também de normativos internacionais e, ainda, da doutrina.

No Brasil, o Projeto de Lei no.2338/2023, define sistema de IA, nos seguintes termos:

Art. 4º Para as finalidades desta Lei, adotam-se as seguintes definições:

> I – sistema de inteligência artificial: sistema computacional, com graus diferentes de autonomia, desenhado para inferir como atingir um dado

> conjunto de objetivos, utilizando abordagens baseadas em aprendizagem de máquina e/ou lógica e representação do conhecimento, por meio de dados de entrada provenientes de máquinas ou humanos, com o objetivo de produzir previsões, recomendações ou decisões que possam influenciar o ambiente virtual ou real;[4]

A definição contida no PL2338/2023 foi objeto de apreciação pela Comissão de Juristas[5] instituída para analisar os projetos de lei que visam regulamentar o uso da Inteligência Artificial no Brasil e, dentre seus membros e demais participantes, não houve convergência a respeito da definição de IA.

A propósito da conceituação de Inteligência Artificial, afirmam Barrea, Salmoria e Rodrigues[6]

> Para se formar o conceito de IA, é necessário relacioná-lo com outras áreas de conhecimento, porquanto ela atinge todos os segmentos da sociedade. A tecnologia da IA é utilizada para a leitura de exames, concessão de crédito, geolocalização, serviços de streaming, dentre outros.
>
> Com efeito, a Inteligência Artificial se compõe de modelos, criados por programadores, os quais selecionam as informações a serem fornecidas ao sistema e que serão utilizadas para prever soluções e resultados.
>
> A partir de dados e informações, a atividade humana trata esse material, de modo que enfrentar a (im)possibilidade de neutralidade de quem os produziu constitui preocupação com os resultados (outputs) que, a depender dos programadores que inserem as informações, virem revestidos de vieses cognitivos.

A União Europeia recentemente editou o primeiro regulamento sobre a Inteligência Artificial (IA), conhecido como AI Act, cuja discussão se iniciou em 2021, com a proposta da Comissão Europeia que objetivava estabelecer um quadro legal harmonizado para o desenvolvimento e uso de IA na União Europeia.

---

4 https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=9347622&ts=1720798347645&disposition=inline

5 Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado no 4, de 2022, destinada a subsidiar a elaboração de minuta de substitutivo para instruir a apreciação dos Projetos de Lei nos 5.051, de 2019, 21, de 2020, e 872, de 2021, que têm como objetivo estabelecer princípios, regras, diretrizes e fundamentos para regular o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil.

6 BARREA, Adriana, SALMORIA Camila Henning, RODRIGUES, Francisco Luciano Lima – Inteligência Artificial – IA: Reflexões sobre sua utilização pelo Poder Judiciário, in ReJuB - Rev. Jud. Bras., Ed. Esp. Direito Digital, Brasília, p. 329-361, jul./dez. 2023 (Rejub - Rev. Jud. Bras., Ed. Esp. Direito Digital, Brasília, p. 329-361, jul./dez. 2023) p. 333.

A tramitação e o desenvolvimento da proposta deram-se sob presidência francesa do Conselho da União Europeia que fez circular um texto de compromisso para iniciar as discussões formais. Em dezembro de 2023, o Parlamento e o Conselho da União Europeia chegaram a um acordo provisório sobre o *AI Act*, com a inclusão de regras para modelos de IA que podem causar riscos sistêmicos no futuro, e um sistema revisado de governança com poderes de fiscalização a nível da União Europeia.

A regulamentação foi aprovada em maio de 2024, com entrada em vigor em 01 de agosto do mesmo ano, tendo sido estabelecido sua aplicação gradual ao longo dos seis a trinta e seis meses que seguem à entrada em vigor do *IA Act.*

Dentre os pontos fundamentais da regulamentação da IA, destacam-se: i) a definição de um sistema de IA, alinhando-se às abordagens da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para diferenciar IA de um software simples; ii) a adoção de uma classificação de risco, apontando os sistemas de IA como de risco inaceitável, alto risco, risco limitado e risco mínimo; iii) a criação de sistema de governança e fiscalização, com o propósito de supervisionar a implementação das regras, especialmente para IA de propósito geral; iv) a proibição de práticas como manipulação comportamental cognitiva, reconhecimento de emoções em ambientes de trabalho e social *scoring*; v) a observação, por parte dos implementadores de sistemas de IA de alto risco, dos impactos sobre os direitos fundamentais antes de colocar esses sistemas em uso.

Esta regulamentação da IA pela União Europeia, desde as primeiras tratativas, tem servido de parâmetro para muitos países, inclusive o Brasil, na discussão e regulamentação da matéria, especialmente no tocante à conceituação de IA e a preservação dos direitos fundamentais, democracia e estado de direito.

A União Europeia editou o Regulamento (EU) 2024/1689[7] do Parlamento Europeu e do Conselho, datado de 13 de junho de 2024, com regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial, que em suas considerações afirma:

> O presente regulamento tem por objetivo a melhoria do funcionamento do mercado interno mediante a previsão de um regime jurídico uniforme, em particular para o desenvolvimento, a colocação no mercado, a colocação em serviço e a utilização de sistemas de inteligência artificial (sistemas de IA) na União, em conformidade com os valores da União, a fim de promover a adoção de uma inteligência artificial (IA)

7 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32024R1689.

> centrada no ser humano e de confiança, assegurando simultaneamente um elevado nível de proteção da saúde, da segurança, dos direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia («Carta»), nomeadamente a democracia, o Estado de direito e a proteção do ambiente, a proteção contra os efeitos nocivos dos sistemas de IA na União, e de apoiar a inovação. O presente regulamento assegura a livre circulação transfronteiriça de produtos e serviços baseados em IA, evitando assim que os Estados-Membros imponham restrições ao desenvolvimento, à comercialização e à utilização dos sistemas de IA, salvo se explicitamente autorizado pelo presente regulamento.

Pode-se verificar que o regramento da União Europeia a respeito da Inteligência Artificial tem a preocupação na preservação da centralidade da pessoa, na confiança, num elevado nível de proteção à saúde, à segurança e, com especial destaque aos direitos fundamentais, como também a democracia, ao meio ambiente e ao estado de direito.

As preocupações colocadas no documento da União Europeia também estão presentes no Projeto de Lei 2338/2023, com tramitação no Senado Federal, observando-se, assim, o compromisso do parlamento brasileiro para com a centralidade da pessoa e a proteção dos direitos fundamentais, quando da regulamentação da Inteligência Artificial no Brasil.

No Regulamento (EU) 2024/1689[8] do Parlamento Europeu e do Conselho, vê-se no art. 3º., item I, a definição de Sistema de Inteligência Artificial, nos seguintes termos:

> «Sistema de IA», um sistema baseado em máquinas concebido para funcionar com níveis de autonomia variáveis, e que pode apresentar capacidade de adaptação após a implantação e que, para objetivos explícitos ou implícitos, e com base nos dados de entrada que recebe, infere a forma de gerar resultados, tais como previsões, conteúdos, recomendações ou decisões que podem influenciar ambientes físicos ou virtuais;

Observa-se que tanto na definição contida no Regulamento (EU) 2024/1689[9] do Parlamento Europeu e do Conselho, como no Projeto de Lei 2338/2023, com tramitação no Senado Federal, estão presentes o aprendizado de máquina (Machine Learning), incluindo aprendizado supervisionado, não supervisionado e por reforço, os sistemas baseados em lógica e conhecimento, os métodos estatísticos, além da definição termos relacionados, como dados de entrada (input data), identificação

8 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32024R1689.

9 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32024R1689.

biométrica, e verificação biométrica, entre outros, para cobrir aspectos detalhados do uso e aplicação de IA.

Assim, qualquer definição de Sistema de Inteligência Artificial deve conter, além dos requisitos comuns à sua descrição, mecanismos que garantam um desenvolvimento seguro, ético e que respeite os direitos fundamentais.

2.2 Direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são inerentes à própria condição humana, ligados aos direitos humanos. Ao longo da história diversos momentos foram importantes para construção do que se denomina direitos fundamentais, com destaque a Magna Carta de 1215 onde, pela primeira vez, se colocou limites ao poder absoluto do monarca e se estabeleceu direitos aos súditos, dentre eles, o que hoje se chama de devido processo legal, direito a um julgamento justo e a proibição de confisco.

Em seguida, pode-se indicar como instrumentos de constituição dos direitos fundamentais, a Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), que afirmaram direitos inalienáveis, como a vida e a liberdade.

A Revolução Burguesa de 1789 marcou o rompimento de uma relação de vassalagem, com limitação de direitos, para fazer surgir uma nova ordem jurídica, econômica e social, marcada pelo tripé – igualdade, liberdade e fraternidade, somado ao direito à propriedade privada, fazendo surgir a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo conteúdo garantia, além das ideias burguesas, a liberdade de expressão, igualdade perante a lei e a presunção de inocência.

Os direitos fundamentais também foram garantidos em várias constituições modernas, dentre elas, a Constituição dos Estados Unidos (1787) garantem direitos fundamentais como a liberdade de expressão, religião, imprensa, reunião e petição, além de proteger contra buscas e apreensões arbitrárias, garantir o devido processo legal e o direito a um julgamento justo, a Constituição Francesa (1791)

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), incorporada à Constituição Francesa de 1791, estabelecendo direitos fundamentais como a liberdade, igualdade, propriedade, segurança e resistência à opressão e a Constituição Mexicana (1917) resultado da Revolução Mexicana que veio a incorporar direitos sociais, incluindo

direitos ao trabalho, à educação, à saúde e à propriedade agrária, além de direitos civis e políticos.

A Constituição de Weimar marcou a combinação de direitos civis e políticos clássicos com direitos sociais e econômicos com o objetivo de estabelecer uma sociedade mais justa e equilibrada.

Dentre os principais direitos fundamentais garantidos pela Constituição de Weimar, destacam-se: direito à igualdade perante a lei, sem discriminação de raça, origem, língua, classe ou religião; liberdade de imprensa e de opinião; liberdade de associações e de realizar reuniões pacíficas sem necessidade de permissão prévia; direito à privacidade; ao sufrágio universal; garantia o devido processo legal e, ainda, a proteção da propriedade privada, com a condição de que deve servir ao bem comum, e que expropriações só podem ocorrer com compensação justa.

As atrocidades da segunda guerra mundial fizeram com que se conhecesse o lado mais degradante do ser humano, com as demonstrações de maldade mais aviltantes, mas, por outro lado, viu-se a reação no sentido de colocar a dignidade como uma condição inerente ao ser humano.

No pós-guerra, foi instalada a Organização das Nações Unidas e, em seguida, promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) que é um marco na proteção universal dos direitos humanos.

A Organização das Nações Unidas[10], a respeito dos efeitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, afirma:

> A DUDH, em conjunto com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais (sobre procedimento de queixa e sobre pena de morte) e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional, formam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos.
>
> Uma série de tratados internacionais de direitos humanos e outros instrumentos adotados desde 1945 expandiram o corpo do direito internacional dos direitos humanos.
>
> Eles incluem a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), entre outras.

10 https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaração-universal-dos-direitos-humanos

O surgimento de novas tecnologias, a partir da segunda metade do século passado, dentre elas, o computador e a inteligência artificial, colocaram os direitos fundamentais do homem em risco, uma vez que as novidades tecnológicas deram sinais de que poderiam reduzir ou, até mesmo, anular direitos à liberdade de expressão, a privacidade, impulsionando a necessidade de proteção dos direitos fundamentais na era digital.

Com esta preocupação, Portugal editou a Carta dos Direitos Humanos na Era Digital[11], cujo objetivo se traduz na participação da República Portuguesa no processo mundial de transformação da Internet num instrumento de conquista de liberdade, igualdade e justiça social e num espaço de promoção, proteção e livre exercício dos direitos humanos, com vista a uma inclusão social em ambiente digital. Ressaltando, ainda, que ordem jurídica portuguesa que consagram e tutelam direitos, liberdades e garantias são plenamente aplicáveis no ciberespaço.

Assim, juntamente com os avanços tecnológicos relacionados à Inteligência Artificial, mostram-se indispensáveis a adoção de providências relativas à proteção dos direitos fundamentais, especialmente no tocante à dignidade da pessoa, de forma a que se possa usufruir das novas tecnologias, porém sem permitir retrocessos relativos a direitos conquistados, com destaque ao direito à privacidade, à liberdade de expressão, a não discriminação e sobre tudo, o direito a informação de como seus dados são utilizados pela IA, sempre com prevalência da centralidade da pessoa.

3 Impacto da IA nos direitos fundamentais

O surgimento de novas tecnologias, dentre elas a Inteligência Artificial, vem provocando, com frequência, impactos nos direitos fundamentais, seja pela opacidade dos algoritmos, seja pelo controle de moderação exercido sem a participação humana, como também pela influência do mercado numa sociedade onde sua força tende a prevalecer sobre centralidade da pessoa, provocando lesões ao direito à privacidade, à proteção dos dados pessoais sensíveis, à liberdade de expressão e de informação, ao direito a não discriminação e a igualdade, dentre outros.

A respeito da possibilidade do uso da Inteligência Artificial violar direitos fundamentais, a Comissão Europeia, publicou em 2020, o Livro

11 https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2021-164870244

Branco[12] sobre a inteligência artificial - Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança, onde afirma:

> A utilização da IA pode afetar os valores nos quais a UE se baseia e conduzir a violações dos direitos fundamentais, incluindo os direitos à liberdade de expressão, à liberdade de reunião, à dignidade humana, à não discriminação em virtude do sexo, origem racial ou étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual, tal como aplicável em determinados domínios, proteção de dados pessoais e da vida privada, ou direito a um recurso judicial efetivo e a um tribunal imparcial, bem como à proteção dos consumidores. Estes riscos podem resultar de falhas na concepção geral dos sistemas de IA (incluindo no que diz respeito à supervisão humana) ou da utilização de dados sem corrigir possíveis distorções (por exemplo, o sistema é treinado utilizando apenas ou principalmente dados relativos a homens, o que conduz a resultados menos bons em relação às mulheres).

3.1 Privacidade e Proteção de Dados

A ordem constitucional brasileira, cujos fundamentos estão dispostos no art. 1º. da Constituição Federal[13], assegura a dignidade da pessoa humana, como também explicita no rol de direitos fundamentais, contidos no art. 5º., serem assegurados, o direito à privacidade e à proteção de dados.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)[14] estabelece:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.
>
> 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 - à 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

12 UNIÃO EUROPEIA. Livro Branco sobre a Inteligência Artificial - Uma Abordagem Europeia Virada para a Excelência e a Confiança. Disponível em: https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1. Noble, S. U. Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism. NYU Press, 2018, p. 13.

13 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

14 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm

> personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.
>
> Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:
>
> I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
>
> II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

O Projeto de Lei 2338, de 2023[15], que dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial, aponta no seu art.2º., os fundamentos para implantação e o uso de sistemas de IA, dentre eles, a centralidade da pessoa e a privacidade, a proteção de dados e a autodeterminação informativa.

Apesar do direito à privacidade e à proteção de dados estarem albergados pela Constituição Federal como direitos fundamentais e protegidos pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), o surgimento de novas tecnologias, como a Inteligência Artificial (IA), tem produzido uma série de violações a estes direitos, especialmente, pela forma de tratamento destes dados, importando exposições de privacidade e uso indevido de dados.

A este respeito, Linera[16], ao tratar da questão no âmbito da União Europeia, afirma:

> Parece que entre los derechos fundamentales más afectados por el uso de sistemas de IA estarám los que garantizan la dimensión privada de las personas: la intimidad, la propia imagen, la protección de los datos personales y el secreto de las comunicaciones, reconocidos en los apartados 1 y 4 del art.18 CE, en el art. 8 CEDH y los art. 7 y 8CDFUE, y es que uno de los factores que convierten a la IA en una herramienta tan poderosa es su capacidade para el tratamento de una ingente cantidad de datos y para detectar las conexiones que puede haber entre ellos, así como su potencialidade para, como se recuerda en el Libro Blanco de la Unión Europea sobre IA (p.15), *"rastrear y desanonimizar"* datos relativos a personas, y generar así nuevos riesgo en torno a la protección de los datos personales com relación a conjuntos de datos que en sí mismo, no contienen datos personales y es que el consentimiento en la cesión de dos o tres datos en apariencia

15 https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=9347622&ts=1720798347645&disposition=inline

16 LINERA, Miguel Ángel Presno. Derechos Fundamentales e Inteligencia Artificial, Marcial Pons. Fundación Manuel Giménez Abad. Madrid, 2022, p. 37.

> irrelevantes puede generar, cuando se insertan dentro de un conjunto de datos muchísimo mayor, "datos bebé"imprevisibles para la persona interessada, lo que afcta de manera muy importante a exigencias como el consentimiento, expresión de la autonomia personal e la transparencia.[17]

A garantia de privacidade e de proteção de dados, pelo uso da Inteligência Artificial, de forma a atender aos preceitos constitucionais que os colocam como direitos fundamentais, exige a tomada de providência, por parte daqueles que, não sendo titulares destes direitos, no sentido de não os utilizar sem o devido consentimento prévio, nele incluindo a impossibilidade de alterá-los ou cancelá-los.

As vantagens do uso de IA para tratamento de dados pessoais não são possíveis de serem desconhecidas, sendo verdadeira a assertiva de que a geração de dados por ela produzidos pode ser mais rápida e eficiente do que a realizada manualmente pelo ser humano, como também que o uso destes dados pela administração pública pode favorecer a diminuição de erros e acelerar resultados.

A questão não se restringe a usar ou não a IA, mas sim, a colocar como limite para sua utilização, o respeito aos direitos fundamentais, impedindo que o uso de dados pessoais, com a exposição da privacidade de seu titular, possa trazer prejuízos à pessoa ou que veja utilizada para enriquecer grandes empresas que atuam no ramo das novas tecnologias.

Ainda dentre os riscos do uso da IA em desacordo com os direitos fundamentais, pode-se apontar que a autonomização do tratamento dos dados, especialmente pelo uso de algoritmos, atenta contra o direito à autodeterminação informativa da pessoa, pelo uso indevido ou além do consentimento.

---

17 Parece que entre os direitos fundamentais mais afetados pela utilização de sistemas de IA estarão os que garantem a dimensão privada das pessoas: a privacidade, a própria imagem, a proteção dos dados pessoais e o sigilo das comunicações, reconhecidos nos n.os 1 e 4 do artigo 18.° CE, no artigo 8.° da CEDH e nos artigos 7.° e 8.° da Convenção sobre o Funcionamento da União Europeia e um dos fatores que tornam a IA uma ferramenta tão poderosa é sua capacidade de processar uma enorme quantidade de dados e detectar as conexões que podem existir entre eles, bem como seu potencial para, conforme lembrado no Livro Branco da União Europeia sobre IA (p.15), "rastrear e desanonimizar" dados relativos a indivíduos, e assim gerar novos riscos em torno da proteção de dados pessoais em relação a conjuntos de dados que não contêm dados pessoais e que o consentimento para a transferência de dois ou três dados aparentemente irrelevantes pode gerar, quando inseridos dentro de um conjunto muito maior de dados, "dados do bebê" imprevisíveis para a pessoa em questão, o que tem um efeito muito importante em requisitos como consentimento, expressão de autonomia pessoal e transparência. (tradução livre).

O desafio que se apresenta com relação ao uso da IA e o direito fundamental de privacidade e proteção de dados, se estabelece em regulamentar o uso da tecnologia de maneira a preservar e proteger tais direitos, sem que se impeça o desenvolvimento de novas tecnologias, ou seja, o equilíbrio entre o avanço da tecnologia e a centralidade da pessoa.

3.2 Liberdade de expressão e informação

A liberdade de expressão é uma das mais importantes conquistas da Revolução Francesa, quando se encerra a relação de vassalagem que marcava a Idade Média, com a consequente expedição da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, de 1789, assegurando a igualdade de tratamento entre os homens, a liberdade de crença e a liberdade de expressão e informação.

O direito à liberdade de expressão e de informação tem sido um dos grandes desafios apresentados pelo uso da Inteligência Artificial, considerando o cenário em que as novas tecnologias e as redes sociais, alargaram o espaço para manifestação das pessoas, com maior facilidade, alcance e velocidade.

As comunicações tradicionais realizadas por rádio, televisão e jornais, que já haviam sofrido uma diminuição de seus alcances com a introdução da Rede Mundial de Computadores, no século passado, se viram ainda mais reduzidas com o surgimento da IA, cuja maior vantagem sobre os modelos tradicionais, estaria na facilidade de manifestação, na velocidade de sua transmissão e no tratamento de dados.

Dentre os objetivos da República, enumerados no art. 3º., da Constituição Federal, tem-se o pluralismo político, base do Estado Democrático, traduzido pela garantia da diversidade de posições políticas, bem como pela possibilidade de defendê-las de forma livre, sem limite e sem a imposição de controles relativos ao conteúdo.

O uso da IA tem resultado, muitas vezes, na exposição de dados sensíveis, aqueles relativos descritos no art. 5º., I, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)[18], especialmente quando a seleção de dados e sua utilização acontece por meio do uso de algoritmo.

---

18 Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...]
II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

A liberdade de expressão em sua relação com a Inteligência Artificial pode ofender aos direitos fundamentais na medida em que a busca por informação nas mídias sociais pode sofrer influência do algoritmo que conduzirá apenas a determinadas informações que atendem aos interesses de grupos econômicos ou políticos, haveria, portanto, uma violação ao direito fundamental de expressão, na medida em que recebendo informações decotadas pelo algoritmo, de forma atender interesse determinado, a liberdade de expressão estaria comprometida, por consequência.

A propósito, Arroyo[19] afirma:

> Los grandes motores de búsqueda son los instrumentos para buscar, recibir o impartir información; sin embargo, sus contenidos están indexados o clasificados por algoritmos que pueden conducir a la fragmentación informativa, favoreciendo solo determinadas plataformas y tipos o conglomerados de medios de comunicación. En ese sentido, el algoritmo también puede estar sesgado hacia ciertos tipos de contenido o proveedores de contenido, con el peligro de afectar valores relacionados con el pluralismo y la tolerancia informativa de diversos medios.[20]

A utilização de inteligência artificial e algoritmos na produção de informação e, por consequência no exercício do direito de expressão, estão passíveis de serem submetidos a mecanismos moderação, como forma de evitar lesões aos direitos fundamentais. Ocorre que, muitas vezes, não se tem conhecimento de como é desenvolvido e aplicado o processo de moderação, restando dúvidas a respeito da participação humana e do uso de algoritmo. A este respeito, afirma Silva[21] que pouco se sabe sobre as práticas de moderação nas plataformas e mídias sociais e, muitas vezes, quando se toma conhecimento, é por intermédio de vazamentos da imprensa. Aduz ainda que este trabalho árduo de moderação de bilhões de unidades de conteúdo é distribuído geográfica e racialmente no mundo, com regras estabelecidas pelos grandes profissionais da tecnologia, objetivando

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm

19 Arroyo, César Landa. Constitución, Derechos Fundamentales, Inteligencia Artificial e Algoritmos. Revista do Direito. Universidade de Santa Cruz do Sul. Revista do Direito [ISSN 1982-9957]. Santa Cruz do Sul, n. 66, p. 139-158, jan./mar. 2022.https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index

20 Os grandes motores de busca são os instrumentos de pesquisa, recepção ou transmissão de informações; No entanto, seu conteúdo é indexado ou classificado por algoritmos que podem levar à fragmentação da informação, favorecendo apenas determinadas plataformas e tipos ou conglomerados de mídia. Nesse sentido, o algoritmo também pode ser tendencioso em relação a certos tipos de conteúdo ou provedores de conteúdo, com o perigo de afetar valores relacionados ao pluralismo e à tolerância à informação de várias mídias. Tradução livre.

21 Silva, Tarcízio. Racismo Algorítmico -Inteligência artificial e discriminação nas redes sociais. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2022, p.

lucratividade e a fuga de implicações jurídicas, realizados, quase sempre, por profissionais precarizados de países do Sul global.

A desigualdade socioeconômica existente no Sul global, tão patente e clara nas áreas da saúde, educação e condições de subsistência com o mínimo de dignidade, também aparece em proporções idênticas na influência que os grandes grupos econômicos exercem sobre o uso da inteligência artificial e dos algoritmos em desfavor dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e de informação, reafirmando a tendência que faz prevalecer o mercado sobre a singularidade da pessoa.

3.3 Não discriminação e igualdade

A abordagem da relação entre a Inteligência Artificial o direito fundamental a não discriminação e à igualdade importa trazer à discussão o racismo estrutural, cuja constatação se apresenta pela perpetuação do racismo por meio de sistemas e instituições sociais, políticas e econômicas, materializando-se pelas disparidades sistêmicas em áreas como educação, saúde, habitação, emprego e justiça criminal, onde grupos racializados enfrentam barreiras significativas e persistentes.

Com relação as origens do racismo estrutural no Brasil, pode-se indicar como um dos fatores mais expressivos, a formação do estado brasileiro, fundado numa sociedade patriarcal, preconceituosa e escravagista, marcado por extenso período de discriminação que deram lugar a uma desigualdade racial que se reproduz por gerações e que pode ser constatada na ausência de investimento de saúde, habitação, escolas e saneamento público em áreas ocupadas majoritariamente por negros, sem falar na falta de acesso à justiça que deixam claro as disparidades do sistema de justiça nas taxas desproporcionais de encarceramento de pessoas negras e a sub-representação de minorias em posições de poder e influência como exemplos patentes do racismo estrutural.

A respeito do racismo *on line* no Brasil, Silva[22] aponta pesquisa desenvolvida por Luiz Trindade[23] que traz dados especialmente relevantes sobre o comportamento dos agressores e características dos alvos: 81% das vítimas de racismo no Facebook no Brasil são mulheres negras de classe média, com ensino superior; 76,2% dos agressores não tinham nenhum

22 Obra citada, pp 25-26.

23 Trindade, Luiz P. Valerio, *It Is Not ThatFunny: Critical Analysis of Racial Ideologies Embedded Humour Discouses on Social Media in Brazil,* tese de doutorado, University of Southampton, GB, 2018.

relacionamento prévio com a vítima; 66% dos agressores são jovens; e frequentemente as articulações para xingamento racistas são reações a eventos positivos expostos nas mídias sociais por mulheres negras.

As violações aos direitos fundamentais da não discriminação e da igualdade também podem ser detectadas na chamada discriminação algorítmica que se traduz pelo comportamento onde os sistemas de inteligência artificial perpetuam e amplificam preconceitos e desigualdades sociais preexistentes.

Considerando que os algoritmos, em regra, são condicionados pelo ser humano, os vieses que podem produzir discriminações surgem a partir dos dados históricos enviesados ou da seleção inadequada de dados de treinamento, resultando em impactos negativos sistemáticos sobre grupos minoritários em áreas como emprego, crédito, justiça criminal e acesso a serviços.

A este respeito, Noble[24] afirma que os algoritmos refletem as prioridades, valores e julgamentos daqueles que têm o poder de codificá-los, muitas vezes reforçando e perpetuando desigualdades sociais.

Com a mesma preocupação, Arroyo[25] adverte quanto ao risco dos algoritmos de tomada de decisão, baseados em decisões humanas anteriores, marcadas pelos mesmos vieses, que já prejudicam a tomada de decisão cotidiana e que provavelmente serão replicados e multiplicados nos sistemas algorítmicos. Como exemplo, o citado autor, aponta que um algoritmo tendencioso que discrimina sistematicamente um grupo da sociedade (por exemplo, com base em sua idade, orientação sexual, raça, gênero ou posição socioeconômica) pode levantar preocupações consideráveis, não apenas sociais, mas também pelo uso de algoritmos de preferência e comportamento do eleitor que pode ter um impacto igual ou mais poderoso do que a mídia tradicional.

Desta forma, o uso da inteligência artificial, assim como dos algoritmos, quando não subordinados aos limites do respeito aos direitos fundamentais e ao primado da igualdade, podem estabelecer discriminações de ordens diversas e tornar-se ainda mais preocupante quando por seus vieses perpetuam o racismo estrutural.

---

24 Noble, S. U. Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism. NYU Press, 2018, p. 1.

25 Obra citada.

4 Conclusão

É um fato inconteste a inclusão da Inteligência Artificial (IA) na vida cotidiana com inegáveis benefícios, especialmente no âmbito da saúde, com a possibilidade de realização de exames mais acurados, com resultados mais precisos, porém ao lado das vantagens trazidas pelo uso da IA, observa-se, com frequência, questionamentos a respeito de ofensas aos direitos fundamentais.

O presente artigo explorou a definição e os desafios associados ao uso da IA destacando a preocupação brasileira em regulamentar o uso da Inteligência Artificial, notadamente pela tramitação do Projeto de Lei 2338/2023, como também a importância da regulamentação do assunto pela União Europeia (IA Act), instrumentos regulatórios que visam assegurar que a IA seja desenvolvida e utilizada de forma ética e transparente, tendo como vetor a proteção dos direitos fundamentais.

O uso da inteligência artificial e dos algoritmos, considerando os vieses e a fragilidade dos modelos de moderação que muitas vezes são aplicados sem a supervisão ou participação humana, tem conduzido a recorrentes ofensas aos direitos fundamentais em âmbitos diversos, seja com relação ao direito de privacidade com o uso do reconhecimento facial de forma indiscriminada, seja pela condução de informações enviesadas que levam a uma manifestação de expressão limitada ou influenciada por entendimentos de grupos étnicos ou econômicos ou, ainda, ao racismo algorítmico pelo qual o racismo estrutural é perpetuado.

O caminho ideal para uma convivência harmoniosa entre as novas tecnologias, inegavelmente importantes para sociedade, dada suas vantagens, e a proteção dos direitos fundamentais, aspecto do qual não é possível tangenciar, passa pela integração de objetivos entre governos, setor privado e a sociedade civil, de forma a favorecer um ambiente regulatório que promova a confiança na IA enquanto protege os direitos fundamentais.

Dentre as tentativas de regulamentação do uso da inteligência artificial, o modelo adotado pela União Europeia (AI Act), atualmente, é o que apresenta um modelo mais factível para convivência entre as novas tecnologias e o ser humano, uma vez que propõe o equilíbrio entre a inovação tecnológica e a centralidade da pessoa, traduzida na proteção dos direitos fundamentais, tendo os direitos humanos como parâmetro inafastável.

Desta forma, tem-se como um aspecto fundamental para o desenvolvimento e aplicação da inteligência artificial e o uso dos algoritmos, a construção de uma estrutura regulatória que permita o desenvolvimento tecnológico, sem desconhecer a realidade socioeconômica de desigualdade, a existência de grupos que pretendem por meio das novas tecnologias perpetuar comportamentos racistas, xenófobos, atentatórios à igualdade de gênero, dentre outros, considerando que as conquistas da humanidade em termos de direitos fundamentais não podem ser excluídas por esta nova realidade, como também que a centralidade da pessoa, considerando a sua singularidade, não deve ser superada pela avidez do acúmulo de capital a qualquer preço ou sacrifício humano, especialmente, dos grupos minoritários e vulneráveis.

Conclui-se, portanto, que as inúmeras vantagens advindas do uso da inteligência artificial tem propiciado grandes avanços na qualidade de vida das pessoas, em âmbitos diversos, porém, todo este avanço tem que respeitar os direitos fundamentais e garantir políticas que promovam a descentralização da riqueza, com a consequente diminuição da desigualdade socioeconômica, com destaque para facilitação do acesso dos países mais pobres às novas tecnologias a custo compatível com suas realidades e, ainda, a indispensável adoção de medidas regulatórias para o uso da IA de forma a compatibilizar os avanços tecnológicos com as garantias da dignidade da pessoa e os primados dos direitos humanos.

Referências

ARROYO, César Landa. Constitución, Derechos Fundamentales, Inteligencia Artificial e Algoritmos. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 66, p. 139-158, jan./mar. 2022. Disponível em: https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index.

BARREA, Adriana; SALMORIA, Camila Henning; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Inteligência Artificial – IA: reflexões sobre sua utilização pelo Poder Judiciário. **ReJuB - Rev. Jud. Bras.**, Ed. Esp. Direito Digital, Brasília, p. 329-361, jul./dez. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).** Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/

ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Nações Unidas Brasil.** Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaração-universal-dos-direitos-humanos.

LINERA, Miguel Ángel Presno. **Derechos Fundamentales e Inteligencia Artificial.** Madrid: Marcial Pons, Fundación Manuel Giménez Abad, 2022.

NOBLE, S. U. **Algorithms of Oppression:** How Search Engines Reinforce Racism. NYU Press, 2018.

PORTUGAL. Lei n.º 32/2021 de 27 de maio. **Diário da República**, 1.ª série - N.º 102 - 27 de maio de 2021. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2021-164870244.

REGULAMENTO (EU) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, sobre Regras Harmonizadas em Matéria de Inteligência Artificial. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32024R1689.

SILVA, Tarcízio. **Racismo algorítmico:** inteligência artificial e discriminação nas redes sociais. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2022.

TRINDADE, Luiz P. Valerio. **It Is Not That Funny**: Critical Analysis of Racial Ideologies Embedded Humour Discouses on Social Media in Brazil. 2018. Tese (Doutorado) – University of Southampton, GB.

UNIÃO EUROPEIA. **Livro branco sobre a Inteligência Artificial:** uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança. Disponível em: https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1. Noble, S. U. Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism. NYU Press, 2018.

Capítulo 9

O Direito a uma Cognição Adequada: Indo Além do Ideal de Imparcialidade

Fernando Braga Damasceno[1]
Valquíria Maria Novaes Menezes Fraemam[2]

1 Introdução

Recentemente uma audiência criminal ganhou certa repercussão na internet, porque, após o acusado afirmar que não responderia qualquer pergunta feita pelo juiz, este passou a palavra à defesa e concentrou-se em outros afazeres. O advogado, então, faz a pergunta genérica do artigo 187, §2º, I, do Código de Processo Penal e, provavelmente por estranhar uma espécie de encenação de um diálogo já ensaiado (única forma de garantir que as declarações do "interrogando" não escapassem ao filtro inerente à estratégia defensiva), este pergunta ao juiz se poderia mesmo responder diretamente ao seu advogado, quando então o magistrado responde: "rapaz, eu já te falei, você fala o que você quiser. *Está gravando aí*, eu não estou prestando atenção no que você está falando, estou trabalhando em outro processo aqui."

O caso em tela, não obstante possa ser problematizado de diversas formas – sob a ótica de um direito ao silêncio parcial ou seletivo[3]; dos deveres de urbanidade do julgador p. ex. –, permite uma abordagem voltada a buscar uma razão para que juiz se mantivesse ali atento à fala do acusado (e também de eventuais testemunhas ouvidas na mesma assentada), o que demanda seja assumido o ponto de vista do cientista do direito probatório.

Propõe-se, então, uma espécie de mutação no caso, para que se admita, de um lado, que (*i*) que o juiz do caso foi discreto ao fazer seus "ouvidos moucos", não chegando a se configurar uma descortesia com o acusado e seu defensor, e, de outro, (*ii*) que, quando se voltou a decidir

1 Professor do Mestrado da ENFAM. Doutor em Direito (UFPE). Mestre em Raciocínio Probatório (UdG.

2 Mestre em Direito Processual Civil (UFPE).

3 Que, no caso concreto, ao menos quanto ao momento de exercê-lo, pareceu um completo *non sense*, já que o defensor fez exatamente a mesma pergunta que disse para o cliente não responder

o caso, assistiu atentamente à gravação do interrogatório, assim como de toda a prova oral colhida, dando a resposta a cada um dos pontos da versão defensiva, notadamente quando os refutou.

Ou seja, propõe-se uma reflexão sobre a legitimidade de o juiz brasileiro, após o acusado anunciar que não responderá qualquer de suas perguntas ou pedidos de esclarecimento, dar um discreto "*mute*", para, depois, no momento de sentenciar, acompanhar (de maneira assíncrona) o referido ato. A manifesta relação dessa questão com a defesa de um não-protagonismo do juiz na incorporação/exame da prova oral permite se amplie a reflexão, para abranger a possibilidade de atuar de modo equivalente também em relação às falas das testemunhas, optando por não interferir, fazendo (re)perguntas, na produção da referida prova.

A pergunta que aqui se propõe a responder é, então, *se (e por que) o nosso sistema processual imporia ao julgador uma atenção em sincronia às falas do investigado e/ou testemunhas na audiência de instrução*? Ou, dizendo de outro modo, *qual valor constitucional impediria que o juiz se concentrasse nas respectivas falas apenas num momento dedicado à tomada da decisão final, através de suas gravações*?

Como hipótese a ser testada no decorrer de todo o trabalho, assume-se que as garantias inerentes ao devido processo legal, na sua compreensão tradicional, não impõem essa *atenção compreensiva síncrona*, mas que esta decorreria do *direito fundamental à prova*, que não se restringe ao direito de agir persuasivamente, abrangendo também o direito a uma cognição adequada, baseada em critérios definidos pelo próprio ordenamento, e, consequentemente, o direito a um determinado resultado probatório.

Para solucionar o problema retrô, pressupõe superar questões subjacentes, de modo a definir:

a. qual seria a vantagem em «acompanhar o respectivo ato de maneira síncrona» se comparada à experiência de «assistir posteriormente a sua gravação»;
b. o exato papel da imediação no processo (penal brasileiro), de sorte a precisar o "para que" de um juiz e, mais especificamente, de o juiz sentenciante ter um contato pessoal com as provas e mais especialmente com as testemunhas e acusado;
c. o conteúdo do direito fundamental à prova e sua relação com o ideal de verdade, de modo a projetar os deveres correlatos do julgador.

Para tanto, buscar-se-á construir, desconstruir e reconstruir (de modo argumentativo) um modelo voltado a disciplinar o protagonismo do julgador quando da coleta e exame da prova oral. A metodologia, adequada a um trabalho em ciência do direito probatório, consistirá em investigação bibliográfica nas áreas do Direito, Epistemologia, Psicologia cognitiva e Ética, já que o Direito não pode se pretender um sistema fechado e definitivo.

O marco adotado é o Garantismo constitucional (de Ferrajoli), que vê o Direito como uma contenção ao arbítrio do indivíduo, notadamente do agente público, a partir da realização dos ideais de *verdade*, *imparcialidade* e *controle*, o que reclama um caráter (preponderantemente) cognoscitivista da Jurisdição.

2 Desmistificando a imediação (síncrona)

O período pandêmico parece ter revelado que, ao menos em relação às teleaudiências, «acompanhar o interrogatório de maneira síncrona» só apresenta alguma vantagem em relação a «assistir à gravação, gerada pelo mesmo sistema de transmissão» se de alguma forma o espectador puder interferir no curso da narrativa do falante, tornando-a mais compreensível, propiciando a oportunidade para superar contradições e preencher omissões, ou seja, se se estabelece ali um diálogo com o mesmo. O principal argumento em defesa dessa primeira ideia pode ser visto como uma espécie de um "a propósito" ou um "aliás": afinal, tratando-se de um monólogo ou mesmo um diálogo protagonizado por terceiros, aquele que dele não pode participar, interferindo no seu curso, precisará de alguma referência adicional para saber se se trata de uma gravação, ou de uma transmissão ao vivo. Enfim, quando se é mero espectador, quando não se pode protagonizar um diálogo com os falantes, assistir de forma síncrona ou assíncrona (gravação) *gera exatamente a mesma experiência*," sem tirar nem pôr".

E se as experiências são absolutamente iguais e o acusado se fecha ao diálogo com o juiz (ou se este não pudesse fazer perguntas às testemunhas), deixando-o na condição de mero espectador do ato, parece difícil recorrer à necessidade de uma imediação (síncrona) para deslegitimar um modelo que, diante da manifestação do acusado no sentido de não dialogar com o juiz, dispõe que o interrogatório se daria através da juntada aos autos

de um vídeo em que o próprio conta sua versão dos fatos, a partir das perguntas feitas pelo seu defensor[4].

É que, quando se reconhece que o acompanhamento síncrono não traz qualquer benefício ao acusado se comparado à análise atenta da gravação quando do momento da tomada de decisão, torna-se forçoso reconhecer que referida garantia não reclamaria um juiz ali (só) de corpo presente; de fato, a só presença física do juiz não garante que o acusado (ou suas testemunhas) estaria(m) ali efetivamente sendo ouvido(s), notadamente quando o direito de ser ouvido (e compreendido) só poderia mesmo se concretizar por ocasião da construção da motivação da sentença.

Registre-se, outrossim, que, o déficit da telepresença diz respeito notadamente à identificação e incomunicabilidade das testemunhas, o que poderia ser contornado, com o comparecimento do declarante em sala oficial apropriada, para que participe do ato sob a supervisão de um agente público; ou seja, não seria por isso que não se poderia abrir mão de um contato pessoal do juiz com o falante (testemunha e/ou acusado). Nesse sentido, Perfecto Ibáñez (2003), Nieva Fenoll (2010; 2012) e Ferrer Beltran (2017) recolocam o princípio da imediação no seu devido lugar, derrubando o mito de que o julgador pode e deve "sentir" a testemunha.

Então, se o contraditório não é substancialmente afetado pelo modelo proposto (substituição do interrogatório pela juntada facultativa de vídeo com as declarações do acusado), outro valor constitucional poderia reclamar essa *imediação síncrona* para que se concretizasse em bom termo?

A resposta pode ser fornecida com a ajuda do conhecimento produzido no âmbito da chamada escola racionalista da prova judicial, especificamente quando trata do conteúdo do direito fundamental à prova e da relação desses critérios com o ideal de *verdade*. De maneira bem sucinta, uma concepção racionalista ou cognoscitivista da prova judicial, decorrência de um modelo garantista, defende que a função da prova é a averiguação da verdade histórica, da qual depende a própria justiça da decisão. Admitindo as limitações do conhecimento humano, referida concepção admite que a averiguação da verdade se opera segundo critérios que assegurem uma aproximação adequada aos fins do Direito. Assim, o direito à prova seria, na realidade, um direito a essa aproximação,

4 Claro que, em relação à testemunha, como seu exame se dará necessariamente pelas duas partes, sobraria a um juiz-que-nada-pode-perguntar o papel de controlar o ato, notadamente para evitar que se influenciem nas respostas, através de perguntas fechadas etc. Isso, todavia, não implicaria inexoravelmente a necessidade desse controle se operar pelo juiz que proferirá a sentença, sequer por um magistrado.

baseada nesses "critérios de verdade". Isso afasta a ideia de que o direito à prova poderia ser compreendido tão-somente como um direito a uma atuação persuasiva, mediante a viabilização do acesso e da incorporação ao processo de determinados elementos de persuasão. Enfim, o direito à prova incorporaria também um direito a uma cognição adequada sobre esses elementos, de sorte a verificar se atendem ou não os mencionados critérios, que legitimariam a admissão, como provada, da hipótese em disputa. Explica Ferrer Beltrán (2003, p. 27-34):

> ... Es habitual considerar que el derecho a la prueba no supone un derecho a un determinado resultado probatorio. [...] Es necesario también que la valoración de las mismas, individual y conjunta, se adecue a las reglas de la racionalidad. Sólo así podrá entenderse que se respeta el derecho de las partes a probar, esto es, a producir un determinado resultado probatorio que sirva de fundamento a sus pretensiones. [...] Tampoco la doctrina procesal mayoritaria ha ido mucho más allá [...] Creo que ello es debido a dos tipos de razones: en primer lugar, a la falta de una teoría normativa que establezca algunos criterios de racionalidad que rijan en el ámbito de la libre valoración de la prueba. A falta de esos criterios claros, se tiende a maximizar el carácter libre de la valoración, su vinculación a la íntima convicción del juez, la discrecionalidad judicial en materia de valoración de la prueba (tendente a la arbitrariedad cuando están ausentes los controles) etc.

O processo vocacionado a concretizar o direito à prova ostentado pelos jurisdicionados (no caso do processo penal, o direito à prova da sociedade e do acusado), reclamaria, assim, um juiz com uma postura cognitiva ativa, virtuoso e responsável pelo bom resultado do exame da prova: um mandamento do tipo "concentre-se – volte todas as suas atenções para o que está sendo dito pelo acusado (ou testemunha) ali sincronamente, filtrando, testando mentalmente o que é dito, e, sobretudo, fazendo o falante perceber o que compreendeu e o que não compreendeu, para que ele, acusado, ali, eventualmente, se assim quiser, corrija mal entendidos, mesmo que este tenha iniciado o ato disposto a não dialogar com o juiz.

Rodrigo Guimarães (2015) defende que essa participação do juiz na coleta/exame da prova oral, fazendo perguntas, é necessária para concretizar em maior medida o próprio direito ao contraditório, já que propiciaria às partes mapear o pensamento do julgador e adotar a melhor estratégia para efetivar a almejada captura psíquica. Isso, embora válido, já que representa uma sobreposição das projeções do direito ao contraditório e do direito a uma cognição adequada (integrante do direito à prova), ao que parece, não imporia uma atenção síncrona, para eventual intervenção, quando manifestado o desinteresse do próprio acusado e sua defesa. Necessário

reconhecer, ademais, que essa não é a abordagem mais tradicional do contraditório, já que há defesas no sentido de que este, para concretizar-se, terminaria por reclamar um juiz não-protagonista (Khaled Jr.; Divan, 2019, p. 395-423).

O acompanhamento da prova de maneira assíncrona, por meio de vídeo, parece resguardar as garantias que se pretende preservar com a ideia de imediação. Admitindo-se, como proposto inicialmente, a figura do juiz atento e que fundamenta adequadamente a decisão respondendo a todos os pontos da versão defensiva; e considerando que a gravação seja íntegra, por meio de vídeo, tem-se o contato direto do juiz com o relato das partes ou das testemunhas, sem intermediários.

A exigência da presença física também se mostra como um falso problema se se considerar que o acompanhamento assíncrono já é a regra no grau recursal. Há, nos tribunais, apenas a análise de prova oral produzida em primeira instância, não se exigindo sua renovação para que possa subsidiar a decisão do julgador de segundo grau. Cabe ao desembargador, analisando a gravação, exercer a valoração probatória, sem imediação síncrona, com a possibilidade, inclusive, de analisar a pertinência das perguntas e desconsiderar o que entender incabível no ato, além de, em caso de nulidade por indução das perguntas, coação para as respostas ou qualquer outro vício, ordenar a anulação da sentença e consequente refazimento da audiência.

No contexto do processo penal contemporâneo, não se verifica nenhum "superpoder" da oralidade como garantia de contato síncrono entre o juiz e o relato da prova. A oportunidade, por exemplo, do oferecimento de alegações finais orais após uma audiência que tenha durado horas, com inúmeros pontos a serem tratados pelo advogado, não necessariamente implica melhor forma de defesa do que o oferecimento de prazo para que o faça detidamente, de forma escrita – inclusive com a possibilidade de rever o vídeo da audiência. A oralidade continua preservada por meio da gravação e, dado o avanço da tecnologia, que aproxima o julgador dos relatos em audiência, não parecendo haver a necessidade de sua atenção no momento em que se realiza quando o próprio acusado e sua defesa optam por calar o julgador (ou quando se admite o juiz-sentenciante não poderia exercer qualquer protagonismo na coleta da prova oral).[5]

5 Embora reconheça na imediação uma conquista jurídica e social à qual não podemos renunciar, Nieva Fenoll entende que é necessário aprender a utilizar algo tão complexo como o mecanismo da imediação. Afirma que a exigência de que o juiz veja o declarante não decorre da possibilidade de que observar melhor suas reações, porque o juiz não está formado para isso e dificilmente

3 Para além da imediação: quais os pressupostos para uma cognição adequada?

Considerando que a inexistência de uma imediação síncrona não configura, em si mesmo, um óbice ao adequado exame da prova oral, é oportuno destacar o que se pode exigir do julgador, que acompanha de forma síncrona ou assíncrona o ato, para a melhor análise da prova com que se depara.

A defesa de um juiz terceiro na produção da prova, baseada no reconhecimento de sua passividade cognitiva, parece não enfrentar integralmente o problema. Tomando como premissa que há um subjetivismo incontrolável a permear a análise da prova, que enfrentaria a invencibilidade do caráter circunstancial da verdade, o ceticismo em relação ao posicionamento do juiz no cenário probatório considera que a produção probatória seria mera formação de convencimento, consolidando-se naturalmente, sem qualquer esforço intelectual, capturada a mente do juiz pela retórica de uma das partes.

Contudo, o direito à prova não se exaure na fase persuasiva. O direito ao convencimento do julgador exigiria sua sujeição a um determinado agir, para efetiva análise e consideração das provas e argumentos relacionados e aferição da eficácia de cada elemento de prova e do todo com base em critérios ou parâmetros objetivos estabelecidos no próprio ordenamento.

Não basta também para respaldar a análise probatória que fundamenta determinada decisão a motivação posterior do quanto decidido. Um Sistema de Justiça completamente despreocupado com o processo de tomada de decisão poderia dar ensejo a um resultado probatório justificado pelo julgador como advindo dos búzios, tarot ou dados, ou porque "viu" a culpa nos olhos do réu ou a mendacidade da testemunha assim que a encontrou, bastando que dito resultado tenha sido colocado numa posição de arremate de uma dada argumentação, que não precisaria sequer estar conectada a uma ideia de pensamento ou raciocínio conforme o Direito, ou seja, não precisaria estar direcionada à demonstração do

poderia estar, se os próprios profissionais da psicologia do testemunho colocam em dúvida que as reações somáticas sirvam para interpretar a credibilidade de um declarante. O autor, ao tratar da oralidade, esclarece ainda que a gravação com qualidade suficiente é um paliativo para a confiança na memória do juiz quanto ao ocorrido na audiência, superando um inconveniente da oralidade. (NIEVA FENOLL, Jordi. Oralidad e inmediación en la prueba: luces y sombras. In: Civil Procedure Review, v. 1, n. 2, jul./set., 2010, p. 30 e 38.

cumprimento dos critérios de fundo que legitimariam a tomada da decisão fático-probatória.

Entre os dois extremos – afastar a preocupação com o julgador em virtude da subjetividade incontrolável na análise da prova ou admitir que a segurança da decisão reside apenas na motivação que lhe é agregada e a baixíssima aptidão retificadora do dever de motivação *a posteriori* -, a concretização do direito fundamental à prova emerge como saída. Por meio de um "devido processo intelectual" (Brewer, 1998), que depende de determinados "saberes", "habilidades" e "atitudes" ("virtudes"), tem-se a preocupação com a própria abordagem do caso, com o próprio pensamento que conduz à formação da convicção.

Ainda que não seja possível obter a verdade, é inegável que é possível chegar a uma aproximação mais acurada sobre os fatos a partir do cuidado com a construção ou obtenção do resultado da prova. Muito mais do que a presença física do juiz, a defesa de um processo estruturado daquele que assiste ao ato – seja síncrona ou assincronamente – é indispensável à elevação da qualidade dos resultados alcançados (Beecher-Monas, 2006, p. 22).

Assume-se, então, que o direito fundamental à prova abrange o direito a uma adequada valoração, que, por sua vez, pode ser reconduzida à ideia de um devido processo intelectual. A definição de regras para o pensamento, somada ao desenvolvimento de certas habilidades do julgador, maximiza a objetividade da análise, ao passo em que otimiza o subjetivismo que lhe é inerente.

Enfim, o dever do julgador ultrapassa o de imparcialidade, cabendo-lhe agir com responsabilidade para realizar o exame e reflexões adequados à correção material da decisão; referidos ideais, além de não serem inconciliáveis, complementam-se: primeiro, a imparcialidade é um dos requisitos de um processo de produção de um conhecimento que almeja colocar-se como verdadeiro (Taruffo, 2014); segundo, não há qualquer comprovação empírica de um inexorável comprometimento psicológico decorrente de uma atuação voltada ao melhor exame, compreensão e significação da prova, senão do contrário (Schünemann, 2012).

A prova judicial, assim, exige um juiz não apenas ciente de sua responsabilidade pela qualidade do exame e significação da prova, como um juiz capaz de desempenhar referida função, o que exige uma abertura do Sistema para deontologia da magistratura, incentivando o próprio juiz à busca de atualização acerca do tema, e para a formação de juízes,

com o protagonismo dos próprios gestores do Judiciário voltado ao desenvolvimento das chamadas virtudes do sujeito epistêmico (Amaya; 2009; Amaya e Hock Lai; 2013; Lahroodi; 2007).

4 Considerações finais

O enfrentamento do problema proposto propicia reflexões sobre diversas questões subjacentes, cuja superação adequada gera os subsídios necessários à construção de um bom modelo normativo para disciplinar o protagonismo do julgador durante a incorporação e exame da prova oral (e dar efetividade a essa disciplina).

As abordagens tradicionais do devido processo legal, concentradas na ideia de um devido processo legal formal (ritual + imparcialidade + motivação de viés preponderantemente persuasivo)[6] não satisfazem os anseios gerados a partir da absorção dos avanços tecnológicos, notadamente da psicologia cognitiva, que demonstra uma grande dificuldade de contenção do pensamento intuitivo (e, portanto, de evitar interferências na decisão de fatores aleatórios, juridicamente irrelevantes) e da baixa aptidão depuradora e retificadora da construção de uma motivação voltada a justificar uma decisão já tomada.

Claro que não se tem aqui, a pretensão de criar um modelo definitivo (pronto e operativo) para propiciar aos jurisdicionados um sujeito epistêmico responsável e virtuoso; no máximo, um esboço, com alguns traços (provisórios) que poderão gerar novas reflexões na doutrina, e, quiçá, dar ensejo a um bom modelo (que nunca se fechará).

Referências

AMAYA, Amalia. The Ethics of Trial Deliberations: Moral Agency. In: Legal Fact-Finding. **International Commentary on Evidence**, vol. 7, no. 2, 2009, p. [i]-47.

AMAYA, Amalia. HOCK LAI, Ho. Of Law, Virtue and Justice – An Introduction. *In*: **Law, Virtue and Justice**, org. Amalia Amaya e Ho Hock Lai. 2013.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítca). **Jueces para la Democracia**, n. 46, 2003, p. 57-66.

6 A ideia de uma justiça procedimental (*Procedural Justice*) é criticada por Ho Hock lai (2008).

BEECHER-MONAS, Erica. **Evaluating Scientific Evidence**: An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process. Cambridge University Press. 2006.

BREWER, Scott. Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process. **Yale Law Journal,** v. 107, n. 6, p. 1535-1682, april 1998.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. **Jueces para la Democracia**, n. 47. p. 27-34. 2003

FERRER BELTRÁN, Jordi. El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. **Revus**, n. 33, 2017, Online since 30 December 2017, connection on 01 January 2018. URL : http://journals.openedition.org/revus/4016; DOI : 10.4000/revus.4016

GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. **Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**. 2015. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2015. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/41025. Acesso em: 08 de junho de 2022

GRECO, Luís. **Poder de julgar sem responsabilidade de julgador**: a impossibilidade jurídica do juiz-robô. São Paulo: Marcial Pons, 2020

HOCK LAI, Ho. **A philosophy of evidence law**: justice in the search for truth. Oxford University Press. 2008.

IRISARRI, Santiago M. **La función epistemológica del principio de inmediación en la prueba testimonial**: ¿Garantía procesal? Trabajo final del Máster en Razonamiento Probatorio de la Universidad de Girona. 2021, disponível em https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/19425.

KHALED JR, Salah H; DIVAN, Gabriel Antinolfi. A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 156/2019, p. 395-423, 2019.

LAHROODI, Reza. Collective Epistemic Virtues. **Social Epistemology,** 21: 281-297. 2007.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal. **Em Revista de Processo – REPRO**, v. 246, 2015.

NIEVA FENOLL, Jordi. Inmediación» y valoración de la prueba: el

retorno de la irracionalidade. **Diario La Ley**, 2012.

NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

NIEVA FENOLL, Jordi. Oralidad e inmediación en la prueba: luces y sombras. **Civil Procedure Review**, v. 1, n. 2: 27-41, jul./set., 2010.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito Fundamental à Prova. **Revista de Processo,** v. 224, p. 41, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, p. 30-50, set./dez. 2012.

TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução João Gabriel Couto. São Paulo, Marcial Pons, 2014.

TWINING, William. Rationality and Scepticism in Judicial Proof: Some Signposts. **International Journal for the Semiotics of Law**, v. 2, n. 1, February 1989, p. 69-80.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho**. Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, Juan Igartua Salaverría. Buenos Aires: Ediciones Olejnik. 2018.

ZUCKERMAN. Adrian A. S.. La **Averiguación de la verdade y el espejismo de proceso inquisitório.** Trad. Edgar Aguilera In El raconamiento probatório em el proceso judicial: um encontro entre diferentes tradiciones. Cood. Jordi Ferrer Beltran e Carmen Vásquez. Madrid. Marcial Pons. 2020.

Capítulo 10

Os Impactos da Era Digital na Democracia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos [1]

Flávia Piovesan[2]
Letícia Antonio Quixadá[3]

1 Introdução

A democracia foi para sempre alterada pelo surgimento da Internet[4], e continua a ser moldada pelos impactos das novas e emergentes tecnologias (coletivamente, com a Internet, referenciadas como "tecnologias digitais") na estrutura da sociedade e na forma como os direitos humanos podem ser usufruídos e, da mesma forma, violados. Conforme a informação é criada, partilhada e percebida de forma diferente neste novo cenário, a comunicação tal como a conhecemos evolui e transforma-se, assim como o campo político no qual as democracias são forjadas e governadas[5].

---

1 O presente artigo foi atualizado a partir dos artigos *Internet, Direitos Humanos e Sistemas de Justiça* (2019/2020) e *A Era (Pós)Digital: O Papel dos Sistemas de Justiça como Garantidores de Direitos Humanos no Contexto das Novas e Emergentes Tecnologias* (2021/2022), pelas mesmas autoras.

2 Procuradora do Estado de São Paulo, Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da PUC-SP; visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000); visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005); visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg – 2007; 2008; 2015-2023); Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg – 2009-2014); Visiting Scholar do David Rockefeller Center for Latin American Studies, Harvard University (2018); foi membro da UN High Level Task force for the implementatiton of the right to development e membro do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2018 a 2021).

3 Coordenadora de Projetos de Educação e Inovação no Instituto Ayrton Senna. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pós-Graduada em Propriedade Intelectual e Novos Negócios pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Research Grant for Foreign Scholar no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg – 2017). Gestora Geral da ONG Crea+ Brasil (2019-2021).

4 Manuel Castells, *Democracia na era da Internet*. Ver https://docs.llull.cat/IMAGES_175/transfer06-not01.pdf, acessado em novembro, 2022.

5 Manuel Castells, *Democracia na era da Internet*. Ver https://docs.llull.cat/IMAGES_175/transfer06-not01.pdf, acessado em novembro, 2022.

De fato, a sociedade vive agora uma era digital. Se, na virada do século, o mundo ainda estava na sua infância em relação à conectividade e ao desenvolvimento e utilização de tecnologias digitais[6], com apenas 400 milhões de pessoas online, hoje somos mais de 5 bilhões conectados à Internet, cerca de 65% do mundo[7], dos quais 4,95 bilhões são usuários de mídias sociais. Não só o número de conexões aumentou, mas também a sua qualidade. Estima-se que, num curto espaço de cinco anos a partir de 2018, a velocidade da banda larga terá duplicado, e a dos dispositivos móveis (telemóveis) terá mais do que triplicado[8]. E a cada ano a penetração da conectividade aumenta, os dispositivos conectados representarão em 2023 mais do que o triplo da população mundial (precisamente 3,6 dispositivos per capita), atingindo a marca dos 29,3 milhões[9]. Com uma conexão acessível, eficiente e diversificada, a informação continuará a ser gerada como nunca antes. A projeção é que a criação global de dados tenha atingido 97 zetabytes (tendência fortemente acelerada devido à pandemia da Covid-19) em 2022, e que praticamente dobre, registrando 180 zetabytes, até 2025[10].

A era digital invoca uma sociedade da informação ultra-interconectada, e, consequentemente, disruptiva, em constante e rápida transformação, baseada na produção, distribuição e utilização em massa e em alta velocidade de dados. Este cenário oferece uma ampla gama de oportunidades infinitas para o desenvolvimento e crescimento dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e para a melhoria e florescimento da democracia, um sistema de governo que depende, ao contrário de qualquer outro, fortemente na forma como a comunicação e a política interagem[11]. Da mesma forma, a conectividade global massiva e a criação de dados potencializam diferentes e incontáveis problemas para os indivíduos e seus governos, uma vez que as tecnologias digitais são hoje ferramentas relevantes e significativas de exclusão e violação dos direitos humanos, afetando diretamente a forma como as regras do jogo democrático são compreendidas e jogadas.[12]

---

6 Ver https://ourworldindata.org/Internet, acessado em outubro, 2023.

7 Statista, *Número de usuários de Internet e mídias sociais em todo o mundo em outubro de 2023* acessado em outubro, 2023.

8 Relatório Anual da Internet da Cisco (2018–2023).

9 Relatório Anual da Internet da Cisco (2018–2023).

10 Statista, *Volume de dados/informações criados, capturados, copiados e consumidos mundialmente de 2010 a 2020, com previsões de 2021 a 2025*, acessado em novembro, 2022.

11 Manuel Castells, *Democracia na era da Internet*. Ver https://docs.llull.cat/IMAGES_175/transfer06-not01.pdf, acessado em novembro, 2022.

12 Sobre a dualidade do impacto da era digital nos direitos humanos, ver https://www.un.org/

E, neste sentido, surgem importantes e definitivos desafios regulatórios, exigindo respostas satisfatórias dos atores públicos e privados, e dos sistemas de justiça nacionais e internacionais, a fim de garantir uma proteção satisfatória dos direitos humanos online, tendo como parâmetro a proteção dada aos direitos humanos offline, reforçando assim a democracia como um verdadeiro regime que promove a participação ampla e coletiva nas decisões governamentais.

Diante deste cenário, este artigo analisará as implicações da era digital na democracia, com foco nos caminhos para salvaguardar as regras do jogo democrático na perspectiva dos direitos humanos. A análise abordará três questões centrais: 1) Qual o impacto das tecnologias digitais nos direitos humanos e na democracia? 2) Quais são os principais desafios para a democracia na era digital (com destaque à polarização, ao discurso de ódio e à desinformação)?; 3) Como esses desafios devem ser enfrentados? Quais são os possíveis caminhos para salvaguardar a democracia e o Estado de Direito ("rule of law") sob a perspectiva dos direitos humanos? O artigo concluirá, então, propondo mudanças na governança global do ciberespaço, com ênfase na necessidade de sistemas de justiça que protejam a democracia, os direitos humanos e imponham o Estado de Direito.

2 Tecnologias digitais e impactos nos direitos humanos e na democracia

Os avanços trazidos pelas tecnologias digitais são inegáveis. O espectro de inovações e desenvolvimento foi radicalmente ampliado, permitindo 1) o fortalecimento dos direitos humanos, como a liberdade de expressão e opinião[13], 2) a discussão de novos direitos, como o acesso à

en/un75/impact-digital-technologies, acessado em novembro, 2022. Adicionalmente, destaca-se o discurso da Alta Comissária para os Direitos Humanos da ONU, Michelle Bachelet, de 2019: "*A tecnologia digital já oferece muitos benefícios. O seu valor para os direitos humanos e o desenvolvimento é enorme. [...] Mas não podemos ignorar o lado negro. Não posso expressar isso de forma mais enfática do que isto: a revolução digital é uma importante questão global de direitos humanos. Os seus benefícios inquestionáveis não anulam os seus riscos inequívocos. Também não podemos permitir-nos ver o ciberespaço e a inteligência artificial como um espaço desgovernado ou ingovernável – um buraco negro de direitos humanos. Os mesmos direitos existem online e off-line. A Assembleia Geral da ONU e o Conselho dos Direitos Humanos afirmaram isto*" (Ver: https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25158&LangID=E, acessado em novembro, 2022).

13 Veja a discussão sobre criptografia e anonimato como essenciais para o exercício da liberdade de expressão e opinião na era digital, no relatório do Relator Especial da ONU sobre a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e expressão: https://www.undocs.org /A/HRC/29/32, acessado em novembro, 2022.

Internet[14], e 3) a adoção de ferramentas, estratégias e transformações para uma melhor promoção, proteção e gozo dos direitos humanos[15], como o governo digital[16].

Contudo, e quase diametralmente, as tecnologias digitais também ampliam os meios de violação dos direitos humanos, bem como apresentam novos riscos e ameaças, antes impensáveis, aos direitos e garantias dos indivíduos[17]. Além disso, dadas as vantagens que podem proporcionar e as dificuldades ainda latentes em garantir um verdadeiro acesso universal, às tecnologias digitais acabam por reforçar exclusões e desigualdades de oportunidades e recursos[18].

O quadro apresentado tem ramificações diretas para a democracia. Como afirma Bobbio, os regimes democráticos dependem necessariamente do reconhecimento e da proteção das liberdades individuais e das garantias fundamentais, pois são condições mínimas para a resolução pacífica de conflitos[19]. A ONU corrobora esta posição. Em 2002, a Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos declarou que o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, incluindo o direito à liberdade de expressão e de opinião e a liberdade de associação, é um dos elementos essenciais da democracia[20].

Neste sentido, se hoje a era digital impõe sérios desafios ao gozo e à proteção dos direitos humanos, é claro que este impacto é relevante e contundente nas democracias atuais. Michelle Bachelet, Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos, vinte anos após a referida resolução da Comissão dos Direitos Humanos, indicou que "salvaguardar

14 Ver https://www.brookings.edu/blog/techtank/2016/11/07/the-Internet-as-a-human-right/, acessado em novembro, 2022.

15 Consulte *Respondendo aos Abusos dos Direitos Humanos na Era Digital Novas Ferramentas Velhos Desafios*, em https://www.researchgate.net/publication/326551216 e *Aprendizado de máquina e direitos humanos: como maximizar o impacto e minimizar o risco*, em https://www.newtactics.org/conversation/machine-learning-and-human-rights-how-maximize-impact-and-minimize-risk, acessado em novembro, 2022.

16 Veja as abordagens sobre a boa governança e as transformações dos governos digitais apresentadas no *Estudo sobre o Impacto da Transformação Digital na Democracia e na Boa Governança*, do Conselho da Europa: https://rm.coe.int/study-on-the-impact-of-digital-transformation-on-democracy-and-good-go/1680a3b9f9, acessado em novembro , 2022.

17 UNESCO, *Os pilares para a promoção de sociedades do conhecimento inclusivas e da ruptura digital dos direitos humanos*, ver: https://www.justsecurity.org/30225/digital-disruption-human-rights/, acessado em novembro, 2020.

18 A exclusão digital é um dos efeitos mais significativos da era digital nos direitos humanos. Ver: https://news.un.org/en/story/2019/09/1045572, acessado em novembro, 2022)

19 Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*.

20 ONU, *Sobre democracia e direitos humanos*. Ver: https://www.ohchr.org/en/about-democracy-and-human-rights, acessado em novembro, 2022.

os direitos humanos e o espaço democrático na era digital tornou-se mais crucial do que nunca" e o progresso nesta direção depende da proteção de direitos humanos específicos[21].

Com base nesta discussão, é possível identificar conflitos e tensões proeminentes que emergem na tarefa de determinar o alcance dos direitos humanos e da democracia na era digital, um período marcado por constantes inovações que ignoram as fronteiras do tempo e do espaço e que são criadas e desenvolvidas em ambientes que ainda são incipientes em termos de regulamentação e fiscalização. Considerando isto, os seguintes direitos humanos apresentam-se como essenciais para a condução de verdadeiros sistemas democráticos: 1) o direito ao desenvolvimento; 2) o direito à participação; 3) o direito à liberdade de expressão e opinião; 4) o direito à privacidade; e 5) o direito a um tratamento justo e igualitário.

No que diz respeito ao direito ao desenvolvimento, as tecnologias digitais surgem agora como mecanismos essenciais para o gozo de diferentes direitos econômicos, sociais e culturais[22], como o direito à educação[23], à saúde[24] e à participação na vida cultural[25]. Garantir o acesso dos indivíduos à Internet (que por si só é um direito humano) e a outras ferramentas digitais torna-se, assim, vital para o pleno desenvolvimento humano e, consequentemente, para o processo de formação cidadã. Do ponto de vista democrático, o direito ao desenvolvimento é um caminho essencial

---

21 ONU, *Sobre democracia e direitos humanos*. Ver: https://www.ohchr.org/en/statements/2022/04/human-rights-and-democracy-digital-age, acessado em novembro, 2022.

22 *Observatório da Sociedade da Informação Global 2016: direitos econômicos, sociais e culturais e a Internet*, Association for Progressive Communications (APC) e International Development Research Centre (IDRC): "*Embora esteja mais intimamente associada à liberdade de expressão, a Internet pode ter um impacto positivo na maioria dos artigos do PIDESC, como o direito à educação (artigo 13.º), à participação na vida cultural e ao usufruto dos benefícios do progresso científico e das suas aplicações (artigo 15.º), ao trabalho (artigo 6.º), à saúde (artigo 12.º) e à alimentação (artigo 11.º). A Internet ajuda as pessoas a encontrar trabalho e os sindicatos a organizarem-se; permite que os pequenos agricultores tenham acesso a informações de mercado competitivas; é um poderoso facilitador da participação cultural, da inovação e da expressão artística; permite que recursos de aprendizagem on-line sejam facilmente compartilhados e facilita o acesso a informações sobre saúde e aconselhamento médico. [...] Portanto, aumentar o acesso à Internet é uma consideração importante para os estados no cumprimento das suas obrigações no âmbito do PIDESC*".

23 Relatório do Relator Especial sobre o direito à educação, Kishore Singh - *Questões e desafios ao direito à educação na era digital*. Ver: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/070/33/PDF/G1607033.pdf?OpenElement, acessado em novembro, 2022.

24 Revista Saúde e Direitos Humanos, *Direitos Humanos e Tecnologias Digitais em Saúde*. Ver: https://www.hhrjournal.org/2020/12/human-rights-and-digital-health-technologies/, acessado em novembro, 2022.

25 Unesco, *Vanguarda | Proteger e preservar a diversidade cultural na era digital*. Ver: https://www.unesco.org/en/articles/cutting-edge-protecting-and-preserving-cultural-diversity-digital-era, acessado em novembro, 2022.

na construção de uma sociedade mais participativa, que vivencie as ações democráticas de forma informada, vital para a participação plena, ampla e informada em todos os processos democráticos.

Contudo, num contexto em que uma parcela significativa da população mundial ainda não tem acesso às tecnologias, e que essa lacuna ainda é amplificada numa análise interseccional da desigualdade social[26], percebe-se "fosso digital" (ou, simplesmente, a exclusão digital), uma disparidade problemática entre as pessoas com acesso efetivo às tecnologias e aquelas com acesso limitado ou inexistente. Fato este que reduz as oportunidades de desenvolvimento e, portanto, o gozo de outros direitos, incluindo os direitos civis e políticos, conforme observado acima, bem como exclui dos impactos positivos da era digital[27] e dos campos de participação política[28].

No caso do direito à participação[29], as tecnologias digitais oferecem novas e amplas possibilidades de organização e participação da sociedade civil nos debates públicos e no acompanhamento e monitoramento das ações das entidades públicas, melhorando a forma como pode influenciar decisões estatais, formulação de leis e políticas públicas[30]. A era digital representa um impulso à participação democrática como nunca antes, aproximando eleitores, representantes da sociedade civil, organizações e jornalistas dos governos e dos governantes eleitos para o monitoramento diligente dos mandatos públicos.

A era digital pode, pelo contrário, impedir ou inibir a participação da sociedade civil nos processos democráticos[31]. Da mesma forma

---

26 Em comparação, nos países menos desenvolvidos, apenas 1 em cada 5 pessoas tem acesso à Internet, em comparação com 4 em cada 5 nos países desenvolvidos. Em termos de gênero, em dois terços de todos os países, a proporção de utilização da Internet pelas mulheres é inferior à dos homens. Dados do Relatório de Economia Digital, 2019, disponíveis em: https://unctad.org/system/files/official-document/der2019_en.pdf, acessado em novembro, 2020.

27 Ver https://www.un.org/en/un75/impact-digital-technologies, e adicionalmente https://undocs.org/A/HRC/35/9, https://euromedrights.org /publication/for-equal-access-to-human-rights-we-must-close-the-digital-divide/ e https://undocs.org/A/74/493, acessado em novembro, 2020.

28 Unesco, *Eleições em tempos digitais: um guia para profissionais eleitorais*. Ver: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000382102, acessado em novembro, 2022.

29 ONU, *Direitos humanos e democracia na era digital*. Ver: https://www.ohchr.org/en/statements/2022/04/human-rights-and-democracy-digital-age, acessado em novembro, 2022.

30 RAND Europe, *Envolvimento cívico: como a tecnologia digital pode incentivar um maior envolvimento da sociedade civil?* Ver: https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/perspectives/PE200/PE253/RAND_PE253.pdf, acessado em novembro, 2022.

31 Segundo Diálogo sobre Democracia Digital, *Colocando a Tecnologia Digital ao Serviço da Democracia e dos Direitos Humanos*. Ver: https://www.universal-rights.org/wp-content/uploads/2021/12/3D2_designed-report_V1.pdf, acessado em novembro, 2022.

que as tecnologias digitais facilitam as iniciativas de monitoramento governamental, também podem ser utilizadas como meio para exercer a vigilância estatal, controlar os movimentos de reivindicação de direitos e bloquear ações de monitoramento e responsabilização realizadas pelos meios de comunicação social. Além disso, as empresas de tecnologia e os Estados podem controlar quais ferramentas tecnológicas podem ou não estar disponíveis para a sociedade civil, limitando ações regulares como a participação em audiências públicas ou bloqueando completamente o acesso às redes sociais e até mesmo à conexão ("Internet shutdown")[32], eliminando totalmente a participação democrática civil.

O direito à liberdade de expressão e opinião beneficia-se muito com a era digital, especialmente com a Internet[33]. Nunca antes tivemos tantas oportunidades de comunicar e falar, por diferentes meios e para diferentes públicos. Para a democracia, este papel das tecnologias digitais reforça o caráter essencial deste sistema, que é a participação individual ativa nas discussões políticas para a tomada de decisões coletivas. Ao mesmo tempo, estas ferramentas dão voz às minorias e às maiorias minoritárias, anteriormente excluídas do campo político e da possibilidade de influenciar o processo democrático. Tendo em conta a concepção original da Internet como um espaço coletivo aberto e único, as tecnologias digitais devem garantir o exercício da liberdade de expressão e de opinião, de forma livre, pluralista e democrática, tendo como princípios orientadores o pluralismo e a não discriminação[34].

Por outro lado, da mesma forma que o ambiente desregulamentado do ciberespaço permitiu e permite o mais amplo acesso ao debate público, a era digital ampliou formas de perpetuação e crescimento de violações, como visto, por exemplo, no aumento do discurso de ódio e da

32 ONU, *Fechamentos da Internet: Relatório da ONU detalha o impacto "dramático" na vida das pessoas e nos direitos humanos*. Ver: https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/06/Internet-shutdowns-un-report-details-dramatic-impact-peoples-lives-and-human, acessado em novembro, 2022.

33 Conforme levantado pelo Relator Especial das Nações Unidas, Frank La Rue, *"(m)uito pouco ou nenhum desenvolvimento nas tecnologias da informação teve um efeito tão revolucionário como a criação da Internet. [...] De um modo mais geral, ao permitir que os indivíduos troquem informações e ideias de forma instantânea e barata através das fronteiras nacionais, a Internet permite o acesso a informações e conhecimentos que anteriormente eram inatingíveis. Isto, por sua vez, contribui para a descoberta da verdade e do progresso da sociedade como um todo*" (A/HRC/17/27, 2011).

34 Nesta matéria, destaca-se o Protocolo Adicional à Convenção de Budapeste de 2017 sobre o cibercrime, especialmente no combate ao racismo, à xenofobia e aos crimes de intolerância. No mesmo sentido, cabe citar a Resolução n. 2.144, de 25 de janeiro de 2017, do Conselho da Europa intitulada "Acabar com a ciberdiscriminação e o ódio online".

desinformação ("fake news")[35], e até como meio de facilitar crimes contra a humanidade (genocídio Rohingya)[36]. Da mesma forma, as tecnologias são utilizadas como ferramentas para violar o direito à liberdade de expressão e opinião, minando a participação democrática no processo. Nos últimos anos, existem vários exemplos de países e regimes ditatoriais que utilizam tecnologias digitais para promover a censura, por meio do bloqueio do acesso a conteúdo ou da vigilância estatal[37].

No que se refere ao direito à privacidade, importa referir que as tecnologias digitais, como a Internet das coisas e o big data, permitem melhorias na economia[38], na ciência[39], na saúde[40], e na vida social[41], e podem ser um fator determinante, por exemplo, na análise e monitoramento de políticas públicas ou ações governamentais. Adicionalmente, as tecnologias digitais, como as mensagens criptografadas[42], protegem e permitem a participação democrática, podendo também ser um fator determinante na forma como as minorias, os defensores dos direitos humanos, os jornalistas e outros atores da sociedade civil conseguem ter as suas vozes ouvidas pelo Estado.

---

35 Parlamento Europeu, *O impacto da desinformação nos processos democráticos e nos direitos humanos no mundo*. Ver: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653635/EXPO_STU(2021)653635_EN.pdf, acessado em novembro, 2022.

36 The New York Times, *Um genocídio incitado no Facebook, com postagens dos militares de Mianmar*. Ver: https://www.nytimes.com/2018/10/15/technology/myanmar-facebook-genocide.html, acessado em novembro, 2022.

37 Como apontado por Frank La Rue em 2011, *"[...] qualquer restrição ao direito à liberdade de expressão deve cumprir os critérios rigorosos do direito internacional dos direitos humanos. Uma restrição ao direito dos indivíduos de se expressarem através da Internet pode assumir diversas formas, desde medidas técnicas para impedir o acesso a determinados conteúdos, como o bloqueio e a filtragem, até garantias inadequadas do direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais, que inibem a divulgação de opini*ões e informações" (*A/HRC/17/27*, 2011).

38 Até 2030, a projeção é que a Internet das coisas, por exemplo, terá um impacto na economia de US$ 5,5 trilhões a US$ 12,6 trilhões. Veja também: https://www.mckinsey.com/capabilities/mckinsey-digital/our-insights/iot-value-set-to-accelerate-through-2030-where-and-how-to-capture-it, acessado em outubro, 2023.

39 Northwestern News, *Big Data para transformar a pesquisa em ciências sociais*. Ver: https://www.northwestern.edu/newscenter/archives/special/data-science/day-3.html, acessado em novembro, 2022.

40 Forbes, *Como o Big Data está mudando a saúde*. Ver: https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2015/04/21/how-big-data-is-changing-healthcare/#1d2928ae2873, acessado em novembro, 2022.

41 Forbes, *IoT para o bem econômico e social: como a Internet das coisas torna nosso mundo melhor*. Ver: https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/06/14/iot-for-economic-and-social-good-how-the-Internet-of-things-makes-our-world-better/#1acbaf90100f, acessado em novembro, 2022.

42 Ver Access/Pen American Center Comentário sobre criptografia/anonimato: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Opinion/Communications/AccessAndPENAmerica.pdf, acessado em novembro, 2022.

Essas tecnologias contribuem para a referida coleta e tratamento massivo de informação, sendo que os números dos últimos anos correspondem a mais de 90% de toda a produção histórica da humanidade[43]. Num ambiente de onipresença na coleta de dados, de omnisciência tecnológica e de compartilhamento desenfreado de dados pessoais, a proteção do direito à privacidade fica invariavelmente comprometida, facilitando a vigilância não autorizada. Em 2018, o caso Cambridge Analytica destacou esta nova realidade, não só de vazamento de dados, mas igualmente de utilização de dados para atingir indivíduos ou grupos nas redes sociais, a fim de manipular comportamentos durante processos de voto popular, violando as regras do jogo democrático[44]. Diante disso, para garantir o usufruto dos benefícios dessas tecnologias, fica evidente a importância da proteção adequada do direito à privacidade, uma vez que é essencial para a fruição e exercício de outros direitos humanos, tanto online quanto off-line[45].

No que diz respeito ao direito ao tratamento justo e igualitário, é importante considerar o papel das tecnologias digitais na construção de um espaço de fortalecimento da representação e da diversidade cultural, como forma de divulgar e ampliar a luta de minorias e grupos em situação de alta vulnerabilidade social pela emancipação de direitos[46], e também de permitir a dissidência, um amplo envolvimento político, o sufrágio universal de fato e a participação em decisões coletivas em sistemas democráticos[47].

Entretanto, as tecnologias digitais estão formatadas em contextos sociais de desigualdades raciais, étnicas, de gênero e outras, e, portanto, não são neutras ou objetivas, tendo um impacto negativo nos direitos

---

43 Até 2025, a projeção é de uma criação diária global de 463 exabytes, equivalente a 212.765.957 DVDs por dia. Veja mais em: https://www.weforum.org/agenda/2019/04/how-much-data-is-generated-each-day-cf4bddf29f/ , acessado em novembro, 2020.

44 The Guardian, *O que o Brexit deveria ter nos ensinado sobre a manipulação eleitoral*. Ver: https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/apr/17/brexit-voter-manipulation-eu-referendum-social-media, acessado em novembro, 2022.

45 A/HRC/39/29, 2018: "é fundamental para o gozo e exercício dos direitos humanos online e off-line. Serve como um dos alicerces de uma sociedade democrática e desempenha um papel fundamen*tal para a realização de um amplo espectro de direitos humanos, que vão desde a liberdade de expressão [...] e a liberdade de associação e reunião [...] até à proibição da discriminação e mais. A interferência no direito à privacidade pode ter um impacto desproporcional em certos indivíduos e/ou grupos, exacerbando assim a desigualdade e a discriminação*".

46 Ver: https://www.researchgate.net/publication/258173881_The_Internet_for_Empowerment_of_Minority_and_Marginalized_Users e https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/exchange_session_digital_issues_en.pdf, acessado em novembro, 2020.

47 Unesco, *Eleições em tempos digitais: um guia para profissionais eleitorais*. Ver: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000382102, acessado em novembro, 2022.

humanos[48]. Na arquitetura atual, as tecnologias digitais, como o big data e a inteligência artificial (IA)[49], promovem ou permitem a adoção e perpetuação de diversas práticas discriminatórias[50], por parte de entidades privadas e públicas, como na área da segurança pública, no mercado de trabalho, no sector dos bens de consumo e na prestação de serviços online[51]. Além disso, os preconceitos e as desigualdades sistêmicas são reforçados, desempenhando um papel, por exemplo, na consolidação da desigualdade racial, da discriminação e da intolerância[52]. E este cenário interfere diretamente nas democracias, pois invariavelmente atinge o campo político e dificulta ou impede a participação de todos no processo democrático[53].

Com base no trabalho de Benedek et al[54], é interessante lembrar que as tecnologias digitais não alteraram o nível de proteção que os direitos humanos deveriam receber. Não obstante, à luz do acima exposto, estas tecnologias têm impacto na forma como os direitos são ameaçados e violados, bem como na forma como são protegidos, implicando consequências depreciativas para a democracia. Compreender a relevância da discussão dos direitos humanos, em relação aos impactos da era digital nos sistemas democráticos, é essencial para encontrar respostas aos desafios atualmente impostos.

---

48 Ver: https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26101&LangID=E, acessado em novembro, 2020.

49 Ver: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3259344, acessado em novembro, 2020.

50 Ver: https://news.un.org/en/story/2020/07/1068441, acessado em novembro, 2020.

51 Conselho da Europa, *Discriminação, inteligência artificial e tomada de decisão algorítmica*. Ver: https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73, acessado em novembro, 2020. Sobre segurança pública, mercado de trabalho e serviços online, ver respectivamente: https://www.nytimes.com/2020/06/24/technology/facial-recognition-arrest.html, https://core.ac.uk/download/pdf/217213176.pdf e https://www.wired.com/story/best-algorithms-struggle-recognize-black-faces-equally/, acessado em novembro, 2020.

52 A/HRC/44/57: Discriminação racial e tecnologias digitais emergentes: uma análise dos direitos humanos – Relatório do Relator Especial sobre formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância conexa.

53 Unesco, *Eleições em tempos digitais: um guia para profissionais eleitorais*. Ver: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000382102, acessado em novembro, 2022.

54 Wolfgang Benedek, Matthias C. Kettemann e Max Senges, *A Humanização da Governança da Internet: Um Roteiro para uma Arquitetura Global Abrangente de Direitos (Humanos) para a Internet*, Terceiro Simpósio Anual da GigaNet, 2008.

3 Polarização, discurso de ódio e desinformação: os principais desafios à democracia na era digital

Como indicado acima, o sistema democrático depende do reconhecimento e da proteção dos direitos humanos. Ocorre que na era digital estes direitos têm a sua promoção e proteção prejudicadas, e sofrem ou correm o risco de sofrer diversas violações, pela própria arquitetura do ciberespaço, mas da mesma forma pela falta de iniciativas regulatórias fortes por parte dos Estados e empresas de tecnologia.

Adicionalmente, a era digital oferece desafios específicos para a democracia, uma vez que as tecnologias digitais proporcionam ou facilitam a manipulação das regras do jogo democrático, impedindo a dissidência livre, justa e informada, dificultando a resolução pacífica de conflitos, e, consequentemente, descaracterizando decisões coletivas que não representam necessariamente de forma adequada as demandas populares.

Devido a este panorama, muito se tem falado sobre os recentes e preocupantes retrocessos nas democracias em todo o mundo. E isto não só porque as tecnologias digitais tiveram um impacto negativo no reconhecimento e garantia dos direitos humanos, online e off-line, mas porque promoveram significativamente (e continuam a promover) o crescimento da polarização, do discurso de ódio e da desinformação, três pilares que apresentam desafios fundamentais para a sobrevivência dos sistemas democráticos.

A polarização da sociedade tem crescido de forma alarmante nos últimos anos, em diferentes países e regiões. E, como as tecnologias digitais alteraram drasticamente o campo político, a era digital pode ser a grande responsável por este cenário. Como salientado num estudo conduzido para o Parlamento Europeu sobre a polarização política, "embora as forças políticas, sociais e ideológicas que separam os cidadãos sejam variadas e complexas, nos últimos anos, acadêmicos e legisladores têm apontado cada vez mais para a tecnologia digital como um dos potenciais impulsionadores da polarização"[55]. E, também de acordo com o referido estudo, esta polarização ocorre por design, como resultado da própria arquitetura das tecnologias digitais, ou por manipulação, como resultado,

55 Parlamento Europeu, *Polarização e utilização da tecnologia nas campanhas políticas e na comunicação*. Ver: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634414/EPRS_STU(2019)634414_EN.pdf, acessado em novembro, 2022.

entre outros, do uso deliberado de tecnologias para utilizar dados em ações de "microtargeting" e espalhar desinformação.[56]

Paralelamente, a desinformação trouxe igualmente impactos consideráveis nos sistemas democráticos na era digital. Esta opinião é corroborada por um estudo recente realizado pelo Parlamento Europeu sobre o assunto[57]. No referido documento, a desinformação é definida como "informação falsa, imprecisa ou enganosa concebida, apresentada e promovida intencionalmente para causar danos públicos ou obter lucro", e que desafia continuamente a sociedade de formas diferentes e mais complexas à medida que as novas tecnologias digitais aumentam as possibilidades de engano (a tecnologia "deepfake" é um exemplo recente)[58]. Neste sentido, a desinformação tem sérias implicações para os direitos humanos, como a liberdade de expressão e de opinião, e para os valores democráticos, uma vez que corrói e interfere na forma como o debate político é conduzido e percebido[59]. Do mesmo modo, mina a confiança da sociedade nas instituições democráticas, prejudicando a aceitação das regras do jogo democrático, e, por conseguinte, qualquer resultado dele derivado, como o voto popular.[60] Por último, a desinformação desempenha um papel

56 Polarização por design: "O advento da tecnologia digital levou a experiências online mais personalizadas, potencialmente estreitando a diversidade de informações acessadas pelos indivíduos. A partilha de informação tem assumido cada vez mais uma função social, facilitando a disseminação de conteúdos partidários e carregados de emoção que reforçam as tensões entre os utilizadores. Maiores políticas de personalização e moderação que carecem de supervisão legislativa correm o risco de exagerar as desigualdades existentes de poder e expressão.". Polarização por manipulação: "À medida que os dados dos utilizadores se tornam mais abundantes, as campanhas e os anunciantes utilizam-nos para micro direcionamento, perfis psicográficos e personalização. Os atores políticos populistas e extremistas exploram ecossistemas mediáticos orientados para a atenção para obter ganhos políticos e económicos. Os ecossistemas das redes sociais e os meios de comunicação tradicionais revelaram-se suscetíveis de amplificar o alcance de conteúdos polarizadores e conspiratórios e de os espalhar no grande público. As campanhas de influência concebidas para semear a divisão e manipular o público prosperam nas redes sociais e utilizam bots, notícias inúteis e propaganda para perturbar o discurso público. Estas tácticas tornaram-se enraizadas no discurso político, no qual atores estrangeiros e nacionais dependem delas para influenciar a vida política". Ver: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634414/EPRS_STU(2019)634414_EN.pdf, acessado em novembro, 2022.

57 Parlamento Europeu, *O impacto da desinformação nos processos democráticos e nos direitos humanos no mundo*. Ver: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653635/EXPO_STU(2021)653635_EN.pdf, acessado em novembro, 2022.

58 Parlamento Europeu, *O impacto da desinformação nos processos democráticos e nos direitos humanos no mundo*. Ver: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653635/EXPO_STU(2021)653635_EN.pdf, acessado em novembro, 2022.

59 Parlamento Europeu, *O impacto da desinformação nos processos democráticos e nos direitos humanos no mundo*. Ver: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653635/EXPO_STU(2021)653635_EN.pdf, acessado em novembro, 2022.

60 Parlamento Europeu, *O impacto da desinformação nos processos democráticos e nos direitos hu-*

fundamental na violência e na repressão digital[61], sendo um catalisador do discurso de ódio online.

O discurso de ódio não nasceu com a era digital, mas certamente evoluiu e generalizou-se desde o surgimento das tecnologias digitais. Conforme salientado no relatório do Conselho da Europa, o discurso de ódio online não é essencialmente diferente do discurso de ódio off-line, mas tem características específicas importantes que determinam a sua elevada proliferação, a dificuldade de responsabilizar os culpados pelas suas violações e de formular medidas legais adequadas[62]. Ademais, ao contrário, por exemplo, da desinformação, em relação à qual é possível ter um entendimento factual comum sobre a sua veracidade ou não, no caso do discurso de ódio, a sua caracterização depende de uma interpretação subjetiva, o que contribui para a sua disseminação, uma vez que pode ser punido e evitado em alguns países, mas permitido e facilitado em outros.[63] O discurso de ódio online constitui uma ameaça significativa à democracia, pois reprime minorias, maiorias minoritárias e grupos em situações de elevada vulnerabilidade social e distancia-os do debate, tornando o campo político menos diversificado e plural, interferindo assim na legitimidade das decisões coletivas.

E como retomar o espaço público para um debate pacífico, diverso e informado? Resta claro que nos três cenários apresentados acima, o seu crescimento e impactos na sociedade estão ligados à falta de regulamentação geral e específica das tecnologias digitais e do ciberespaço. Considerando uma regulamentação específica, no caso de polarização, um caminho possível seria a regulamentação de campanhas políticas online[64]; no caso da desinformação, a medida poderia ser a regulação dos meios de comunicação, não como forma de censura, mas como forma de estabelecer padrões mínimos de atuação; e, no caso do discurso de ódio, a regulamentação das plataformas de comunicação e das redes sociais, de

manos no mundo. Ver: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653635/EXPO_STU(2021)653635_EN.pdf, acessado em novembro, 2022.

61 Parlamento Europeu, *O impacto da desinformação nos processos democráticos e nos direitos humanos no mundo*. Ver: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653635/EXPO_STU(2021)653635_EN.pdf, acessado em novembro, 2022.

62 Conselho da Europa, Comité de Peritos no Combate ao Discurso de Ódio. Ver: https://rm.coe.int/background-for-adi-msi-dis-june-2020/16809f6b6d, acessado em novembro, 2022.

63 Conselho da Europa, Comité de Peritos no Combate ao Discurso de Ódio. Ver: https://rm.coe.int/background-for-adi-msi-dis-june-2020/16809f6b6d, acessado em novembro, 2022.

64 Parlamento Europeu, *Polarização e utilização da tecnologia nas campanhas políticas e na comunicação*. Ver: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634414/EPRS_STU(2019)634414_EN.pdf, acessado em novembro, 2022.

forma a permitir um teste tripartido baseado nos princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade que não comprometa a liberdade de expressão e de opinião[65]. Em relação à regulação geral, o caminho não é tão simples e direto, envolve uma abordagem diferente e complexa, baseada em princípios, e que considera a própria natureza da arquitetura do ciberespaço.

4 Abordagem multidimensional e vias para salvaguardar o Estado de Direito e logo o jogo democrático

Em 2006, Lawrence Lessig, ao discutir as possibilidades e necessidades de regulação da Internet, esclareceu que "(se) o ciberespaço pode ser regulado depende da sua arquitetura. A arquitetura original da Internet tornou a regulamentação extremamente difícil. Mas essa arquitetura original pode mudar. E há todas as evidências no mundo de que isso está mudando. Na verdade, sob a arquitetura que acredito que surgirá, o ciberespaço será o espaço mais regulável que os humanos alguma vez conheceram. A "natureza" da Internet poderá ter sido outrora a sua falta de regulação; que a 'natureza' está prestes a mudar"[66]. Lessig indicou, ainda, que "a nossa escolha não é entre 'regulação' e 'não regulação'. O código regula. Implementa valores, ou não. Permite liberdades ou as desabilita. Protege a privacidade ou promove monitoramento. As pessoas escolhem como o código faz essas coisas. As pessoas escrevem o código. Assim, a escolha não é se as pessoas decidirão como o ciberespaço regulamenta. Pessoas – programadores – irão. A única escolha é se nós, coletivamente, teremos um papel na sua escolha – e, portanto, na determinação de como estes valores são regulados – ou se coletivamente permitiremos que os programadores selecionem os nossos valores para nós"[67].

Em face ao que foi discutido acima, é evidente que a era digital impõe desafios significativos para a consecução de uma proteção eficaz dos direitos humanos e da salvaguarda definitiva do Estado de Direito e do jogo democrático. A superação deste cenário dependerá, necessariamente, de uma abordagem multidimensional da regulação das tecnologias digitais,

65 ONU, *Direitos humanos e democracia na era digital*. Ver: https://www.ohchr.org/en/statements/2022/04/human-rights-and-democracy-digital-age, acessado em novembro, 2022.

66 Lawrence Lessig, *Code – version 2.0*.

67 Lawrence Lessig, *Code Is Law*. Ver: https://www.harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html, acessado em agosto, 2023.

bem como da adoção dos direitos humanos e dos valores democráticos como normas fundamentais e inegociáveis desta regulação.

Considerando isto, a construção de uma governança global do ciberespaço, com múltiplos atores, apresenta-se como um caminho oportuno e interessante. De acordo com o Conselho de Assuntos Gerais do Conselho da Europa, uma "[...] abordagem multilateral à governança da Internet tem em conta os interesses dos governos, do setor privado, da comunidade técnica, da academia e da sociedade civil. Este modelo promove a inclusão e a responsabilização. Os princípios de governança da Internet sublinham a necessidade de aplicar igualmente o direito internacional público e o direito internacional dos direitos humanos, tanto online como off-line. Salientam também a necessidade de respeitar o Estado de Direito e a democracia na Internet. Estes princípios reconhecem e promovem os múltiplos intervenientes na governança da Internet e conclamam todos os intervenientes públicos e privados a defenderem os direitos humanos em todas as suas operações e atividades, incluindo a concepção de novas tecnologias, serviços e aplicações. Finalmente, apelam aos Estados para que respeitem a soberania nacional de outros Estados e se abstenham de ações que possam prejudicar pessoas ou entidades localizadas fora da sua jurisdição territorial"[68].

A criação de uma governança global do ciberespaço, com a participação adequada e satisfatória dos diferentes atores ("stakeholders"), tem a ganhar se for realizada, em linha com o acima mencionado, com base nas diretrizes internacionais existentes de promoção e proteção dos direitos humanos e nos elementos essenciais das democracias. Tendo em consideração o impacto que as tecnologias digitais têm nos direitos humanos e nos sistemas democráticos, a abordagem desta governança baseada no Sistema Internacional permite utilizar instrumentos já estabelecidos para o combate imediato e mais eficaz às implicações da era digital.

E, igualmente centrados nesta premissa, os sistemas de justiça apresentam-se como vias complementares necessárias à salvaguarda dos direitos humanos e das regras do jogo democrático diante das tecnologias digitais. Isto porque, numa perspectiva multinível de proteção dos direitos humanos nas esferas global, regional e local, é importante avaliar a resposta integral do Direito e dos sistemas de justiça às violações e ameaças que ocorrem na era digital, bem como os seus limites e possibilidades.

68 Conselho da Europa, documento de debate da Presidência, *O Estado de direito na era da digitalização*. Ver: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13744-2015-INIT/en/pdf, acessado em agosto, 2023.

Face a este contexto recente, e fundado no estabelecimento de normas mínimas de proteção que afetam a dignidade humana e a democracia, no que diz respeito ao direito à proteção judicial, é fundamental ressaltar as suas três dimensões:

a. o direito ao livre acesso à justiça (no Estado de Direito toda lesão ou ameaça a direito merece a proteção do poder Judiciário; os instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos asseguram a toda e qualquer pessoa o direito a um recurso simples, rápido e efetivo perante juízes e tribunais competentes, independentes e imparciais, que a proteja contra atos que violem direitos[69]);

b. a garantia da independência judicial (direito de toda pessoa ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial[70]); e

c. o direito à prestação jurisdicional efetiva, na hipótese de violação a direitos (direito a remédios efetivos, que não podem ser ilusórios ou retóricos, demandando dos Estados a adoção de "due diligences", conforme jurisprudência internacional).

Estas três dimensões devem ser conjugadas, mantendo uma relação de interdependência, condicionalidade e indissociabilidade. No Estado Democrático de Direito há o monopólio da função jurisdicional pelo Poder Judiciário, que, enquanto poder desarmado, tem a última palavra. O direito à prestação jurisdicional efetiva tem por base a garantia da independência judicial, celebrando a prevalência do primado do direito, em detrimento do direito da força. A mais importante ideia do Estado de Direito é que "power is constrained by means of law"[71], o que pode ser traduzido, na

69 Como disposto no artigo 10 da Declaração Universal de Direitos Humanos; no artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; e nos artigos 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

70 Nos termos do artigo 10 da Declaração Universal; artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; e do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

71 Ver *Promoção da verdade, justiça, reparação e garantias de não recorrência*, ONU, Assembleia Geral, 2012. O Estado de Direito é definido como: "Um princípio de governança no qual todas as pessoas, instituições e entidades, públicas e privadas, incluindo o próprio Estado, são responsáveis perante leis que são promulgadas publicamente, aplicadas igualmente e julgadas de forma independente, e que são consistentes com as normas e padrões internacionais de direitos humanos. Requer, também, medidas que garantam a adesão aos princípios da supremacia da lei, da igualdade perante a lei, da responsabilidade perante a lei, da equidade na aplicação da lei, da separação de poderes, da participação na tomada de decisões, da segurança jurídica, da prevenção de arbitrariedade e transparência processual e jurídica" (relatório do Secretário-Geral ao Conselho de Segurança sobre o Estado de Direito e a justiça transicional, S/2004/616).

presente discussão, na necessidade de regulação das novas e emergentes tecnologias, e do correspondente "enforcement", com o fim de combater os efeitos desenfreados de uma estrutura que, enquanto totalmente livre, torna-se arbitrária. O Estado de Direito enfatiza a importância das Cortes não apenas pela sua capacidade decisória (pautada no primado do Direito), mas por "institucionalizar a cultura do argumento", como medida de respeito ao ser humano.

Por isso a sua absoluta relevância no Estado de Direito e, igualmente, no contexto da construção de um ciberespaço regulamentado que promova e proteja os direitos humanos e a democracia. Historicamente, assumiram a relevante missão de promover a cultura e a consciência dos direitos e da supremacia constitucional, tendo os seus acórdãos como catalisadores da transformação da legislação e das políticas públicas, contribuindo para o avanço da proteção dos direitos humanos e para o florescimento do sistema democrático, um predicativo que se manifesta como um imperativo no debate dos conflitos que surgem na era digital, na qual, inevitavelmente, há uma colisão de diferentes direitos e regras na busca de uma resposta adequada às violações e à sustentabilidade democrática.

Apesar disso, verifica-se que os sistemas de justiça enfrentam, ademais, outro desafio devido à estrutura particular deste ambiente e contextos cibernéticos. Assim, ao tratar das tecnologias digitais, dos direitos humanos e da democracia, verifica-se que as violações dos direitos humanos online desafiam o padrão tradicional de violações de direitos, em que existe o violador; existe a vítima; e existe o sistema de justiça. Desta forma, questiona-se: Como compreender a violação dos direitos humanos online? Quem é o agente infrator? Quem é a vítima? Como criar um sistema de responsabilização na era digital? Como garantir o direito a uma prestação judicial eficaz por parte de um poder judicial independente e imparcial em casos de violações dos direitos humanos online?

Estas questões devem ser colocadas levando em consideração a natureza global e aberta das tecnologias digitais, e, sobretudo, a sua vocação transnacional, que transcende os limites do tempo e do espaço. Dessa maneira, é crucial a "abordagem dos direitos humanos", a perspectiva de que os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes, decorrentes da dignidade humana, com observância da cláusula de igualdade e proibição de discriminação, uma vez que, para fortalecer a governança da Internet, e, portanto, dos sistemas democráticos, os padrões internacionais mínimos existentes oferecem a base indispensável para um melhor enfrentamento destas questões.

Quanto à necessidade de regulação e de apropriada resposta aos desafios postos pelas tecnologias digitais, é importante reforçar o papel fundamental dos Estados, enquanto um dos principais atores na criação e aplicação das regulações. Assim, importa relembrar os deveres dos Estados no campo dos direitos humanos e democracia, aos quais a jurisprudência internacional aponta a três obrigações clássicas: a obrigação de respeitar direitos (isto é, o próprio Estado não pode ser agente violador de direitos); a obrigação de proteger direitos (vale dizer, o Estado deve adotar todas as medidas para evitar que terceiros violem direitos); e a obrigação de implementar ("fulfill", demandando dos Estados a adoção de todas as medidas necessárias para a plena implementação dos direitos humanos). Do mesmo modo, enfatiza a jurisprudência internacional caber aos Estados não apenas obrigações negativas em matéria de direitos humanos – pautadas na não ingerência indevida no exercício de direitos –, mas, também, obrigações positivas, no sentido de prover um efetivo sistema de proteção de direitos e para salvaguardar as regras do jogo democrático.

Se o acesso à justiça, a independência judicial e a prestação jurisdicional efetiva são os três componentes essenciais dos sistemas de justiça sob o "human rights approach", na era digital há elevada complexidade no desafio de proteger a democracia e os direitos em face de violações online, ao qual é somado, ainda, a insuficiência atual de normas regulatórias que considerem pelas características próprias da arquitetura de redes e tecnologias.

Com efeito, gradativamente, marcos jurídicos têm sido aprovados com a ambição de estabelecer parâmetros, princípios, garantias, direitos e deveres no mundo digital[72]. Nesse ponto, singular ênfase é conferida aos termos da Resolução do Conselho de Direitos Humanos, acerca dos direitos humanos e Internet, a qual proclama que os direitos humanos off-line devem ser também protegidos online, e demanda dos Estados

72 A título exemplificativo, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento tecnológico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. O Marco Civil da Internet foi aprovado por meio da Lei n.12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Adota como fundamento o respeito à liberdade de expressão, os direitos humanos, a pluralidade, a diversidade e a finalidade social da rede. Entre os princípios, ressalta-se tanto a garantia da liberdade de expressão como a proteção à privacidade e aos dados pessoais. Na Itália, por exemplo, a "Internet Bill of Rights" foi adotada em agosto de 2015, estabelecendo o acesso à Internet como um serviço público e como um direito humano, sendo condição para o desenvolvimento individual e social. Além disso, recentemente, no campo da proteção da privacidade e dos dados pessoais, merecido destaque deve ser conferido à Lei de Proteção de Dados Pessoais, do Brasil (Lei nº 13.709), e ao Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados 2016/679 (GDPR), na União Europeia, ambas adotadas em 2018.

que "[...] abordar questões de segurança na Internet, de acordo com as suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, para garantir a proteção da liberdade de expressão, da liberdade de associação, da privacidade e de outros direitos humanos online, nomeadamente através de instituições nacionais democráticas e transparentes, baseadas no Estado de Direito, em uma forma que garanta a liberdade e a segurança na Internet para que esta possa continuar a ser uma força vibrante geradora de desenvolvimento econômico, social e cultural"[73].

Para enfrentar os desafios lançados pelas tecnologias digitais à democracia e aos direitos humanos é necessária uma abordagem multidimensional, representada pela criação de uma verdadeira governança global do ciberespaço, baseada numa perspectiva de direitos humanos, na participação da sociedade civil, na responsabilidade e cooperação das empresas de tecnologia, e com um papel eminente para os sistemas de justiça pelas ferramentas de que dispõem atualmente para a promoção e proteção dos valores democráticos e dos direitos.

5 Considerações finais

A era digital traz impactos significativos na democracia e nos direitos humanos, e, portanto, exige uma resposta regulatória ampla e consistente à atual arquitetura das tecnologias digitais. A governança global, neste cenário, apresenta-se como a resposta adequada à regulação do ciberespaço, na perspectiva de uma abordagem regulatória multidimensional, com a participação de diferentes atores, especialmente os sistemas de justiça como garantidores do Estado de Direito.

Nesse sentido, com o objetivo principal de construir uma proteção efetiva e integral da democracia e dos direitos humanos na era digital, considerando o direito à proteção judicial na perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com ênfase nos padrões mínimos de proteção estabelecidos no quadro de um sistema jurídico multinível, são identificados sete desafios contemporâneos para a salvaguarda das regras do jogo democrático na era digital, que deverão orientar a atuação dos atores privados e públicos na governança global do ciberespaço:

a. enfrentar as profundas desigualdades digitais, desenvolvendo sociedades do conhecimento, de forma a assegurar o acesso

73 ONU, Conselho de Direitos Humanos, *A promoção, proteção e gozo dos direitos humanos na Internet*. Ver: https://digitallibrary.un.org/record/845728, acessado em novembro, 2023.

mais includente e igualitário na era digital, sob a perspectiva de gênero, raça, etnia e outras interseccionalidades (fomentar a incorporação do "human rights approach to development" e do "development approach to human rights", visando a assegurar o direito à inclusão digital e o acesso à Internet como um direito humano, superando a exclusão digital);

b. incorporar o enfoque de direitos humanos por meio de uma educação e cidadania digitais inspiradas nos valores da liberdade, igualdade, sustentabilidade, pluralismo e respeito às diversidades (fundamental é identificar ações, programas e políticas inovadoras e estratégicas para utilizar o potencial digital para a promoção de direitos como resposta às violações de direitos humanos);

c. adotar e difundir parâmetros jurídicos globais, regionais e locais para que direitos humanos off-line sejam, também, protegidos online, no sistema jurídico multinível (até o momento, na esfera global, só há "soft law", amparada em recentes Resoluções do Conselho de Direitos Humanos e demais Diretrizes da ONU e na Agenda 2030);

d. estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso nas novas e emergentes tecnologias, tendo como fundamento os direitos humanos, a pluralidade, a diversidade e a finalidade social dessas ferramentas;

e. consolidar o patrimônio jurisprudencial concernente aos conflitos envolvendo violações aos direitos humanos online, que já avançam no enfrentamento dos diferentes direitos em jogo, fomentando o importante diálogo entre sistemas e cortes do Direito Comparado;

f. fortalecer uma jurisdição transnacional da Internet a partir de uma abordagem de múltiplos "stakeholders" como um órgão regulador independente e transparente baseado na cooperação internacional e inspirado no Direito Internacional dos Direitos Humanos; e

g. fortalecer um sistema de responsabilização na hipótese de graves violações a direitos humanos pelas novas e emergentes tecnologias (assegurando a "accountability", o combate à impunidade e o direito à prestação jurisdicional efetiva na era digital).

Enfrentar estes desafios é uma condição fundamental para regular adequadamente o ciberespaço e as tecnologias digitais, garantindo o Estado de Direito, e, assim, salvaguardar de forma eficaz a democracia e os direitos humanos à luz do sistema multinível, de modo a garantir um ambiente digital aberto, seguro, acessível e democrático, participativo e pacífico, sob o *human rights approach*.

Capítulo 11

O Poder Judiciário e o Estado de Exceção

Gilberto Bercovici[1]

O direito constitucional, acostumado a lidar com regras, têm dificuldades em lidar com a exceção (Isensee, 1992, p. 153-157)[2]. Segundo François Saint-Bonnet, a questão da exceção no direito público não trata apenas de descartar a legislação aplicável em decorrência de certas circunstâncias, mas também diz respeito à subtração das relações normais entre governantes e governados. A dificuldade em tratar da exceção diz respeito à aporia presente na noção de que a "necessidade faz a lei" (Saint-Bonnet, 2001, p. 1-2)[3].

Em seu livro Teologia Política (*Politische Theologie*), Carl Schmitt destacou a soberania como uma função politicamente indispensável para afirmar uma ordem. O sentido concreto da controvérsia sobre soberania se dá sobre aquele que decide, em caso de conflito, em que consiste o interesse público e o do Estado, a segurança e a ordem públicas. A necessidade do soberano era por ele interpretada na inafastabilidade da exceção, na normalidade da exceção. A soberania é a "competência" imprevisível, estranha às normas de direito público, pois não se trata do término do direito, mas de sua própria origem. Para Schmitt, a soberania era a afirmação da ordem e, ao mesmo tempo, a sua negação. Deste modo, definir soberania como decisão sobre o estado de exceção significa dizer que o ordenamento está à disposição de quem decide. O soberano, assim, está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, pois ao utilizar o seu poder de suspender a validade do direito, coloca-se legalmente fora da lei. O estado de exceção se justifica pela situação de ameaça à unidade política, portanto, não pode ser limitado, a não ser que esta unidade deixe de existir. Não se trata do limite político do direito, pois Schmitt recusava a separação entre direito e política. A exceção não poderia se manifestar no limite do

---

1 Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Doutor em Direito do Estado e Livre-Docente em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo.

2 Sobre a distinção entre normalidade e exceção, vide, ainda, BÖCKENFÖRDE (1986, p. 184-187).

3 Para uma tentativa de dar um conteúdo dogmático à necessidade no direito público, vide GARCÍA (1996, p. 34-36, 39-43, 165-306).

direito, pois só ela, exceção, permitiria, para Schmitt, que se chegasse à essência do direito. Em suma, é a exceção que revela o fundamento da ordem jurídica, portanto, da normatividade. A normatividade está, assim, subordinada às condições efetivas de sua instauração, ou seja, às decisões fundadoras da ordem jurídica (Schmitt, 1996a, p. 13-14, 17-18; Schmitt, 1994a, p. XVII-XVIII; Hofmann, 2002, p. 56-62; Portinaro, 1982, p. 80-85; Hebeisen, 1995, p. 368-372; Agamben, 1995, p. 19-21, 31-34; Dyzenhaus, 1999, p. 42-47; Agamben, 2003, p. 44-48).

Segundo Carl Schmitt, o estado de exceção existe para criar a situação na qual o direito poderá valer. A exceção é o caso excluído da norma geral, mas não está fora da relação com a norma, nas palavras de Agamben: *"A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta"*. Há, portanto, uma distinção entre a norma e a sua aplicação: a aplicação da norma é suspensa, mas a norma, enquanto tal, permanece. Para Agamben, trata-se de uma força de lei sem lei. No caso da exceção, o Estado suspende o direito em virtude de um direito de autoconservação. A ordem normal deve ser criada e o soberano decide definitivamente se essa situação normal existe realmente. O soberano, para Schmitt, tem o monopólio da decisão última, no que residiria a essência da soberania do Estado. A soberania do Estado não consiste no monopólio da coerção ou da dominação, mas da decisão (Schmitt, 1996a, p. 18-19; Agamben, 1995, p. 21-24; Agamben, 2003, p. 33-34, 41-43, 48-50, 52-54).

No estado de exceção o indivíduo tem sua esfera de liberdade reduzida ao mínimo, seus direitos tornam-se simulacro e, no caso de ser uma vítima do aparato repressor estatal, condensa inúmeras hipossuficiências. O estado de exceção cria, para sua vítima, a condição de hipervulnerabilidade. No estado de exceção, direitos políticos são eliminados ao sabor do poderoso da vez, as regras mudam ao bel-prazer dos detentores do poder, a previsibilidade jurídica é substituída pela força de impor a regra de ocasião[4].

Os poderosos do momento podem também contar com um simulacro de devido processo legal, de vazio respeito à forma jurídica, que, não raro, torna-se mais um mecanismo de massacre da vítima do estado de exceção, que, não conseguindo ter qualquer previsão sobre as regras ou procedimentos, inúmeras vezes sequer saberá do que é acusado. Assim, o

4 Sobre a ideia de "ocasionalismo jurídico", elaborada em uma densa crítica à obra de Carl Schmitt e sua defesa do estado de exceção, vide LÖWITH (1991, p. 19-21). O texto foi publicado originalmente em 1935.

estado de exceção organiza-se como máquina repressiva, mas não permite a defesa ou a abastarda.

Como se trata de procedimento "investigatório" cujo fim já é determinado desde o começo, e nos quais a defesa não guarda importância, as provas nada pesam para a condenação. O direito é reduzido a uma variável dependente da vontade de quem tem poder. Ao fim e ao cabo, no estado de exceção, a forma é correia de transmissão do poder arbitrário, que sufoca o indivíduo.

Isto ocorre não apenas com os direitos políticos, mas também com uma série de direitos fundamentais: as garantias penais são abastadas; a autoridade tributária transforma-se em mecanismo de punição política; realizam-se "ajustes de contas" na esfera econômica, nos quais os derrotados, agora "inimigos" ou "subversivos", serão punidos com subtração de contratos ou ativos operacionais; direitos trabalhistas não serão observados e as reclamações poderão ser vistas como "subversão"; quaisquer direitos, se reclamados com a "pessoa errada", no "tom errado", podem transformar-se em interrogatório com consequências desconhecidas. A espiral do estado de exceção vai eliminando as barreiras formais, e coisas outrora banais passam a ser julgadas pelo critério do "bem maior", que ao final é a própria manutenção do poder a qualquer preço. O indivíduo submetido ao estado de exceção, portanto, torna-se vulnerável a toda e qualquer violação de seus direitos e de sua dignidade.

A situação das vítimas do estado de exceção é muito mais penosa do que todas as situações de hipossuficiência reconhecidas normalmente pelo ordenamento jurídico. A sua situação é a de quem nada ou quase nada tem, porque os fatos são distorcidos e narrados por um poder arbitrário que não tem qualquer limite ou controle na sua atuação.

Uma tentativa de incorporar a perspectiva da exceção à atuação do Poder Judiciário foi a argumentação sobre estado de exceção desenvolvida pelo ex-Ministro Eros Grau em seus votos no período em que esteve no Supremo Tribunal Federal[5] e em alguns textos de sua autoria[6]. A tese sobre estado de exceção foi utilizada no Supremo Tribunal Federal na análise de casos em que havia uma situação concreta, de fato, que impediria a

5 Tratam-se, essencialmente, dos votos proferidos pelo Ministro Eros Roberto Grau na Recl. nº 3.034 (Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 27/10/2006); ADI nº 2.240 (Rel. Ministro Eros Grau, DJe 09/05/2007); ADI nº 3.316 (Rel. Ministro Eros Grau, DJe 29/06/2007); ADI nº 3.849 (Rel. Ministro Eros Grau, DJe 29/06/2007) e HC nº 94.916 (Rel. Ministro Eros Grau, DJe 12/12/2008).

6 Essa argumentação foi reproduzida não apenas nos votos, mas também em vários textos de autoria do ex-Ministro Eros Grau. O texto mais completo que trata do tema é GRAU (2008).

aplicação plena de algum dispositivo constitucional, notadamente a criação de Municípios em desacordo com o regramento constitucional vigente. Estes casos justificariam, excepcionalmente, a não aplicação da norma constitucional, em virtude da situação fática praticamente irreversível. Como destaca o próprio ex-Ministro Eros Grau, um dos fundamentos doutrinários de seus votos e artigos é a concepção de "força normativa dos fatos" (GRAU, 2008, p. 332), desenvolvida pelo teórico do Estado Georg Jellinek.

Georg Jellinek tentou compreender as relações entre a realidade e a norma jurídica por meio da ideia da "força normativa dos fatos" (*"normative Kraft des Faktischen"*). A constituição do Estado, assim, expressa as relações de poder entre os distintos fatores sociais. É possível distinguir uma constituição jurídica e uma constituição viva, que é a expressão da realidade estatal, independentemente do direito, e que constitui a base desse mesmo direito. Para Jellinek, todas as relações reais em que reside força normativa devem ser consideradas como relações jurídicas. A transformação do poder do Estado em poder jurídico é consequência dessa representação dos fatos como dotados de caráter normativo. Poder e direito, desta forma, nunca se opõem de modo absoluto, pois as relações de poder tendem a se converter em relações jurídicas. Como, na vida do Estado, as relações reais precedem as normas jurídicas, a visão que concebe o direito público como um sistema fechado dotado de soluções internas para todas as questões deve ser rechaçada (Jellinek, 1960, p. 337-344, 355-358; Kersten, 2000, p. 367-375; Jouanjan, 2005, p. 315-320).

O direito, de acordo com Jellinek, não consegue resolver os conflitos entre os vários poderes dentro do Estado. As constituições não conseguem dominar efetivamente a distribuição do poder estatal. As forças políticas reais acabam atuando independentemente de qualquer forma jurídica. Nos momentos críticos da vida do Estado, o direito não consegue determinar a sua direção. Jellinek entende o direito de necessidade (*Notrecht*) como uma espécie de legítima defesa estatal, que apenas justifica o fato de que a força vem antes do direito. No entanto, ele ressalta que, mesmo nos momentos de grande confusão, apenas uma parte da ordem jurídica estatal é suspensa ou aniquilada, permanecendo a maior parte das instituições jurídicas em funcionamento (Jellinek, 1960, p. 358-360; Jellinek, 1996, p. 72; Kersten, 2000, p. 391-394).

Segundo Jellinek, a necessidade é fonte do direito. Em sua opinião, os fundamentos do Estado suscitam a necessidade, não apenas nos tempos de crise, mas no curso da vida normal. A necessidade pode modificar a

organização estatal contra a letra da constituição, sendo, para Jellinek, a necessidade política um dos principais fatores de mutação e transformação constitucional (Jellinek, 1996, p. 21-27; Kersten, 2000, p. 378-379). Este é, para Jellinek, o limite da investigação de direito público: a constituição está em posição de equilíbrio instável, dependendo completamente das forças sociais para manter esse equilíbrio ou promover modificações. Uma nova ordem jurídica se cria mediante um poder que funciona de modo contrário ao direito, por um órgão do Estado que julga sua competência por si mesmo e o faz de maneira ilimitada. A conformidade ou a transgressão da norma dependem das forças sociais sobre as quais se funda a ordem jurídica. Segundo Jellinek, os fatos são o elemento destruidor e o elemento criador do direito (Jellinek, 1960, p. 360-364).

Nada mais longe, portanto, da justificativa de instauração de um julgamento de exceção que as concepções de Jellinek, incorporadas na reflexão de Eros Grau sobre a exceção. Mesmo quando utiliza os conceitos desenvolvidos por Carl Schmitt, os fundamentos expostos no texto e nos votos do ex-Ministro Eros Grau não servem para justificar de forma adequada ao texto constitucional a atuação excepcional por parte do Poder Judiciário, pois não há como o nosso ordenamento jurídico recepcionar a ideia de "ordem concreta" ou "ordenamento concreto" desenvolvida por Schmitt e utilizada, ao meu ver, equivocadamente, por Eros Grau (Grau, 2008, p. 330-333).

Carl Schmitt recusa o positivismo sob a dominação nazista, defendendo uma espécie de direito natural vivo que, a todo momento, poderia alterar o sistema de legalidade, assegurando a Hitler o poder discricionário absoluto. Para Schmitt, o direito existente até 1933 não seria mais apropriado para as novas estruturas sociais (particularmente a estrutura monopolista da economia), devendo ser substituído por medidas concretas. Os fundamentos jurídicos do sistema são as "cláusulas gerais" (*Generalklauseln*) e o *Führerprinzip*. O Führer protege o direito, como fonte imediata do direito e da justiça, podendo decidir sobre absolutamente tudo. Ele é o juiz supremo do povo. No caos jurídico do Terceiro Reich, o ordenamento concreto de Schmitt, deveria pacificar os antagonismos sociais. A multitude de ordens concretas significa que uma série de instituições tradicionais foram traduzidas em regras jurídicas, mas quem define o conteúdo de cada ordem, bem como quem pode criar novas ordens, é a decisão do Führer. A legalidade, assim, é destruída pela legitimidade, identificada com a vontade arbitrária do Führer. Desta forma, Carl Schmitt tentou achar lugar para as instituições tradicionais

alemãs (família patriarcal, exército, igreja, propriedade, burocracia) dentro da "nova ordem", buscando conduzir o Movimento (*Bewegung*, o partido nacional-socialista) por formas jurídicas que constituiriam o "ordenamento concreto" (Schmitt, 1994b, p. 228-229; Schmitt, 1993, p. 18-19, 52-55; Neumann, 1957, p. 61-66; Hofmann, 2002, p. 168-178; Maus, 1986, p. 100-104; Stolleis, 1999, p. 324-325; Koenen, 1995, p. 470-477; Séglard, 1995, p. 51-56; Heuschling, 2002, p. 560-569; Holczhauser, 1990, p. 46-64; Jouanjan, 2009). As palavras de Olivier Jouanjan definem bem o que significa "ordenamento concreto" na concepção schmittiana: "o 'pensamento acerca da ordem concreta', tal qual construído por Schmitt em 1934, pode bem ser chamado como um pensamento jurídico totalitário em seu gênero e nazista em espécie" (Jouanjan, 2009, p. 119).

Nenhum tribunal ou órgão judicial pode se arrogar o direito de declarar o estado de exceção. O Poder Judiciário não é soberano, muito menos um de seus tribunais, não importa qual a instância. A excepcionalidade invocada por um ente do Poder Judiciário não faria nenhum sentido nem para Carl Schmitt. O próprio Carl Schmitt, aliás, condena a possibilidade de um Estado com preponderância do Poder Judiciário (*Justizstaat* ou *Jurisdiktionsstaat*), em que toda a vida política fosse submetida ao controle dos tribunais. A consequência disto não seria a judicialização da política, mas a politização da justiça (*"nicht etwa eine Juridifizierung der Politik, sondern eine Politisierung der Justiz"*) (Schmitt, 1996b, p. 22).

Não bastasse isso, uma decisão judicial que buscasse instaurar o estado de exceção viola frontalmente o disposto no artigo 5º, XXXVII da Constituição brasileira de 1988[7]. Este dispositivo constitucional não é novidade introduzida em 1988, estando presente anteriormente no texto das constituições democráticas de 1934[8] e de 1946[9]. A doutrina constitucional brasileira, no entanto, costuma comentar este dispositivo

7 Artigo 5º, XXXVII da Constituição de 1988: "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: XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção".

8 Artigo 113, 25 da Constituição de 1934: "A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes: 25) Não haverá fôro privilegiado nem tribunais de exceção; admitem-se, porém, juízos especiais em razão da natureza das causas".

9 Artigo 141, §26 da Constituição de 1946: "A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: §26 – Não haverá fôro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção".

como se tratasse apenas da garantia do juiz natural (Silva, 2005, p. 135-136; Mendes; Branco, 2013, p. 462-470; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2012, p. 643-646; Coutinho, 2013). Ou seja, os constitucionalistas brasileiros confundem o disposto no artigo 5º, XXXVII com o texto do artigo 5º, LIII da Constituição de 1988[10], deixando de lado a garantia de que não serão admitidos, sob hipótese alguma, juízos ou tribunais de exceção enquanto perdurar a ordem constitucional democrática no Brasil.

As considerações políticas e pessoais não devem intervir no entendimento e na aplicação da lei. A proibição de juízo ou de tribunal de exceção diz respeito à garantia fundamental que todo cidadão deve ter de ser julgado de acordo com as leis existentes no país, não podendo ser submetido a tratamento excepcional sob qualquer motivo (Leibholz, 1959, p. 107-108; Pontes de Miranda, 1947, p. 343-344). Caso contrário, não estaríamos perante um juízo legítimo e imparcial, mas diante do que Otto Kirchheimer adequadamente denominou de "Justiça Política" (*"Political Justice"*) (Kirchheimer, 2017, p. 419), que se caracteriza justamente pela manipulação do Poder Judiciário para fins políticos, tendo por objetivo enfraquecer, deslegitimar ou eliminar aqueles que são considerados adversários políticos do sistema.

Referências

AGAMBEN, G. (1995). **Homo Sacer:** Il Potere Sovrano e la Nuda Vita. Torino: Einaudi.

AGAMBEN, G. (2003). **Stato de Eccezione.** Torino: Bollati Boringhieri Editore.

BÖCKENFÖRDE, E. W. (1986). Die Krise in der Rechtsordnung: der Ausnahmezustand. *In*: MICHALSKI, K. (org.). **Über die Krise.** Stuttgart: Klett-Cotta, p. 183-191.

COUTINHO, J. (2013). Art. 5º, XXXVII. *In*: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 374-378.

DYZENHAUS, D. (1999). **Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar.** Oxford/New York:

10 Artigo 5º, LIII da Constituição de 1988: "LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

Oxford University Press.

GARCÍA, V. A. (1996). **El Concepto de Necesidad en Derecho Público.** Madrid: Civitas.

GRAU, E. R. (2008). O Futuro do Direito. *In*: GRAU, E. R. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, p. 315-335.

HEBEISEN, M. W. (1995). **Souveränität in Frage gestellt:** Die Souveränitätslehren von Hans Kelsen, Carl Schmitt und Hermann Heller im Vergleich. Baden-Baden: Nomos.

HEUSCHLING, L. (2002). **État de Droit, Rechtsstaat**. Rule of Law. Paris: Dalloz.

HOFMANN, H. (2002). **Legitimität gegen Legalität: Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts**. 4. ed. Berlin: Duncker & Humblot.

HOLCZHAUSER, V. (1990). **Konsens und Konflit: Die Begriffe des Politischen bei Carl Schmitt.** Berlin: Duncker & Humblot.

ISENSEE, J. (1992). "Verfassungsrecht als 'politisches Recht'". *In*: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (coords.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland.** Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, vol. VII, p. 103-163.

JELLINEK, G. (1960). **Allgemeine Staatslehre.** reimpr. da 3. ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

JELLINEK, G. (1996). **Verfassungsänderung und Verfassungswandlung: Eine staatsrechtliche-politische Abhandlung.** reimpr. Goldbach: Keip Verlag.

JOUANJAN, O. (2005). **Une Histoire de la Pensée Juridique en Allemagne (1800-1918):** Idéalisme et Conceptualisme chez les Juristes Allemands du XIXe Siècle. Paris: PUF.

JOUANJAN, O. (2009). 'Pensée de l'Ordre Concret' et Ordre du Discours ‚Juridique' Nazi: Sur Carl Schmitt". *In:* ZARKA, Y. C. (org.). **Carl Schmitt ou le Mythe du Politique.** Paris: PUF, p. 71-119.

KERSTEN, J. (2000). **Georg Jellinek und die klassische Staatslehre.** Tübingen: Mohr Siebeck.

KIRCHHEIMER, O. (2017). **Political Justice:** The Use of Legal Procedure for Political Ends. reimpr. Princeton: Princeton University

Press.

KOENEN, A. (1995). **Der Fall Carl Schmitt:** Sein Aufstieg zum 'Kronjuristen des Dritten Reiches'. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

LEIBHOLZ, G. (1959). **Die Gleichheit vor dem Gesetz:** Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage. 2. ed. München/Berlin: C. H. Beck.

LÖWITH, K. (1991). Le Décisionnisme (Occasionnel) de Carl Schmitt. **Les Temps Modernes,** n. 544, p. 15-50.

MAUS, I. (1986). Zur 'Zäsur' von 1933 in der Theorie Carl Schmitts. *In:* MAUS, I. **Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus.** München: Wilhelm Fink Verlag, p. 93-110.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. (2013). **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva.

NEUMANN, F. (1957). The Change in the Function of Law in Modern Society. *In:* NEUMANN, F. **The Democratic and the Authoritarian State:** Essays in Political and Legal Theory. Glencoe: The Free Press, p. 22-68.

PONTES DE MIRANDA, F. C. (1947). **Comentários à Constituição de 1946.** Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, vol. III.

PORTINARO, P. P. (1982). **La Crisi dello Jus Publicum Europaeum: Saggio su Carl Schmitt.** Milano: Edizioni di Comunità.

SAINT-BONNET, F. (2001). **L'État d'Exception.** Paris: PUF.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. (2012). **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: RT.

SÉGLARD, D. (1995). Présentation. *In:* SCHMITT, C. **Les Trois Types de Pensée Juridique.** Paris: PUF, p. 7-66.

SCHMITT, C. (1993). **Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens.** 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot.

SCHMITT, C. (1994a). **Die Diktatur**: Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf. 6. ed. Berlin: Duncker & Humblot.

SCHMITT, C. (1994b). Der Führer schützt das Recht. *In:* SCHMITT,

C. **Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939.** 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot, p. 227-232.

SCHMITT, C. (1996a). **Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität.** 7. ed. Berlin: Duncker & Humblot.

SCHMITT, C. (1996b). **Der Hüter der Verfassung.** 4. ed. Berlin: Duncker & Humblot.

SILVA, J. A. (2005). **Comentário Contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros.

STOLLEIS, M. (1999). **Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland.** München: C.H. Beck, vol. 3.

Capítulo 12

Precedentes Judiciais: uma Visão Crítica do Uso nos Tribunais do Brasil

Hugo de Brito Machado Segundo[1]

1 A importância dos precedentes

Nas últimas décadas, especialmente após a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, cresceu significativamente o interesse e a atenção dos estudiosos e operadores do direito em relação aos precedentes. Contudo, é essencial reconhecer que a relevância dos precedentes não deriva meramente de imposições legislativas, uma ideia que até contradiz a aproximação observada entre os sistemas do *common law* e do *civil law*. Será que os precedentes são respeitados apenas porque a lei assim exige? Definitivamente, não. Eles são fundamentais em qualquer sistema jurídico que valorize o princípio da igualdade e a obrigatoriedade de fundamentar as decisões judiciais.[2].

De fato, com a obrigação de assegurar igualdade de tratamento, o Estado, através do seu braço Judiciário, não pode dispensar tratamentos distintos a casos semelhantes sem justificar o desvio do critério preexistente ou destacar exceções e particularidades que fundamentam tais distinções. Essa prática não necessita de um mandato legislativo explícito, embora a regulamentação em nível infraconstitucional contribua para esclarecer tais diretrizes.

Assim, a despeito das exigências explícitas ou prescrições da legislação processual, é indiscutível que o Judiciário, obrigado a fundamentar suas decisões e a garantir igualdade de tratamento, não pode ignorar ou contrariar seus próprios julgamentos anteriores em casos que

1 Professor Associado da Faculdade de Direito da UFC. Professor do Centro Universitário Christus – Unichristus. Advogado. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT e do Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET.

2 Nesse sentido: DERZI, Misabel Abreu Machado. Mutações Jurisprudenciais, em face da proteção da confiança e do interesse público no planejamento da receita e da despesa do Estado. In: FERRAZ, Roberto (Org.). **Princípios e Limites da Tributação**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, v. II, p. 729-748.

se assemelham aos atualmente em análise. Este é o tema de que cuida o presente artigo, destinado a integrar coletânea em merecida homenagem ao Desembargador Fernando Ximenes Rocha. A pertinência do tema justifica-se, no caso, não apenas pela solidez de sua doutrina constitucional, sempre preocupada com o processo e sua importância para a efetivação do direito material, bem como pelo respeito aos precedentes verificado não apenas em sua produção acadêmica, mas especialmente em sua atuação como magistrado.

2 Segurança e certeza na jurisprudência

Não nos parece que os precedentes sejam, propriamente, normas jurídicas. Eles, a rigor, representam um ganho hermenêutico, indicando como determinadas normas, à luz de certas situações, foram entendidas pelo Judiciário[3]. Mas, por certo, daí surge a expectativa – decorrente do dever de fundamentação e de tratamento isonômico – de que situações análogas recebam o mesmo tratamento, a menos que se explique no que diferem e por que essa diferença levaria à atribuição de tratamento diverso daquele indicado no julgamento anterior.

Por conta disso, sendo a segurança jurídica um valor fundamental a ser preservado pelo Direito, elencado como fundamental pela Constituição, exsurge para os Tribunais, na formação de sua jurisprudência, o dever de mantê-la estável, respeitando as expectativas dos que confiaram na orientação nela subscrita.

Os Tribunais respeitam a segurança e a certeza, na formação de seus precedentes, não necessariamente mantendo-os inalterados. Tal como no plano do direito intertemporal, a segurança, por exemplo, obtém-se quando mudanças são feitas, mas respeitam situações já consolidadas. A certeza, por sua vez, exige que só se alterem orientações já firmadas quando houver razões para isso, as quais devem ser devidamente indicadas.

Aliás, no que tange à indicação de razões, talvez seja ela, decorrente do dever de fundamentação das decisões, o principal mecanismo de controle da atividade do julgador, destinado a fazer com que órgãos de julgamento apliquem o ordenamento que lhes dá competência e cujo respeito lhes cabe promover. Não à toa, aliás, depois de um período em que a academia pesquisava a eficácia de princípios e novos direitos fundamentais, os quais

3 LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 426

conferiram maior poder ao Judiciário frente ao legislador, assistiu-se a uma onda de pesquisas dedicadas a criticar o Judiciário por supostos excessos nessa tarefa, e, agora, se buscam meios para controlar essa atividade, sendo o estudo da fundamentação das decisões judiciais um deles[4].

Os fundamentos usados em um julgado precisam ser coerentes não só entre si, evitando-se contradições, mas com aqueles empregados no enfrentamento de outras questões, diversas, mas correlatas, que partem das mesmas premissas. É preciso, também, que guardem respeito à ordem jurídica e aos valores que lhe subjazem. Isso porque, como ensina Fernando Ximenes, a legitimidade democrática dos juízes "não reside em sua origem popular ou em seu caráter representativo, mas exclusivamente em sua sujeição às leis emanadas pela vontade do povo, que se expressa nas decisões judiciais plasmadas no ordenamento constitucional e legal."[5] Tudo isso, adicionalmente à estabilidade, destinada a conferir segurança. É o que se acha disposto, didaticamente, no art. 926 do CPC.

3 Estabilidade, integridade e coerência e o caráter didático do art. 926 do CPC

O art. 926 do CPC enuncia que os "tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente." A estabilidade, obtida quando se evitam alterações ou mudanças de rumo muito frequentes, é condição para que se possa cogitar de segurança, e também de certeza, pois gera a confiança de que a Corte aplicará ao caso futuro o mesmo entendimento já manifestado para caso pretérito análogo.

Mas é possível que se demonstre, à luz da ordem jurídica, que o julgado anterior era equivocado. A necessidade de que seja corrigido o rumo da jurisprudência, até para que se possa afirmar a sua integridade, não pode ser obstaculizada pelo dever de estabilidade. Exige-se, contudo, que a mudança seja justificada, apontando-se as razões para ela. Insegurança e incerteza surgiriam, a rigor, em muito maior grau, se a mudança ocorresse sem que se apontassem os motivos para a superação do posicionamento anterior.

---

4 Veja-se, a propósito, GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 517-541.

5 ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Controle de constitucionalidade das leis municipais**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 55.

Em suma, o dever de estabilidade exige que não se banalize as mudanças de rumo na jurisprudência, mas não impede que equívocos sejam corrigidos, desde que se apontem os motivos para tanto. O apontar motivos, aliás, é necessário para que se confira certeza à jurisprudência, e, principalmente, para que se afira a sua integridade.

Maior atenção talvez deva ser dada à coerência. A jurisprudência precisa, para garantir segurança e certeza inclusive, ser coerente. Não apenas com a ordem jurídica que diz aplicar, no que coerência teria larga zona de interseção com integridade, mas consigo mesma. Nesse contexto, dizer-se coerente a jurisprudência não significa fazer alusão apenas a decisões que decidem questões semelhantes de forma semelhante. A coerência é importante, sobretudo, quando se trata de decisões que julgam questões diversas, mas cujos fundamentos, se forem levados a sério, influenciam uns nos outros, pois afinal são hauridos da mesma ordem jurídica. Alguns exemplos podem ilustrar o que se está a dizer.

4 Em matéria tributária, os Tribunais brasileiros têm promovido segurança e certeza?

No enfrentamento de questões tributárias, os Tribunais Brasileiros eventualmente preservam a segurança e a certeza em sua jurisprudência, que procuram manter estável, íntegra e coerente. Os exemplos adiante indicados, em sua maioria de manifestações de incoerência, não pretendem sugerir que os Tribunais sempre assim se comportem. Na verdade, de uma imensa gama de decisões coerentes, se pinçar algumas que não o são, para ilustrar o dano que causam, e a necessidade de serem evitadas.

4.1 Coerência no trato do lançamento por homologação

Primeiro, colha-se exemplo de situação em que se guardou coerência, a fim de que se perceba o bônus, ou o proveito, que daí decorre, notadamente para a certeza e para a segurança. Ele pode ser encontrado no tratamento dado ao lançamento por homologação, que, como se sabe, caracteriza-se como aquele no qual toda a atividade de apuração é feita pelo sujeito passivo, que inclusive – e essa é seu traço essencial – paga a quantia por si apurada antes de qualquer exame por parte da autoridade administrativa. Cabe a esta, apenas, examinar a apuração feita,

homologando-a e reconhecendo a suficiência do pagamento com base nela feito (CTN, art. 150)[6].

Em um primeiro momento, contribuintes questionam a validade do agir da Fazenda Pública, que considerava "já lançadas" as quantias eventualmente declaradas e não pagas. E mais: não dava aos sujeitos passivos oportunidade de defesa na via administrativa, por entender que não teriam o que dizer, ou opor, a uma declaração feita por eles próprios.

Estudiosos da matéria se posicionaram firmemente contra esse tratamento dado pelo Fisco às situações de débitos declarados e não pagos[7]. O Superior Tribunal de Justiça, porém, considerou válida a conduta da Fazenda Pública, consignando que

> nos tributos lançados por homologação, verificada a existência de saldo devedor nas contas apresentadas pelo contribuinte, o órgão arrecadador poderá promover sua cobrança independentemente da instauração de processo administrativo e de notificação do contribuinte.[8]

De maneira coerente com essa premissa, mas no enfrentamento de questão jurídica diversa, relacionada ao direito do contribuinte a certidões negativas, a Corte considerou que, se o tributo foi declarado e não pago, e daí já pode haver sua cobrança, com inscrição em dívida ativa, não há que se falar em obtenção de certidões de regularidade fiscal. Já existe, em outros termos, débito em aberto, a impor o fornecimento de certidão positiva[9]. Igual coerência se assistiu quando, tendo declarado e não pago um tributo, sujeito a lançamento por homologação, o contribuinte pretendia realizar uma denúncia espontânea. A Corte entendeu que isso não seria possível,

---

6 MACHADO, Hugo de Brito. Impossibilidade de Tributo sem Lançamento. **Revista Dialética de Direito Tributário**. v. 90, p. 56-61, 2003. Nas palavras de Misabel Abreu Machado Derzi, "o Código Tributário Nacional, partindo do pressuposto correto de que o lançamento é ato privativo da Administração pública (art. 142), não adotou a expressão comumente utilizada pela legislação e doutrina de outros países (*autoaccertamento* para os italianos ou *autoliquidación* para os espanhóis) - autolançamento - para designar a espécie de lançamento prevista no art. 150. Somente é lançamento, no sentido técnico-jurídico, o ato jurídico emanado da Administração. Particular não pratica ato administrativo, não lança tributo, por isso mesmo, inteiramente cabível a terminologia legal: lançamento por homologação." DERZI, Misabel Abreu Machado. Comentários ao art. 150 do CTN. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Comentários ao Código Tributário Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 401.

7 XAVIER, Alberto. **Do Lançamento – Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário**, 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 413.

8 Ac. un. da 2ª Turma do STJ – rel. Min. Castro Meira – AGA 512823/MG – *DJ* de 15/12/2003, p. 266.

9 A falta de recolhimento, no devido prazo, do valor correspondente ao crédito tributário assim regularmente constituído acarreta, entre outras consequências, as de (a) autorizar a sua inscrição em dívida ativa, (b) fixar o termo a quo do prazo de prescrição para a sua cobrança, (c) inibir a expedição de certidão negativa do débito e (d) afastar a possibilidade de denúncia espontânea. [...] (REsp 825.135/PR, *DJ* de 25/05/2006, p. 197).

pois, se já há crédito tributário constituído e exigível, não se pode mais cogitar de aplicação do art. 138 do CTN, pois nem procedimento de fiscalização, tampouco auto de infração, serão mais necessários. Editou-se, nesse sentido, a Súmula n.º 360/STJ, segundo a qual "o benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo."

O desafio surgiu, porém, quando tais premissas, se continuassem sendo aplicadas de forma coerente, conduziram a decisão desfavorável à Fazenda Pública. A ideia de que *pau que bate em Chico, bate em Francisco,* não é muito respeitada em matéria tributária. Mas, neste caso, foi: apreciando situação na qual o tributo havia sido declarado, não pago, e transcorridos mais de cinco anos sem que tivesse havido execução fiscal, o Superior Tribunal de Justiça considerou consumada a prescrição, nos termos do art. 174 do Código Tributário Nacional. Afinal, se o Fisco já poderia executar, não sendo obrigado a conferir oportunidade de defesa ao sujeito passivo, já estaria em curso, por igual, o lapso prescricional[10].

Tais decisões, vistas assim em conjunto, revelam não apenas coerência umas com as outras, em suas premissas e fundamentos. Elas se mostram, por igual, íntegras, fieis à ideia de lançamento por homologação que lhes subjaz. E mais: conferem certeza e segurança, pois solidifica o critério usado pela Corte, incrementando a confiança de que, submetidos casos análogos ao Tribunal, este será o tratamento que receberão.

Se a coerência, quando mantida, revela esses efeitos positivos, quando se examinam situações de aberta incoerência se percebe o quanto elas contribuem para minar a legitimidade mesma dos julgados, e, com ela, a previsibilidade relativamente ao comportamento dos Tribunais, com reflexos na segurança e na certeza que deveriam presidir o comportamento das Cortes.

10 PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. 1. Nos casos em que o contribuinte declara o débito do ICMS por meio da Guia de Informação e Apuração (GIA), considera-se constituído definitivamente o crédito tributário a partir da apresentação dessa declaração perante o Fisco. A partir de então, inicia-se a contagem do prazo de cinco anos para a propositura da execução fiscal. 2. Recurso especial desprovido. STJ, 1.ª T, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, REsp 437.363/SP, *DJ* de 19.04.2004, p. 154.

4.2 Qual a natureza de PIS e COFINS importação?

Episódio de forte incoerência, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, foi tratamento que nela se deu ao PIS e à COFINS, quando incidentes nas importações.

Tão logo criadas essas contribuições, sujeitos passivos que realizavam importações de países signatários do Mercosul questionaram sua cobrança. Invocavam, para tanto, a isenção decorrente do aludido tratado, que, nos art. 2.º e 3.º do anexo ao Decreto 550/92 (Tratado de Assunção - Mercosul), assevera:

> Artigo 2. - Os países signatários acordam eliminar, o mais tardar em 31 de dezembro de 1994, os gravames e demais restrições aplicadas ao seu comércio recíproco.
>
> No que se refere às Listas de Exceções apresentadas pela República do Paraguai e pela República Oriental do Uruguai, o prazo para sua eliminação se estenderá até 31 de dezembro de 1995, nos termos no Artigo 8 do presente Acordo.
>
> Artigo 3. - Para os efeitos do disposto no Artigo anterior, se entenderá:
>
> a) por "gravames", os direitos aduaneiros e quaisquer outras medidas de efeito equivalente, sejam de caráter fiscal, monetário, cambial ou de qualquer natureza, que incidam sobre o comércio exterior. Não estão compreendidas no mencionado conceito taxas e medidas análogas quando respondam ao custo aproximado dos serviços prestados, e
>
> b) por "restrições", qualquer medida de caráter administrativo, financeiro, cambial ou de qualquer natureza, mediante a qual um país signatário impeça ou dificulte, por decisão unilateral, o comércio recíproco. Não estão compreendidas no mencionado conceito as medidas adotadas em virtude das situações previstas no Artigo 50 do Tratado de Montevidéu 1980.

O Superior Tribunal de Justiça, porém, considerou que, apesar do nome, PIS e COFINS importação seriam tributo interno, de igual natureza ao PIS e à COFINS cobrados de contribuintes estabelecidos no Brasil. Até para garantir a igualdade de tratamento entre nacionais e não nacionais (oriundos de países signatários), seria imperioso cobrar o PIS e a COFINS incidentes na importação, também quando se tratasse de operação oriunda de país signatário. A Corte consignou que "é válida a cobrança da Cofins e da contribuição ao PIS sobre o desembaraço de mercadoria importada de país integrante do Mercosul, quando não estiver o produto nacional também desonerado dessas contribuições." (REsp nº 1.002.069/CE)

Algum tempo depois, porém, diante de situação na qual o produto brasileiro passou a ser beneficiado com uma desoneração tributária, os contribuintes importadores deste mesmo produto, oriundo de país signatário do Mercosul, questionaram a cobrança das contribuições, invocando o princípio do "tratamento equivalente" entre produtos nacionais e produtos similares importados de países signatários, e a própria decisão anterior do STJ, firmada no REsp nº 1.002.069/CE. Dessa vez, porém, a Corte entendeu que o "tratamento equivalente" não seria aplicável, pois este seria aplicável apenas a tributos internos, e PIS e COFINS incidentes na importação, como o nome diz, seriam tributos de natureza aduaneira. Sim, desta vez se disse que têm natureza aduaneira, e não mais de tributo interno![11]

Quando provocada, em sede de embargos de divergência, para sanar a evidentíssima incoerência[12], a Corte entendeu que as questões seriam diferentes, e que o primeiro caso, apontado como paradigma, seria "antigo", o que a levou a rejeitar os embargos de divergência e sequer apreciar a incoerência[13].

Veja-se que a incoerência, além de transmitir a impressão de que os fundamentos são apenas pretextos, evidencia a falta mesmo de consistência do julgado, que parece divorciado da ordem jurídica que diz estar a aplicar. E isso traz, de forma inegável, insegurança, e incerteza: se não é a ordem jurídica que está sendo aplicada pela Corte, como saber como serão tratados e deslindados casos futuros?

4.3 ICMS é "pago de verdade" por quem mesmo?

Outros exemplos de incoerência poderiam ser aqui indicados, os quais ilustraram as consequentes perdas geradas na segurança e na certeza que se esperam ver geradas – e não corroídas – pela jurisprudência[14].

---

11 "O PIS-Importação e a Cofins-Importação são tributos distintos do PIS e da Cofins denominados convencionais, pois, enquanto estes têm por fato gerador o faturamento, aqueles são originados de substrato inteiramente diverso, isto é, a importação de bens ou o 'pagamento, crédito, a entrega, o emprego ou a remessa de valores a residentes ou domiciliados no exterior como contraprestação por serviço prestado' (art. 3º, I e II, da Lei 10.865/2004)" (REsp nº 1.437.172/RS)

12 E mesmo a inconsistência no fundamento, pois se fossem aduaneiros PIS e COFINS não poderiam ser cobrados em nenhuma importação oriunda de país signatário do Mercosul, e não só na de produtos cujo similar nacional é isento.

13 STJ, 1.ª S, AgInt nos EDv nos Embargos de Divergência em REsp 1.828.976/CE.

14 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com todo o respeito, é rica em outras manifestações assim, de incoerência com a ordem jurídica, animada, talvez, por uma coerência

Mas talvez se possa usar um que substitui com folga os demais, pela sua contundência. Trata-se da tributação indireta, e de seus reflexos no reconhecimento de direitos ao sujeito passivo da relação correspondente, em especial no que tange ao ICMS.

Apreciando questões relativas a pedidos de restituição de pagamentos indevidos, a jurisprudência construiu o entendimento, há muitas décadas, de que o tributo seria "na verdade" pago pelo consumidor final, no que tange a tributos indiretos como o ICMS. Por isso, em se tratando de ação de repetição do indébito manejada pelo sujeito passivo legalmente indicado como tal, dito "contribuinte de direito", não se lhe reconhece legitimidade ativa *ad causam.* Era o que constava das Súmulas 71[15] e 546[16] do STF, e restou cristalizado no art. 166 do CTN.

Sem entrar aqui no mérito dessa orientação, ela não parece ser seguida quando o pedido de restituição é feito pelo consumidor final, dito "contribuinte de fato", ao qual por igual não se reconhece esse direito[17]. – salvo no caso de consumidor de energia elétrica[18] – por conta de uma suposta ausência de relação com o Fisco. Nesse momento, quem paga o tributo "na verdade" é o contribuinte de direito.

A incoerência segue, quando se trata do efeito da inadimplência. Se o contribuinte "de direito" recebe o pagamento do preço, pago pelo consumidor de suas mercadorias, e não recolhe o ICMS incidente sobre a operação, diz-se que há crime, e que o contribuinte "de direito" estaria "se apropriando" do ICMS já pago pelo consumidor final, que lhe caberia apenas repassar aos cofres estaduais (RHC 163.334)[19]. Mas, se o contribuinte de direito não recebe pelas mercadorias ou pelos serviços que

com os interesses da Fazenda. É o caso de quando considera que o depósito judicial ora pertence ao contribuinte, ora não pertence, no primeiro caso para obrigá-lo a considerar em seus resultados para fins de imposto de renda (REsp 769.483/RJ, Rel. Min. Humberto Martins), e, no segundo caso, para negar a ele o direito ao levantamento de saldos decorrentes da aplicação de reduções de juros inerentes a parcelamentos especiais (REsp 1.231.972/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).

15 "Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto."

16 "Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte 'de jure' não recuperou do contribuinte 'de facto' o 'quantum' respectivo."

17 STJ, 2.ª T, REsp 1147362/MT, *DJe* de 19/08/2010.

18 STJ, 1.ª S, REsp 1.278.668/RS e REsp 1.299.303/SC.

19 E isso para não referir a contradição – esta interna ao acórdão – em afirmar que a inadimplência do ICMS é crime porque implica apropriação do ICMS que "na verdade" foi pago pelo consumidor final, e que tem como dano o desequilíbrio na concorrência, pois o inadimplente, sem o custo do imposto, vende mais barato que seus concorrentes. Ora, se ele vende mais barato e prejudica a concorrência, ele não repassou o imposto cuja "apropriação" seria crime! Essa contradição, evidente, consta da própria ementa do RHC 163334 / SC, cujos itens 1 e 4 se contradizem.

fornece, diante de inadimplência do consumidor final, que nada lhe paga, entende a Corte que o ICMS segue devido mesmo assim, pois quem paga o tributo, "na verdade", é o contribuinte de direito (RE 1.003.758 – Tema 705 de Repercussão Geral). A inadimplência do consumidor final, que "não teria qualquer relação com o fisco", seria risco inerente à atividade, que não poderia ser invocado para eximir o contribuinte do pagamento de um débito que – nesse momento – é considerado seu.

A incoerência ressalta claramente, e, assim como no caso da natureza do PIS e da COFINS importação, faz lembrar do experimento de Uhlmann, e do que ele é capaz de revelar.

Eric Uhlmann e Geoffrey Cohen realizaram experimento destinado a testar a influência de preconceitos implícitos (*implicit bias*), na tomada de decisões pretensamente racionais. Pediram a um grupo de alunos auxílio na tarefa de escolher quem deveria ser o próximo chefe de polícia da cidade[20]. Os alunos não sabiam, claro, que eram eles próprios as cobaias do experimento, e que a tarefa era fictícia, pois não seria escolhido chefe de polícia algum. Os autores do experimento pediram aos participantes para selecionarem o futuro chefe de polícia a partir de dois currículos que lhes foram apresentados. No primeiro deles, o candidato possuía larga experiência acadêmica, em estudos ligados à segurança pública, mas pouca prática nas ruas. E era um homem. O outro candidato, no segundo currículo, possuía larga experiência nas ruas, mas nenhuma formação acadêmica. E era uma mulher. Os participantes escolheram o primeiro candidato, e indicaram, como razão de decidir, a importância, para o cargo de chefia, da formação e da experiência acadêmica.

Repetido o experimento com um segundo grupo de alunos, procedeu-se a uma inversão nos currículos. O primeiro candidato, com larga experiência acadêmica, e sem quase atuação nas ruas, passou a ser a mulher. E o segundo, com experiência nas ruas, e sem formação acadêmica, o homem. Os participantes, contudo, escolheram desta vez o segundo candidato, explicando, como razão de decidir, que para ser chefe é preciso saber, principalmente, como é a realidade nas ruas, sendo secundária a formação acadêmica.

Tantas vezes o experimento se repetiu, com grupos diferentes de pessoas, o resultado se manteve, a revelar que a incoerência nos fundamentos (ora a experiência nas ruas é decisiva, ora não é), em verdade, esconde uma

20 UHLMANN, Eric Luis; COHEN, Geoffrey L. Constructed Criteria Redefining Merit to Justify Discrimination. **Psychological Science**. v.16, n. 6, 2005, p. 474-480. Disponível em https://ed.stanford.edu/sites/default/files/uhlmann_et_2005.pdf, acesso em 31.5.2019.

coerência com algo mais profundo: o preconceito implícito de que o chefe tem que ser homem.

O mesmo parece ocorrer, nas questões ligadas ao PIS e à COFINS importação, e aos mais variados desdobramentos da tributação indireta. A revelar que a incoerência mina, embora com ela não se confunda, a própria integridade da jurisprudência. E, com elas, prejudica-se por igual a certeza e a segurança que a jurisprudência deve inspirar.

5 Considerações finais

No Brasil, a jurisprudência tributária é construída de modo a garantir, em certas circunstâncias, a segurança e a certeza que sustentam os jurisdicionados. No entanto, existem ocasiões em que esses valores são negligenciados, muitas vezes devido ao descumprimento das diretrizes estabelecidas no artigo 926 do Código de Processo Civil (CPC). Este artigo sublinha que estabilidade, coerência e integridade são essenciais para a manutenção da certeza jurídica. Apesar disso, verifica-se que as Cortes Superiores, especialmente em questões tributárias, frequentemente falham em manter uma abordagem estável, íntegra e coerente. Um compromisso mais firme com a observância de seus próprios julgamentos e fundamentos é crucial para assegurar o respeito dos jurisdicionados que estão sujeitos a essas decisões.

Referências

DERZI, Misabel Abreu Machado. Mutações Jurisprudenciais, em face da proteção da confiança e do interesse público no planejamento da receita e da despesa do Estado.. In: Roberto Ferraz. (Org.). **Princípios e Limites da Tributação**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, v. II, p. 729-748

GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 517-541.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. Impossibilidade de Tributo sem Lançamento. **Revista Dialética de Direito Tributário**, v. 90, p. 56-61, 2003.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Controle de constitucionalidade das leis municipais**. São Paulo: Atlas, 2003.

UHLMANN, Eric Luis; COHEN, Geoffrey L. Constructed Criteria Redefining Merit to Justify Discrimination. **Psychological Science**, v. 16, n. 6, 2005, p. 474-480. Disponível em https://ed.stanford.edu/sites/default/files/uhlmann_et_2005.pdf. Acesso em: 31.5.2019.

XAVIER, Alberto. **Do Lançamento:** teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Capítulo 13

O Supremo Tribunal Federal, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade[1]

Ingo Wolfgang Sarlet[2]
Gabrielle Bezerra Sales Sarlet[3]

1 Introdução

A relação entre a Constituição Federal de 1988 (doravante CF), a ordem jurídica interna (nacional), e os direitos humanos afirmados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil assumem cada vez maior relevância, resultando gradualmente na incorporação daquilo que se costuma designar de um controle de convencionalidade dos atos normativos internos, ou seja, de um controle da compatibilidade entre a legislação nacional e os parâmetros postos pelos tratados internacionais.

Como a experiência brasileira e a evolução já desde antes da promulgação da CF o demonstram, nunca houve – salvo algumas exceções, em geral no campo do direito internacional - maior receptividade por parte da comunidade jurídica em relação ao tema, seja do ponto de vista do seu tratamento dogmático, mas especialmente na prática jurídico-judiciária.

---

1 O presente texto não é propriamente inédito, porquanto se trata de atualização e ampliação de versão anterior, já publicada pelos autores em outro veículo.

2 Advogado e parecerista. Doutorado e Pós-Doutorado em Direito (Universidade de Munique e Instituto Max-Planck de Direito Social e Política Social). Professor Titular da Escola de Direito da PUCRS, onde também é Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. Desembargador aposentado do TJRS.

3 Advogada e consultora jurídica. Doutora em Direito pela Universidade de Augsburg - Alemanha. Mestre e graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Hamburgo-Alemanha. Pós-doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS Ex-bolsista do Instituto Max-Planck de direito estrangeiro e internacional, Hamburg-Alemanha. Professora adjunta do curso de graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialização em Neurociências e comportamento na PUC-RS. E-mail: gabriellebezerrasales@gmail.com. Currículo: http://lattes.cnpq.br/9638814642817946.

Com o advento da CF era de se esperar uma guinada nessa seara, visto que, de modo pioneiro no direito brasileiro, o constituinte, afinado com os desenvolvimentos mais recentes, fez constar do texto constitucional, tanto o princípio de prevalência dos direitos humanos no plano das relações internacionais (artigo 4º, II) quanto fez constar, no § 2° do artigo 5°, que os direitos expressamente positivados no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios da CF, mas abarcam igualmente os direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil for parte. Com isso, a abertura material do catálogo constitucional de direitos, antes (ao menos textualmente) restrita a direitos decorrentes dos princípios e do regime constitucional, foi ampliada para integrar, no assim chamado bloco de constitucionalidade, os direitos consagrados na esfera do direito internacional dos direitos humanos.

Não foi, contudo, o que se passou, ao menos não durante a maior parte das duas primeiras décadas de vigência da CF. Se, por um lado, no campo da literatura jurídica começou a haver maior receptividade, crescendo rapidamente o número de autores que passaram a se ocupar do tema e a defender uma força jurídica reforçada, na condição de direitos materialmente fundamentais e com hierarquia constitucional, dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e incorporados à ordem jurídica doméstica, o mesmo não se verificou na esfera jurisprudencial. Com efeito, apesar da acolhida de tal entendimento em decisões isoladas de juízes e tribunais, inclusive do STJ, em geral versando sobre a, na época, tão polêmica prisão do depositário infiel, o STF, instado a se pronunciar novamente sobre o tema, optou por manter o seu posicionamento anterior a 1988, no sentido da paridade entre tratados internacionais (inclusive em matéria de direitos humanos) e a legislação ordinária.

É possível afirmar, contudo, que uma nova fase do debate, acadêmico e jurisprudencial, iniciou com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004 (doravante denominada EC 45). A EC 45, após longa e tormentosa tramitação no Congresso Nacional, veiculou a assim chamada Reforma do Poder Judiciário, implicando a inserção de várias disposições diretamente relativas aos direitos humanos e fundamentais na CF, como foi o caso, apenas para citar o dispositivo mais próximo da temática aqui versada, da inclusão do § 3º do artigo 5º, versando sobre a forma de incorporação, ao direito interno, dos tratados internacionais de direitos humanos.

O dispositivo inserido por meio da EC 45 (§ 3º do art. 5º da CF), estabelecendo que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais", veio para complementar o já referido § 2º do mesmo artigo, gerando, mesmo já durante a tramitação da PEC, uma série de perplexidades, ligadas tanto a questões de natureza formal (procedimental) quanto de cunho material, designadamente sobre a força jurídica dos tratados de direitos humanos na esfera doméstica.

A essa altura, uma vez incorporado e vigente o § 3º do artigo 5º da CF, também o STF teve a ocasião de retomar o tema, revisando a posição anterior e assegurando a prevalência dos tratados de direitos humanos em relação pelo menos ao direito infraconstitucional interno, além de revisar a sua posição sobre a legitimidade do instituto da prisão civil do depositário infiel, tudo a ser examinado com mais vagar na sequência.

Mediante tais alterações, no plano do direito constitucional positivo e na esfera jurisprudencial, não restaram, todavia, resolvidos todos os problemas teóricos e práticos. Além de uma série de aspectos de natureza procedimental, ligados, e.g., à obrigatoriedade da adoção, pelo Congresso Nacional, do rito estabelecido no § 3º do artigo 5 º ou mesmo da possibilidade de denúncia dos tratados aprovados mediante tal procedimento, ganhou terreno, a partir do caso da prisão civil do depositário infiel e da declaração, pelo STF, de sua incompatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos, a discussão em torno do assim chamado controle de convencionalidade, objeto precisamente deste manuscrito.

O terreno segue fértil no que diz com as diversas questões que envolvem essa - no Brasil - ainda relativamente recente modalidade de controle jurisdicional dos atos normativos e mesmo atos do poder público em geral. No próprio STF, especialmente quando se examinam as decisões posteriores ao seu *leading c*ase na matéria, ainda se verificam, vez por outra, algumas incongruências e movimentos em parte díspares, ainda que do ponto de vista quantitativo e qualitativo, os avanços tenham sido significativos e dignos de encômios, o que ainda será objeto de desenvolvimento.

Assim, dada a amplitude do problema central e dos seus aspectos correlatos e considerando o papel central e diretivo do STF também nessa matéria, objetiva-se, uma vez revisitado o tema da força normativa

dos tratados de direitos humanos na ordem jurídico-constitucional brasileira (2), apresentar algumas questões centrais ligadas ao controle de convencionalidade em si (3), para, na sequência, inventariar e analisar algumas das principais decisões da nossa Suprema Corte em que os tratados de direitos humanos de algum modo tiveram peso na respectiva fundamentação (4), culminando com uma síntese conclusiva (5).

Antes de avançar, contudo, imperativo sublinhar que o presente texto destina-se a integrar obra coletiva que rende justa e merecida homenagem ao ilustre Desembargador FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA, em virtude de sua destacada trajetória como jurista, professor universitário, advogado, autor de importantes trabalhos jurídicos e literários, magistrado (hoje Decano do Tribunal de Justiça do Ceará), ademais dos diversos cargos de alta relevância que exerceu no Poder Judiciário e no Poder Executivo do Estado do Ceará e das inúmeras comissões/colegiados que integrou e segue integrando e das igualmente numerosas comendas, medalhas, homenagens e prêmios que merecidamente recebeu. Para os autores, é uma honra e um privilégio participar desta homenagem.

2 Os Tratados de Direitos Humanos na Ordem Jurídica brasileira

A EC 45, que cuidou da reforma do Poder Judiciário, acrescentou – como já frisado – um § 3° ao art. 5° da CF. Tal preceito acabou por inserir no texto constitucional uma norma (no caso, uma regra do tipo procedimental) dispondo sobre a forma de incorporação ao direito interno dos tratados em matéria de direitos humanos, que, interpretada em sintonia com o art. 5°, § 2°, pode ser compreendida como assegurando – *em princípio e em sendo adotado tal procedimento* – a condição de direitos formalmente e materialmente fundamentais aos direitos consagrados no plano das convenções internacionais.

Mas, a despeito da aparente clareza e singeleza da regra, as coisas não foram assim tão simples e a controvérsia doutrinária e jurisprudencial seguiu acirrada. Um primeiro problema diz respeito aos tratados aprovados antes da promulgação da EC 45, incorporados mediante Decreto Legislativo aprovado por maioria simples em sessão unicameral pelo Congresso Nacional.

Nesse sentido, a tese de que por força da EC 45 todos os tratados em matéria de direitos humanos já incorporados ao sistema jurídico brasileiro

possam ser considerados como equivalentes às emendas constitucionais, sempre foi altamente questionável, pois não há como aplicar, neste caso, o argumento da recepção quando se trata de procedimentos legislativos distintos, ainda que haja compatibilidade material, como se fosse possível equiparar Decreto Legislativo aprovado pela maioria simples à emenda constitucional que exige uma maioria reforçada de três quintos dos votos, sem considerar os demais limites formais das emendas à CF (Piovesan, 2005, p. 72).

A própria comparação com a fungibilidade possível entre lei ordinária e lei complementar não se revela apropriada, considerando a incompatibilidade total de rito (e natureza) dos decretos legislativos e das emendas constitucionais, isso sem falar na hierarquia constitucional das emendas, parâmetro de controle de constitucionalidade também das leis complementares. Emendas à Constituição cumprem função notadamente distinta da legislação o que deveria bastar para demonstrar a inviabilidade da tese da recepção, ainda que material. (Piovesan, 2005, p. 72).

Em caráter alternativo – mas substancialmente diverso da tese da recepção – há como sustentar que os tratados internacionais (que já são materialmente constitucionais e, portanto, conforme ainda será objeto de maior desenvolvimento, *já possuem hierarquia constitucional* por força do próprio art. 5º, § 2º, da CF!) também poderão ser formalmente constitucionais – ainda que não inseridos no corpo permanente do texto constitucional - caso forem aprovados, a qualquer momento, pelo procedimento reforçado instituído pelo art. 5º, § 3º (Mazzuoli 2005, p. 321), linha argumentativa que nos parece mais sólida.

Assim, como desde há muito afirma Flávia Piovesan (2005), no caso dos tratados incorporados pelo rito mais rigoroso previsto no artigo 5º, § 3º, da CF, se estaria apenas a reforçar – no plano formal – a sua hierarquia constitucional material desde logo assegurada por força do art. 5º, § 2º, da CF, que – segundo a autora e, de resto, a doutrina dominante – a todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Já no que diz respeito à posição do STF matéria, este, como já anunciado na parte introdutória do texto, acabou por revisar seu entendimento durante muito tempo – mesmo após a promulgação da CF - favorável (embora não à unanimidade) à paridade entre os tratados internacionais (sejam eles, ou não, de direitos humanos) e as leis ordinárias. Essa mudança de orientação, como era, aliás, de se esperar, ocorreu relativamente pouco tempo depois da incorporação no texto constitucional

do citado § 3º ao art. 5º da CF. Isso se deu por ocasião do julgamento, em 22.11.2006, do RE 466.343-1/SP, Rel. Ministro Cezar Peluso, quando, a partir do alentado e sofisticado voto-vogal do Ministro Gilmar Mendes, a despeito do rechaço da tese da hierarquia constitucional (na condição de direito materialmente constitucional) dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, foi recuperada a posição anteriormente defendida, de modo isolado, pelo Ministro Sepúlveda Pertence, favorável à hierarquia supralegal de tais instrumentos internacionais. Com isso, de acordo com o que se depreende, em muito apertada síntese, do paradigmático voto do Ministro Gilmar Mendes, estar-se-ia assegurando a supremacia da CF, mas ao mesmo tempo assegurando uma posição de vantagem hierárquica substancial a todos os tratados de direitos humanos, já que prevalentes em relação à toda a normativa infraconstitucional doméstica, à exceção dos tratados aprovados pelo procedimento previsto no § 3º do art. 5º da CF, os quais, em sendo rigorosamente atendido tal rito, possuem hierarquia que equivale a das emendas constitucionais.

Assim, independentemente da posição doutrinária dominante (e aqui compartilhada) em prol de uma hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos ratificados pelo Brasil, é possível afirmar, em virtude da referida mudança de entendimento protagonizada pelo STF e pelo poder de reforma constitucional, que tanto os tratados incorporados pelo rito previsto no § 3° do art. 5° da CF, quanto os demais tratados, aprovados até o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004 e pelo procedimento simplificado dos Decretos Legislativos e que possuem hierarquia supralegal, ensejam, por força de sua superior hierarquia em relação ao restante da normativa interna, a possibilidade (e mesmo o dever) de aferição da compatibilidade entre tais atos normativos e os tratados que lhes são superiores. Isso, como já referido, ficou evidenciado na decisão acima referida do STF sobre a proscrição – mediante um efeito "paralisante" – da eficácia de toda e qualquer hipótese legal prevendo a prisão civil do depositário infiel, seja ela criada antes da aprovação do tratado, seja ela introduzida posteriormente, a despeito da manutenção, no texto constitucional, da hipótese de tal modalidade de prisão civil.

O problema de tal entendimento, por ora consolidado, ainda que não de forma uníssona – visto que historicamente, desde a retomada da controvérsia sobre o tema no STF, sempre alguns Ministros se pronunciaram pela hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos -, é que mesmo que a hierarquia supralegal tenha representado um inquestionável avanço em relação ao entendimento antes prevalente, é o de que se segue

relegando os direitos humanos consagrados nos tratados internacionais a uma posição secundária em face dos direitos fundamentais da CF, visto que o STF, como bem apontado, acabou – em matéria de tratados de direitos humanos - criando uma espécie "duplicidade de regimes jurídicos" (Mazzuoli, 2012, p. 386).

Assim, se é acertada a posição bastante difundida de que talvez melhor tivesse sido que o reformador constitucional tivesse renunciado a inserir um § 3º no art. 5º ou que (o que evidentemente teria sido bem melhor) - em entendendo de modo diverso - tivesse se limitado a expressamente chancelar a incorporação automática (após prévia ratificação) e com hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos, com a ressalva de que no caso de eventual conflito com direitos previstos pelo Constituinte de 1988, sempre deveria prevalecer a disposição mais benéfica para o ser humano (proposta legislativa esta formulada, nestes termos ou em termos similares, por autores como Antônio Augusto Cançado Trindade, Valério Mazzuoli e Flávia Piovesan, entre outros ilustres e engajados defensores da hierarquia constitucional), e por mais que seja controverso, em cada caso, qual o direito de qual (ou quais) pessoa (s) a ser assegurado, também é correto que se vislumbra no dispositivo ora analisado um potencial positivo, no sentido de viabilizar alguns avanços concretos em relação à práxis ora vigente entre nós.

Assim, à vista do exposto, há que distinguir entre a posição dominante na doutrina, crítica ao STF, advogando que os tratados de direitos humanos têm valor equivalente ao da CF e com ela formam um bloco de constitucionalidade, e a posição adotada pela nossa Corte Suprema. Em suma, a prevalecer a atual orientação, para o STF são três as possibilidades em termos de força jurídica dos tratados na ordem doméstica: a) hierarquia equivalente à emenda constitucional, no caso dos tratados de direitos humanos incorporados mediante observância do rito estabelecido pelo § 3º do artigo 5º da CF; b) hierarquia supralegal, aplicável aos tratados de direitos humanos ratificados pelo sistema convencional, por meio de Decreto Legislativo aprovado com maioria simples, anteriores a EC 45; c) hierarquia de lei ordinária, que segue sendo a posição adotada em relação aos demais tratados, que não integram o sistema internacional de reconhecimento e proteção dos direitos humanos.

3 O controle de convencionalidade no Brasil

Independentemente da posição adotada em prol de uma hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos ratificados pelo Brasil, é possível afirmar que tanto os tratados incorporados pelo rito previsto no § 3° do art. 5° da CF, quanto os demais tratados, aprovados até o advento da EC 45/2004 e pelo procedimento simplificado dos Decretos Legislativos e que possuem hierarquia supralegal, ensejam, por força de sua superior hierarquia em relação ao restante da normativa interna, a possibilidade (e mesmo o dever) de aferição da compatibilidade entre tais atos normativos e os tratados que lhes são superiores. Isso, como já referido, ficou evidenciado na decisão do STF sobre a proscrição – mediante um efeito "paralisante" – da eficácia de toda e qualquer hipótese legal prevendo a prisão civil do depositário infiel, seja ela criada antes da aprovação do tratado, seja ela introduzida posteriormente, a despeito da manutenção, no texto constitucional, da hipótese de tal modalidade de prisão civil[4].

Assim, sem que se vá aqui adentrar o tema específico da prisão civil e do acerto da decisão do STF no concernente ao tema, o que importa nesta quadra é a constatação de que se cuidou da primeira vez – ao que se sabe - em que a mais alta Corte brasileira efetuou, pelo menos depois de promulgada a atual CF, o que passou, também no Brasil, a ser chamado de um controle de convencionalidade.

A terminologia adotada, por sua vez, busca evidenciar a distinção entre o controle de constitucionalidade, pois independentemente de sua hierarquia constitucional, trata-se de afirmar que os tratados (aqui referidos pelo termo convenções) operam como parâmetro para o controle de outros atos normativos que lhes são hierarquicamente inferiores.

A partir do exposto, já é possível avançar com o tema e esboçar algumas considerações preliminares, todas, contudo, sujeitas ao crivo do contraditório e aguardando a evolução da prática política e jurisdicional brasileira, ademais do desenvolvimento e do refinamento do debate na doutrina. Assim, importa sublinhar, não se faz referência à experiência de outros países na matéria e nem ao que se processa na esfera da jurisdição supranacional (salvo, quando for o caso, no que toca a decisões que envolvem ações ou omissões do poder público do Brasil) para o que, desde

4 Cf. especialmente o voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343, Rel. Ministro Cezar Peluso, publicado no DJ em 05.06.2009.

logo, remete-se à literatura especializada. (Mazzuoli; Marinoni, 2013); (Midón, 2016).

Importa sublinhar, no entanto, que o controle de convencionalidade se mostra operante em dois grandes planos: a) um controle externo, que diz respeito ao controle levado a efeito por tribunais ou mesmo outras instâncias de caráter supranacional, aqui com destaque para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como b) um controle interno, realizado por órgãos nacionais, o qual agora e na perspectiva das decisões do STF será analisado.

Uma primeira indagação – por si só não imune a dissídio - diz respeito a quais os tratados internacionais que podem servir de parâmetro para um controle de convencionalidade no plano interno, pois resulta óbvio que para os defensores da paridade entre tratados e CF, todos os tratados integram com a mesma dignidade jurídica o bloco de constitucionalidade, de modo a serem simultaneamente parâmetros do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade. Mas, muito embora também seja esta – e de há muito – a posição perfilhada, toma-se como ponto de partida a orientação atual do STF, que, de resto, como guardião da CF, detém a última palavra igualmente nessa seara.

Ainda assim, seria possível advogar um tratamento diferenciado, a depender da natureza do tratado de direitos humanos ou mesmo em virtude de seu modo de incorporação, o que, aliás, corresponde ao entendimento atual do STF. Todavia, a distinção entre tratados ratificados antes da promulgação da EC 45 e aprovados por maioria simples e os tratados incorporados mediante o rito previsto no artigo 5º, § 3º, CF, embora implique um tratamento em parte diferenciado, não obsta a que todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sejam, por força de sua hierarquia superior à normativa infraconstitucional doméstica, parâmetro para o controle de convencionalidade.

Tal controle, assim como ocorre no caso do controle de constitucionalidade, se dá – de acordo com a orientação do STF – especialmente em virtude da hierarquia normativa superior assegurada aos tratados de direitos humanos, quando, de acordo com o modelo propagado pelos defensores de um constitucionalismo de múltiplos níveis, inexiste hierarquia entre a ordem interna e a internacional, mas sim a necessidade de uma harmonização que não pressupõe a supremacia de uma em relação a outra.

Cabe anotar, que mesmo que a hierarquia dos tratados segue sendo equivalente a da lei ordinária (como durante muito tempo entendeu o STF), ainda assim seria necessário uma espécie controle de convencionalidade, pelo menos para resolver conflitos entre tratados e legislação. Da mesma forma não parece correto, s.m.j., distinguir, para efeitos do controle de convencionalidade, apenas uma parte dos tratados de direitos humanos, buscando definir convenções (ainda mais para o efeito ora discutido) como sendo uma espécie do gênero tratados, de tal sorte que as convenções deveriam ser então incorporadas pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF, ao passo que os demais tratados de direitos humanos poderiam ser aprovados por maioria simples.

O que de fato passa a ser relevante é que a diferença entre tratados com *status* equivalente aos de uma emenda constitucional e os demais tratados, dotados de hierarquia supralegal, nos termos da orientação imprimida pelo STF, reside no fato de que os primeiros passam a integrar o bloco de constitucionalidade, operando como parâmetro tanto de um controle de constitucionalidade como de um controle de convencionalidade.

A dificuldade maior, nesses casos (por ora, os da Convenção da ONU para os direitos das pessoas com deficiência, seu protocolo adicional, o assim chamado Tratado de Marraqueche e a Convenção Americana sobre todas as formas de discriminação), será a de verificar, dadas as circunstâncias, a existência de eventual conflito entre o tratado aprovado e as cláusulas pétreas da constituição na sua versão originária, situação na qual, a prevalecer a posição do STF no sentido de que o embate entre tratado e constituição se resolve, em princípio, em favor da segunda, poderá resultar na declaração de inconstitucionalidade do tratado internacional (em verdade, do texto aprovado pelo Congresso Nacional).

Tal hipótese, todavia, ainda não foi objeto de apreciação pelo STF e, de resto, caso venha a ocorrer o será em caráter isolado, especialmente pelo fato de que a CF é pródiga em direitos fundamentais e consagrou - expressa e/ou implicitamente - praticamente todos os direitos consagrados nos principais documentos internacionais, mas igualmente pelo fato de que se haverá de recorrer à técnica da interpretação conforme à constituição, que, s.m.j., limitará ainda mais tal possibilidade, ainda que esta não possa ser afastada de plano.

Além disso, ainda no tocante aos tratados aprovados pelo rito qualificado do § 3º do artigo 5º da CF, o diferencial reside no fato de que, por integrarem o bloco de constitucionalidade, operam como parâmetro

do controle de constitucionalidade em sede concentrada e difusa, desafiando todas as ações constitucionais e recursos que garante o acesso ao STF que, em última Instância, decide sobre a compatibilidade do direito infraconstitucional interno e mesmo dos tratados (tenham eles hierarquia supralegal ou apenas legal) com a CF.

Quanto aos tratados que, de acordo com o STF (ressalvando-se a posição divergente da doutrina dominante), possuem hierarquia supralegal, podem ser vislumbradas já algumas alternativas no que diz com o controle da compatibilidade entre atos do poder público (em especial atos normativos) internos e os tratados de direitos humanos que lhes são superiores, no mesmo passo em que os tratados podem ser submetidos a um controle de constitucionalidade: a) incompatibilidade entre a normativa interna (infraconstitucional) e o tratado aprovado pelo Congresso Nacional, mas simultaneamente compatibilidade com a CF; b) incompatibilidade entre as normas internas e os tratados, mas também inconformidade com a CF; c) compatibilidade com o tratado mas desconformidade com a CF;

O quadro sumariamente apresentado, desde logo revela que a duplicidade de regime criada pelo STF para os tratados de direitos humanos, mas especialmente pelo fato de o STF afirmar a sua competência para realizar o controle (difuso e concentrado) de constitucionalidade do tratado, torna a questão ainda mais complexa, além de colocar o controle de convencionalidade, ao menos em princípio, em uma condição subalterna ao próprio controle de constitucionalidade.

Ocorre que isso não deveria servir de escusa para que os Juízes e Tribunais ordinários renunciem ao controle de convencionalidade, vez que a hierarquia supralegal já se revela suficiente, como se viu na ocasião do julgamento do caso da prisão civil do depositário infiel, para superar toda e qualquer lei ou ato normativo interno naquilo que contraria o tratado internacional de direitos humanos. Cuida-se, outrossim, de autêntico poder-dever cometido ao Poder Judiciário, seja no âmbito de um controle difuso, seja pela via de um controle abstrato e concentrado, tal como propõem Valério Mazzuoli (2012, p. 394 e ss.) e Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 1187 e ss.), aspecto que aqui não se tem a intenção de desenvolver.

Que o controle de convencionalidade não é, por outro lado, um controle exclusivamente jurisdicional igualmente há de ser sublinhado e talvez possa merecer alguma atenção adicional como hipótese plausível. O Poder Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei, assim

como deveria sempre atentar para a compatibilidade da legislação com a CF, também deveria assumir como parâmetro os tratados internacionais, o que, de resto, não se aplica apenas aos tratados de direitos humanos, mas deveria ser levado mais a sério nesses casos.

Não se pode olvidar, nessa quadra, que legislação interna incompatível com algum tratado ratificado pelo Brasil e que esteja em vigor na esfera supranacional configura violação do tratado, cabendo ao Poder Legislativo operar de modo preventivo também nessa seara. Da mesma forma, o Chefe do Executivo deveria vetar lei aprovada pelo Legislativo quando detectar violação de tratado internacional, ainda que não se cuida aqui de um veto justificado pela eventual inconstitucionalidade da lei, a não ser no caso de tratado aprovado pelo rito do artigo 5º, º 3º, da CF, em que, pelo menos assim se sugere, o tratado – mesmo de acordo com o entendimento do STF – integra, ao menos em regra, o bloco de constitucionalidade brasileiro. De fato, cuida-se de tópico a merecer um maior desenvolvimento pela doutrina especializada.

Outro tópico de relevo e que aqui se refere em caráter ilustrativo, diz com os efeitos do controle de convencionalidade (e da respectiva e eventual declaração de anticonvencionalidade) sobre a normativa legal e infralegal interna. Nesse contexto, o STF já se pronunciou pelo reconhecimento do que designou (especialmente por ocasião do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, já referido) de um efeito paralisante, que impede edição de legislação superveniente em sentido contrário e afasta a aplicação de lei anterior incompatível com o tratado.

Se, a exemplo do que se verifica no controle de constitucionalidade, se poderá declarar a nulidade da lei com base em tratado internacional (hipótese mais plausível em se tratando de tratado com *status* equivalente a emenda constitucional), portanto, se é o caso de afetação da esfera da validade ou apenas da eficácia dos atos normativos aferidos com base nos tratados internacionais, constitui igualmente tópico a ser explorado pela literatura e submetido ao crivo da prática decisória dos Tribunais. Por ora, contudo, à míngua de mais exemplos disponíveis na jurisprudência do STF - ressalvada a decisão sobre a prisão civil do depositário infiel – é de se apostar que a doutrina, atenta ao problema, possa construir alternativas adequadas.

No caso de Mazzuoli, se verifica a necessidade de realizar um controle dúplice da compatibilidade vertical material das normas de direito interno, no sentido de que em se tratando de norma interna posterior à

ratificação do tratado, a declaração de sua contrariedade ao tratado, seja no âmbito do controle difuso, seja no controle concentrado, implica em perda de sua validade, por vício material, assim como da consequente perda de sua eficácia.

Todavia, se o tratado de direitos humanos for ratificado pelo Brasil após a norma de direito interno entrar em vigor, a declaração de inconvencionalidade dessa ocasionará sua revogação imediata. O autor faz, ainda, uma distinção entre a perda da validade e a vigência da norma de direito interno, destacando que há situações em que essa norma é compatível formal e materialmente com a Constituição (primeira via de compatibilidade vertical) e, por isso, vigente, porém incompatível com o tratado de direitos humanos, o que a torna inválida mediante a realização da dupla via de compatibilidade vertical material, bem como resulta, segundo sua visão, numa espécie mais completa de controle de validade das normas jurídicas (Mazzuoli, 2016, p. 160 e ss).

Marinoni, por sua vez, a despeito de destacar, conforme linha dominante no Supremo Tribunal Federal, a supralegalidade dos tratados de direitos humanos que não foram aprovados nos moldes do §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, acompanha o entendimento de Mazuolli sobre os efeitos de invalidação da decisão que declara a inconvencionalidade das normas de direito interno conflitantes com essa espécie de tratado internacional (Marinoni, 2015, p. 1334 - 1335).

Já para Ramos, o "verdadeiro" (aspas nossas) controle de convencionalidade se verifica apenas no âmbito internacional (ou seja, na esfera do assim chamado controle externo), cuja interpretação deve ser seguida pelos órgãos nacionais mediante um "diálogo das Cortes". Mas, quanto aos efeitos da decisão que reconhece a violação do tratado internacional de direitos humanos, Ramos reconhece o efeito de invalidação da decisão em sede de controle de convencionalidade nacional, destacando, todavia, que – segundo o STF - os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito previsto no art. 5º, §3º da CF/88 passam a integrar o bloco de constitucionalidade restrito. Além disso, o autor destaca que o caráter supralegal dos demais tratados de direitos humanos recepcionados pelo Brasil sem observância do citado rito torna inaplicável a legislação infraconstitucional conflitante (Ramos, 2014, p. 386 – 403).

Assim, é possível – ressalvada é claro a posição no sentido de afirmar a existência de um controle externo e interno de convencionalidade e, logo, a crítica ao modelo dúplice adotado pelo STF – sustentar, acompanhando

no substancial os autores citados, que eventual incompatibilidade entre a normativa interna, no todo ou em parte, implica a declaração de sua invalidade e a consequente inaplicabilidade.

Todavia, diverge-se em parte pelo fato de não haver uma simetria cogente entre a prática ainda dominante no STF no que diz com o controle de constitucionalidade abstrato de normas anteriores à promulgação da CF, situação na qual o entendimento dominante é no sentido de que o efeito não é a invalidação, mas sim, a revogação da normativa anterior. Esse entendimento, contudo, não se aplica no caso da ADPF e não é cogente na esfera do controle difuso, além de ser em si mesmo criticável e não corresponder à solução adotada em muitos países. Portanto, o efeito de invalidação, assim como suas respectivas consequências, opera tanto no caso de normas anteriores à ratificação dos tratados quanto no caso de normas posteriores.

Além disso, igualmente no controle interno de convencionalidade, há de se observar a necessária autocontenção (*self restraint*) por parte dos órgãos judiciários, ao menos para efeito de invalidar uma lei interna, lançando-se mão (aqui a exemplo do que se verifica no controle de constitucionalidade) do instituto de uma interpretação conforme ao direito internacional dos direitos humanos (Sagüés, 2011).[5]

Tendo em conta que em matéria de controle de convencionalidade tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira se encontram em uma fase que se pode designar de embrionária, resulta evidente que um balanço mais minucioso e seguro das principais questões materiais e processuais por ora se mostra bastante temerário. Por outro lado, ao longo dos últimos anos já podem ser identificados vários casos em que o Poder Judiciário brasileiro, aqui representado pelo STF, acabou – de algum modo - por fazer um controle de convencionalidade, ainda que se possa eventualmente criticar os fundamentos ou o resultado do julgamento.

5 O autor, compartilhando o entendimento no sentido da existência de um controle duplo (internacional e nacional), salienta, quanto ao efeito das decisões de controle de convencionalidade, a função de invalidação das normas de direito interno inconvencionais, assim como a exigência de uma interpretação e aplicação de tais normas em conformidade com os tratados de direitos humanos .

4 Apresentação e breve análise de alguns casos no âmbito do assim chamado controle (jurisdicional) interno de convencionalidade realizado pelo STF

No caso do controle interno, realizado pelos órgãos jurisdicionais brasileiros, muito embora existam decisões isoladas dos Tribunais Superiores invocando tratados de direitos humanos, o principal tema levado ao Poder Judiciário e que acabou resultando na alteração da jurisprudência dominante do STF (cuja prática decisória será aqui priorizada) nessa matéria, em especial no que diz com a hierarquia dos tratados no direito interno, foi, como já adiantado, o reconhecimento da ilegitimidade das hipóteses de prisão civil do depositário infiel, sejam elas criadas por lei para situações específicas, seja no caso de contratos típicos de depósito ou mesmo no caso de depositários judiciais.

O principal (e primeiro) caso, já referido quando da análise do problema da hierarquia dos tratados, foi o Recurso Extraordinário 466.343-1, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, por ocasião do qual, a despeito de ter sido (no voto condutor da posição vencedora proferido pelo Ministro Gilmar Mendes) reconhecido que os casos de prisão do depositário infiel previstos na legislação sobre a alienação fiduciária em garantia (e congêneres) já seriam inconstitucionais por violação do princípio da proporcionalidade, foi afirmada a hierarquia supralegal de todos os tratados de direitos humanos ratificados até a promulgação da EC 45/2004, que inseriu o já citado § 3º no artigo 5º da CF, vencida uma minoria de três ministros que sustentaram a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e a CF. Consequentemente, foi decidido que os tratados teriam efeito paralisante, não apenas implicando a não aplicação de toda e qualquer hipótese legal anterior, mas também bloqueando a criação de novas hipóteses de prisão do depositário infiel. Além disso, em julgamentos posteriores, o STF acabou por afastar inclusive a possibilidade de se determinar a prisão do depositário judicial infiel, o que resultou na edição da Súmula Vinculante nº 25.

Todavia, por mais que em geral se possa aplaudir tal decisão (e decisões), em especial pelo inegável mérito de terem protagonizado uma valorização substancialmente maior dos tratados de direitos humanos no direito interno brasileiro (o que já foi comentado), a edição de súmula vinculante proscrevendo por completo toda e qualquer possibilidade de criação legislativa de hipótese de prisão civil de depositário infiel não deixa de merecer algum crivo de caráter mais crítico.

Em primeiro lugar, considerando que a possibilidade de prisão de depositário infiel está prevista no próprio texto constitucional (artigo 5º, inciso LXVII, da CF) e tendo sido afastada a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e a CF, a proibição sumulada de criação de qualquer hipótese de prisão equivale, ao fim e ao cabo (e sendo afastada qualquer possibilidade de ponderação com outros direitos e bens constitucionalmente protegidos) a uma mutação constitucional que conflita diretamente o texto da CF, o que se revela especialmente problemático pelo fato de o STF ter afirmado que a CF prevalece sobre os tratados, que tiveram reconhecida a hierarquia supralegal.

Se o STF tivesse reconhecido a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e a CF seria possível, ao menos em princípio, admitir uma regra (constitucional, por força dos tratados que integram o bloco de constitucionalidade) que afastasse a prisão civil nessas hipóteses ou pelo menos por força do princípio da aplicação da solução mais protetiva da pessoa humana. Assim, o que se percebe é uma potencial incongruência entre a tese da força supralegal dos tratados de direitos humanos e a circunstância de que, de fato, o STF acabou por afirmar, no caso da prisão civil, a prevalência dos tratados sobre a própria CF, impedindo por completo o legislador estabelecer aquilo que o texto constitucional expressamente autoriza.

Independentemente de outras críticas que poderiam ser formuladas e que inclusive encontram ressonância em parte da doutrina, como é o caso de ter o STF desconsiderado a existência de um conflito entre direitos fundamentais, que, no âmbito de uma ponderação, poderia justificar, em caráter excepcional, ao menos a prisão do depositário judicial, especialmente em se tratando de crédito de natureza existencial, o fato é que sequer existe um conflito direto entre a CF e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que vedam a prisão por dívida, salvo alimentos, mas não fazem referência expressa a toda e qualquer hipótese de prisão civil, visto que esta é gênero do qual a prisão por dívida e a prisão do depositário infiel, especialmente do judicial, são espécies.

Oportuno lembrar que a despeito de eventuais pontos controvertidos, o caso da prisão civil, como já sinalado, apresenta o inegável mérito de reverter, ainda que já transcorridos dezoito anos da promulgação da CF, a vetusta jurisprudência que estabelecia uma relação de paridade entre tratados de direitos humanos e a legislação ordinária interna.

Um segundo caso relevante, que gerou significativa crítica por parte dos profissionais do jornalismo que sustentava a necessidade de diploma superior específico habilitando para o exercício da profissão, o STF, em julgamento por maioria de votos realizado em 17/06/2009, nos termos do voto do Relator Min. Gilmar Mendes, julgou procedente o Recurso Extraordinário nº 511961, no sentido de que a norma contida no art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/1969, que determina a obrigatoriedade de apresentação de diploma de curso superior registrado no Ministério da Educação para o exercício da profissão de jornalista, não foi recepcionada pela CF, ademais de violar o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, por representar uma limitação desarrazoada ao direito de liberdade de expressão, e, de modo consequente, por afetar o incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, referenciando inclusive precedentes da Comissão de Direitos Humanos e da Corte Interamericana nesse sentido. Convém registrar que restou vencido o Ministro Marco Aurélio, que votou pela recepção da referida norma infraconstitucional pela CF, argumentando que se trata de requisito inerente à regulamentação profissional prevista constitucionalmente no âmbito da liberdade de profissão, ademais de resguardar-se a segurança jurídica e a qualificação profissional.

Outro caso digno de menção diz respeito ao julgamento da ADI 4424, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, ocorrido em 19/02/2012 e decidido por maioria nos termos do voto do Relator. Neste julgamento foram analisadas as arguições de inconstitucionalidades aduzidas em face de dispositivos da Lei nº 11.340/2006, em especial quanto ao fato de ter violado o princípio da isonomia, no sentido de assegurar um tratamento diferenciado no processo de crimes cometidos no âmbito da violência doméstica, consistente em definir a natureza da ação penal como pública incondicionada nos casos de crimes de lesão corporal praticados contra mulher nesse contexto, a partir da interpretação dos artigos 12, inciso I, e 16 do referido diploma legal.

O Relator ressaltou, de início, que a edição do referido ato legislativo adveio de uma condenação sofrida pelo Brasil e impostam pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (2001), de tal sorte que necessária a interpretação da Lei Federal tendo como diretriz as exigências da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Internacional de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Registre-se que restou vencido o Ministro Cezar Peluso que julgava procedente a ação para reconhecer que não cabe ao legislador interferir nesse tipo de decisão que

somente caberá à própria mulher o poder de decidir se almeja continuar com a ação penal, além de argumentar no sentido de que com isso se estaria a interferir em aspectos ligados à vida familiar.

Interessante mencionar que em matéria criminal, registram-se vários casos nos quais o STF acabou, de algum modo, lançando mão do parâmetro dos tratados de direitos humanos para balizar as suas decisões. Em 01.09.2010, por maioria, nos termos do voto do Relator, Ministro Ayres Britto, o Pleno do STF decidiu por conceder parcialmente a ordem no âmbito do Habeas Corpus nº 97256, impetrado pela Defensoria Pública da União em face de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, para afastar a vedação contida no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 quanto à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos nos delitos de tráfico de entorpecentes.

Na fundamentação, o Relator utilizou como parâmetro a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, que permite a incidência de substituição da pena privativa de liberdade nesses casos, bem como ressaltou que esse tratado internacional foi incorporado pelo Brasil mediante Decreto nº 154 de 26/07/1991, o que resultou, portanto, no reconhecimento da sua prevalência (dada a sua hierarquia supralegal) em face da Lei federal nº 11.343/2006, a Lei que tipifica e regulamenta o processo que envolve o tráfico e o porte para consumo de drogas no Brasil.

Deve-se sublinhar que houve divergência, inaugurada pelo Ministro Joaquim Barbosa**,** que denegou a ordem por entender necessário tratamento equânime entre todos os crimes hediondos e os que lhes são equiparados conforme norma constitucional o que representaria forma de respeitar a garantia de individualização da pena, sendo acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia.

A Ministra Ellen Gracie, por sua vez, denegou a ordem com base na reserva absoluta de lei formal para tratar da matéria penal e entendeu que a vedação de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deveria ser aplicada a crimes de tráfico de drogas cometidos após a Lei nº 11.343/2006, ao passo que o Ministro Marco Aurélio denegava a ordem por entender ser razoável a referida vedação enquanto opção política do Legislador, a exemplo de outras vedações previstas em leis especiais, bem como tendo em conta a repercussão social da prática criminosa relativa ao tráfico de drogas.[6]

---

6 No mesmo sentido do HC nº 97256, ver no STF: HC 125188, Relator: Min. Marco Aurélio,

Ainda na seara criminal, o STF, em 22/11/2011, na Ação de Extradição nº 1223, relatada pelo Ministro Celso de Mello, por unanimidade de votos da sua 2ª Turma, negou pedido de extradição fundado em tratado de extradição entre Brasil e Equador, ao reconhecer a garantia fundamental da "*double jeopardy*" (vedação ao *bis in idem*), prevista no art. 14 n. 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, por força de sua hierarquia supralegal, como obstáculo insuperável à instauração de persecução penal no Brasil contra brasileiro naturalizado, que tenha cometido delito comum antes da sua naturalização, exceto tráfico de entorpecentes, e que já tenha sido condenado ou absolvido, com trânsito em julgado, pelo mesmo fato no estrangeiro.

Tema polêmico e a respeito do qual se estabeleceu intensa controvérsia doutrinária, mas também jurisprudencial, diz com o reconhecimento, ou não, de um direito-garantia do duplo grau de jurisdição no direito interno brasileiro, especialmente em face da inexistência de previsão constitucional expressa a respeito.

Note-se que em geral o STF vinha rechaçando o reconhecimento de um direito ao duplo grau de jurisdição, ou então entendendo que o mesmo não assume a condição de direito absoluto, podendo ser objeto de restrição em virtude da necessidade de compatibilizar sua incidência com as peculiaridades do direito interno. Assim, e.g., no Agravo Regimental em AI nº 601832, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa e julgado em 17/03/2009, foi afirmado, à unanimidade, o entendimento de que não configura violação ao princípio da igualdade o fato de alguns réus terem acesso ao duplo grau de jurisdição e outros não o terem por questão de prerrogativa de foro em tribunal superior, isso pelo fato de que a garantia do duplo grau de jurisdição necessita se adequar em relação às demais normas constitucionais, não possuindo natureza absoluta.

Entretanto, retomando o tópico e a despeito de uma série de decisões anteriores em sentido distinto, o STF, em 12/09/2013, por maioria de votos e em sede de questões de ordem analisadas em julgamento de embargos infringentes interpostos no âmbito da Ação Penal nº 470[7] (mais conhecido como o julgamento do "Mensalão"), entendeu que a

Primeira Turma, julgado em 04/10/2016; HC 123329, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 16/02/2016 e RHC 119832, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 22/04/2014.

7 Particularmente na análise do vigésimo quinto e vigésimo sexto recurso de embargos infringentes, cujo teor pode ser conferido, em caráter sumário, no Informativo de Jurisprudência do STF nº 719 e 720.

garantia fundamental prevista no art. 8º da Declaração Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) se aplica a processos que se iniciam originariamente nos tribunais superiores e que o reexame da matéria poderá ser feito pelo próprio tribunal a partir do manejo do referido recurso previsto no Regimento próprio do tribunal.

Mediante tal decisão, o STF modificou seu entendimento anterior em relação ao acesso ao duplo grau de jurisdição em sede de ação penal originária na Corte Suprema, pois ao analisar alguns pedidos de desmembramento da ação como forma de não violar o duplo grau de jurisdição para aqueles réus que não tinham prerrogativa de foro e que estavam sendo processados devido à regra da conexão e continência, o Tribunal entendeu por aplicar sua Súmula nº 704, ainda que o duplo grau de jurisdição restasse relativizado para os referidos réus[8].

Porém, ao reconhecer a possibilidade de interposição de embargos infringentes nas ações penais originárias, desde que os requisitos recursais fossem preenchidos quanto à existência de decisões não unânimes, o Ministro Celso de Mello, proferiu o voto de desempate e admitiu a possibilidade de utilização, no caso, dos embargos infringentes. Ele destacou, também, que a regra consubstanciada no art. 333, I, do Regimento Interno do STF buscaria permitir a concretização, no âmbito daquele Tribunal, no contexto das causas penais originárias, do postulado do duplo reexame, que visa a amparar direito consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que realizaria, embora insuficientemente, a cláusula da proteção judicial efetiva.

---

8 Sobre essa questão, prevaleceu o voto do Min. Joaquim Barbosa, relator, que destacou o Enunciado 704 da Súmula do STF ("Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados"), a demonstrar que o debate, pelo prisma constitucional, já teria sido realizado. O Min. Luiz Fux observou que o exame de ações conexas teria por escopo a aplicação de duas cláusulas constitucionais: devido processo legal e duração razoável do processo. Considerou não haver, nas causas de competência originária da Corte, duplo grau obrigatório de jurisdição, bem como ressaltou a possibilidade de o eventual julgamento isolado de alguns dos réus, em contexto de interdependência fática, levar à prolação de decisões inconciliáveis. Afirmou que, da ponderação entre as regras do Pacto de São José da Costa Rica e da Constituição, prevaleceriam estas, porquanto emanadas do Poder Constituinte. O revisor, Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, aduziu não ser possível admitir-se que a interpretação de normas infraconstitucionais, notadamente, daquelas que integrassem o CPP — instrumento cuja finalidade última seria proteger o *jus libertatis* do acusado diante do jus puniendi estatal — derrogasse a competência constitucional estrita fixada pela Constituição aos diversos órgãos judicantes. Ademais, essa exegese malferiria o princípio do duplo grau de jurisdição, previsto no Pacto de São José da Costa Rica. (Informativo de Jurisprudência nº 673 do Supremo Tribunal Federal).

A propósito, a decisão majoritária partiu de divergência aberta pelo Min. Roberto Barroso, que foi seguido pelos Ministros Teori Zavaski, Dias Toffoli, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Assim, a despeito de a fundamentação dos Ministros não ser convergente (em parte) quanto aos argumentos invocados, acabou sendo reconhecida a primazia do duplo grau de jurisdição, seja por força de sua previsão constitucional implícita, seja em virtude (de acordo com manifestação de alguns Ministros) de sua previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos. Ao final do julgamento, restaram vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Presidente e relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que não admitiam os embargos infringentes por entenderem que esse recurso estaria revogado pela Lei 8.038/1990.[9]

Outra matéria recorrentemente contemplada em julgamentos do STF diz respeito ao direito-garantia da razoável duração do processo e a configuração do excesso de prazo em ação criminal e as respectivas sanções. Tal garantia, incorporada ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/2004, encontra também expressa previsão nos artigos 7.5 e 7.6 do Pacto de São José da Costa Rica, que reconhecem a garantia da razoável duração do processo na forma de um direito subjetivo a um julgamento sem dilações indevidas.

Em julgamento datado de 13.11.2014, Segunda Turma, proferido à unanimidade, o STF, no Habeas Corpus nº 111173, Relator Ministro Celso de Mello, procedeu a controle de convencionalidade de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), invocando precisamente as disposições referidas da Convenção Americana de Direitos Humanos, reconhecendo a configuração de constrangimento ilegal da liberdade de locomoção em virtude do excesso de prazo, afirmando que o julgamento deve ocorrer em tempo adequado. Na conclusão do citado julgado, o Tribunal determinou, ainda, prazo de duas Sessões para que o Superior Tribunal de Justiça (autoridade coatora) finalizasse o julgamento do Habeas

9 A Corte manteve o referido entendimento em relação ao voto majoritário proferido pelo Min. Barroso no julgamento dos Agravos Regimentais que, posteriormente, buscavam o conhecimento de embargos infringentes de corréus sem que os requisitos previstos no art. 333, inciso I, do Regimento Interno da Corte estivessem supridos. Nesse sentido, a título de exemplo, ver o julgado mais recente no âmbito da citada ação penal: AP 470 EI-décimos quintos-AgR, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2014. Todavia, em outros julgados posteriores de ações originárias, a Corte seguiu o entendimento de que a prerrogativa de foro prevista na Constituição Federal não viola a garantia do duplo grau de jurisdição, constituindo, pois, forma de sua relativização, nesse sentido ver: AP 560, Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015 e Inq 3412 ED, Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2014.

Corpus nº 203917, cuja alegação de excesso de prazo teria ocasionado a impetração do Habeas Corpus ora noticiado perante o STF.

Julgado importante – novamente em matéria criminal – diz respeito a assim chamada audiência de custódia (em verdade uma audiência de apresentação), procedimento criado inicialmente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, mediante o Provimento 03/2015, como forma de dar cumprimento ao disposto no Pacto de São José da Costa Rica (artigo 7º, item 05), naquilo em que determina que toda pessoa detida ou retida deverá ser apresentada sem demora a um juiz.

Nesse caso, o STF, em 20/08/2015, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, conheceu em parte do pedido na ADI nº 5240, julgando tal ação improcedente. Ao proceder ao exame de constitucionalidade o STF também analisou a convencionalidade do referido ato normativo em face da Convenção Americana de Direitos do Homem, entendendo que seu já referido artigo 7º, item 5, oferta o fundamento necessário para validar o citado ato normativo, ademais de entender não existir violação das normas constitucionais que envolvem a competência legislativa em matéria processual penal.

Importa registrar, contudo, o voto divergente do Ministro Marco Aurélio que acatava a preliminar de extinção da ação pela impossibilidade de o STF analisar ato secundário via controle concentrado de constitucionalidade, inclusive ressaltando que o ato impugnado não estaria inovando no sistema jurídico, tendo em vista a disposição do §1º do art. 306 do Código de Processo Penal, que já previa, ainda que não sob o mesmo rótulo, a audiência de custódia. No mérito, o Ministro Marco Aurélio julgou a ação procedente por entender que houve violação das normas sobre competência legislativa exclusiva da União.

O caso da assim chamada audiência de custódia, para além de ter sido objeto de decisão afirmativa do STF em sede de controle de constitucionalidade e de convencionalidade, ilustra a possibilidade (polêmica aos olhos dos que entendem que a medida careceria de regulamentação legal) deferida ao Poder Judiciário para, no âmbito de sua competência regimental e administrativa, dar execução a exigências estabelecidas em Convenções Internacionais, por conta da regra da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias civis e políticos, assim também afirmada pela CF em relação dos direitos fundamentais em geral (artigo 5º, § 1º), mormente que não se está, no caso, propriamente a "legislar" sobre processo e procedimento, mas sim, implementar, em termos logísticos e operacionais,

medida concreta que já decorre de obrigação legal interna, notadamente pelo fato de o Congresso Nacional ter aprovado sem reservas à Convenção Americana de Direitos Humanos no ponto em causa.

Matéria de elevado impacto, inclusive já submetida à Comissão de Direitos Humanos da OEA, diz respeito às precárias condições de cumprimento de penas privativas de liberdade ou prisões provisórias no âmbito do sistema carcerário brasileiro. Embora a existência de decisões de outras instâncias judiciárias dispondo sobre o tema, a matéria chegou ao STF para uma análise mais sistemática e substancial.

Com efeito, em 09/09/2015, por maioria de votos, sendo Relator o Ministro Marco Aurélio, foi julgada a ADPF nº 347, tendo sido reconhecido que a situação precária na qual se encontram os presos nos presídios brasileiros consiste em uma violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, resultado de inércia ou da incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura. O Tribunal reconheceu a existência de transgressões a exigirem a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades, e que se instalou um assim designado "estado de coisas inconstitucional", no mesmo sentido em que já havia julgado a Corte Constitucional Colombiana.

Nesse contexto, o STF passou a estabelecer algumas medidas para que a Administração Pública, mas também os demais órgãos do Poder Judiciário, assegurassem o respeito ao mínimo em dignidade humana, conforme compromisso firmado mediante a ratificação do Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU e da Convenção Americana de Direitos Humanos. Os Ministros frisaram que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, à higidez física e à integridade psíquica e que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas crueis e desumanas, dadas as condições em geral de cumprimento de tais penas.

Nesse contexto, diversos dispositivos (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º) da CF, além de normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos), bem como algumas normas infraconstitucionais como a Lei de Execução Penal e a Lei Complementar nº 79/1994, que criara o Funpen (Fundo Penitenciário), teriam sido transgredidas.

Em relação ao citado Fundo, os recursos estariam sendo contingenciados pela União, o que impediria a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuiria para o agravamento do quadro. Anotaram, ainda, que a reiterada violação dos direitos fundamentais dos presos repercute além das respectivas situações subjetivas, produzindo mais violência contra a própria sociedade. Além disso, a prova de ineficiência do sistema penitenciário brasileiro se verifica mediante as altas taxas de reincidência registradas. Por fim, quanto à sua possibilidade de interferência nesse âmbito, o Tribunal reconheceu que não poderia substituir o legislador e nem a Administração Pública em questão que abrangiam a edição de políticas públicas específicas.

Especialmente digna de nota é a circunstância de que nesse julgamento o STF deliberou pelo deferimento de medida liminar determinando um conjunto de providências a serem levadas a efeito pelos Juízes e Tribunais das instâncias ordinárias, de modo a combater tal estado de coisas. Dentre tais medidas, destacam-se a realização tempestiva de audiências de custódia, a consideração das condições do sistema carcerário por ocasião da aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, o abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção.

Particularmente inovadora (mas também objeto de polêmica) é a diretiva de que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Além disso, o Tribunal determinou que a União libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Nessa mesma toada, no que respeita o sistema carcerário, o STF, por unanimidade, em julgamento ocorrido em 13/08/2015, em sede de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 592581, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, deu provimento ao recurso e mencionou como parâmetro para fundamentar a possibilidade de controle judicial de políticas públicas nessa seara, normas da Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948 (art. 8º), do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU (art. 19), do Pacto de São José da Costa Rica (art. 5º) e

as Resoluções nº 663 e 2076 do Conselho Econômico e Social das nações Unidas.

Além disso, o Relator lembrou as condenações sofridas pelo Brasil por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em virtude de graves violações a direitos humanos no âmbito do sistema penitenciário brasileiro, como o Caso do Presídio de Urso Branco em Rondônia e do Complexo de Tatuapé-FEBEM-SP.

Ao final, o Tribunal assentou a tese de que "é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes". Tal decisão, aliás, alinha-se (agora em matéria de controle judicial na seara das condições do sistema prisional) com um conjunto de decisões anteriores no âmbito do controle de ações e omissões na base dos direitos fundamentais sociais, especialmente os direitos à saúde e à educação.

Dois casos julgados pelo STF tiveram como parâmetro a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, que, por ter sido aprovada pelo Congresso Nacional observando o rito do § 3° do artigo 5° da CF, possui hierarquia equivalente a uma emenda constitucional e integra, portanto, o bloco de constitucionalidade, fazendo convergir e dialogar, diretamente, o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade**.**

Em um primeiro momento, o STF, por meio do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32732, relatado pelo Ministro Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, ficou assentado, à unanimidade, que a Administração Pública brasileira tem legitimidade para ofertar tratamento diferenciado às pessoas portadoras de deficiência no acesso a cargos públicos, devendo seguir critérios objetivos para definir os cargos públicos que irão suprir essa cota específica, de modo que o Poder Público deverá implementar mecanismos compensatórios destinados a corrigir as profundas desvantagens sociais que afetam as pessoas vulneráveis, em ordem a propiciar-lhes um maior grau de inclusão e a viabilizar a sua efetiva participação, em condições equânimes e mais justas, na vida econômica, social e cultural do País.

Também o julgamento, em 09.06.2016, da ADI 5357, relatada pelo Ministro Edson Fachin, merece destaque, porquanto foram declaradas constitucionais as normas contidas no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), que estabelecem a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e providenciar nas medidas de adaptação necessárias sem que o ônus financeiro seja repassado mediante inserção nas taxas escolares (mensalidades, anuidades ou matrículas).

Salienta-se que a ação direta de inconstitucionalidade foi promovida pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, que sustentou que os dispositivos impugnados do Estatuto estariam a violar diversos preceitos constitucionais, em especial o artigo 208, III, CF, que prevê ser dever do Estado assegurar o atendimento educacional às pessoas com deficiência. O autor da ADI propugnou que as medidas impostas aos estabelecimentos particulares implicariam em custos elevados e que se não puderem ser repassados aos usuários poderiam mesmo inviabilizar a manutenção das atividades do estabelecimento.

Dentre os argumentos deduzidos pelo Relator da ação, destaca-se que os estabelecimentos privados tiveram tempo suficiente (previsto na própria Lei) para promover as necessárias adaptações e que em causa não estão apenas aspectos econômicos, mas sim, especialmente uma questão de integração e de solidariedade, promovendo a inclusão, o respeito e a tolerância.

Dos votos dos demais Ministros, que no geral aderiram aos argumentos do Relator, cabe referir a manifestação do Ministro Gilmar Mendes, que, embora julgando também improcedente a ação, apontou a necessidade de se adotar regras de transição proporcionais, pois boa parte das exigências da nova legislação demandam um determinado tempo para sua execução, ademais de um adequado planejamento.

Registre-se, além disso, que apenas o Ministro Marco Aurélio aportou voto divergente, dando parcial provimento à ADI, no sentido de que seja considerada constitucional a interpretação dos artigos impugnados no que dispõe sobre a necessidade de planejamento por parte das entidades privadas, sendo, contudo, inconstitucional a interpretação de que as diversas exigências previstas nos artigos 28 e 30 do Estatuto sejam obrigatórias, isso pelo fato de que "o Estado não pode cumprimentar com chapéu alheio", não podendo impor à iniciativa privada o que ele

próprio não cumpre, especialmente no campo da Educação, no qual é o Estado o principal obrigado.

Finalmente, dentre tantos outros julgados do STF que aqui poderiam ser colacionados, calha referir o fato de que a Suprema Corte brasileira, em pelo menos dois importantes julgamentos, respectivamente, na ADI 4.066, relatoria da Ministra Rosa Weber, julgada em 24.08.2017, e na ADPF 708, relatoria do Ministro Roberto Barroso (caso Fundo Clima), julgada em 04.07.2022, entendeu que os tratados internacionais em matéria ambiental devessem ser equiparados aos tratados de direitos humanos, tendo, por via de consequência, hierarquia supralegal, com isso não somente ampliando o parâmetro do controle de convencionalidade, mas em especial reforçando a proteção jurídica do meio ambiente.

5 Síntese conclusiva

De todo o exposto, é possível extrair que no tocante ao valor atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos, o Brasil registrou importantes avanços – em termos quantitativos e qualitativos - sob a égide da CF. Isso se deve tanto ao reconhecimento expresso de que os tratados de direitos humanos integram o catálogo dos direitos e garantias fundamentais da CF (artigo 5º, § 2º), previsão inovadora na trajetória constitucional brasileira, quanto pela ratificação, na primeira metade da Década de 1990 (ainda que tardiamente), dos principais tratados internacionais de caráter geral, como é o caso dos dois Pactos Internacionais da ONU, ambos de 1966, bem como da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969.

Além disso, a afirmação da prevalência dos direitos humanos no âmbito dos princípios fundamentais que regem as relações internacionais do Brasil (artigo 4º), demonstra que o projeto constituinte foi no sentido de uma abertura ao sistema internacional (e regional) de proteção dos direitos humanos.

Por outro lado, do ponto de vista da efetiva consideração dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica interna, mesmo depois da promulgação da atual CF os avanços foram, durante muito tempo, relativamente tímidos, especialmente pelo fato de que, até meados dos anos 2000, não somente eram poucos os casos de invocação de tais tratados por Juízes e Tribunais, como também o STF lhes atribuía valor apenas de lei ordinária.

Ademais disso – e justamente em virtude disso – a noção de um controle de convencionalidade da normativa interna não só era praticamente desconhecida, como não tinha, em regra, relevância prática, excetuando-se decisões de Juízes e de Tribunais ordinários, que, mesmo na contramão do que então entendia o STF, afastavam a prisão civil do depositário infiel em casos de natureza contratual, valendo-se da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Do ponto de vista legislativo, um importante passo foi dado com a inserção, pela EC 45/2004, de um parágrafo terceiro no artigo 5º da CF, prevendo que os tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso por maioria de 3/5, nas duas Casas do Congresso e em dois turnos de votação serão considerados equivalentes às emendas constitucionais, o que veio a ser colocado em prática mediante a aprovação, nos anos subsequentes, da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, do seu Protocolo adicional, do Tratado de Marraquexe e da Convenção Interamericana contra todas as formas de discriminação. Além disso, o próprio STF revisou seu entendimento (2008), passando a atribuir hierarquia supralegal aos tratados de direitos humanos em geral, ressalvados os que forem aprovados pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF, que então terão hierarquia equivalente às emendas constitucionais.

De lá para cá, o STF (assim como outros Tribunais) passou, gradativamente, a recorrer cada vez mais aos tratados internacionais para motivar suas decisões em diversos casos relevantes, ainda que, em geral, como dão conta os exemplos já colacionados, não tenha deixado de aplicar o direito interno (como ocorreu no caso da prisão civil), utilizando os tratados como parâmetros interpretativos e de justificação, tudo no âmbito do que se tem designado de um controle de convencionalidade das leis.

Outrossim, não se desconhece aqui as condenações sofridas pelo Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nem se desconsidera que ainda falta muito para que a efetivação da teoria e da prática do controle de convencionalidade sejam bem assimiladas, resultando em uma atuação rotineira por parte dos atores da cena judiciária, mas na mesma medida, no âmbito das respectivas atribuições e, no plano de um controle de natureza política, por parte do legislador e do Poder Executivo.

Para além dos inegáveis e significativos avanços no que diz respeito à atuação do STF, aqui focada, podem ser registradas outras ações de inegável e mesmo, a médio e longo prazo, de maior efetividade, como é o caso da inclusão do estudo dos direitos humanos e do controle de

convencionalidade em grades curriculares de instituições de ensino superior (sem prejuízo de ações relativas aos níveis inferiores de ensino), de concursos públicos, de cursos de aperfeiçoamento ministrados aos integrantes de carreiras jurídicas, levando, ainda que gradualmente, à construção de uma cultura dos direitos humanos no Brasil.

Assim, ainda que muitas questões sigam desafiando uma adequada reflexão e solução, em especial aspectos de natureza processual, algumas das quais já noticiadas, o fato é que o balanço que se pode fazer nessa quadra, especialmente mediante uma comparação com o cenário verificado nos primeiros vinte anos de vigência da CF, é positivo, e tudo indica que nos próximos anos a tendência será de ainda maior desenvolvimento.

Aliás, somente assim se poderá alcançar uma necessária e urgente sintonia entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais e a projetada integração do Brasil na comunidade internacional e, em especial, regional, tal como foi previsto pelo Constituinte de 1988.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Extradição nº 1223.** Relatoria do Min. Celso de Mello, julgado em 22/11/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Inconstitucionalidade 4424.** Relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 19/02/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240.** Relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 20/08/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357.** Relatoria do Min. Edson Fachin, julgado em 09.06.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.066.** Relatoria da Min. Rosa Weber, julgado em 24.08.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470.** Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 560.** Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em AI nº 601832.** Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 17/03/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 708**, relatoria do Ministro Roberto Barroso (caso Fundo Clima), julgado em 04.07.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 123329**. Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 16/02/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 125188.** Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 04/10/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 111173.** Relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 13.11.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 203917**. Relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 01. 02. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 97256**. Relatoria do Min. Ayres Britto, julgado em 01.09.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 32732**. Relatoria do Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus 119832**. Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 22/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343**. Rel. Ministro Cezar Peluso, publicado no DJ em 05.06.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592581**. Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 13/08/2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade, in: SARLET, Ingo W., MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2012

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis.** 4. ed. São Paulo: RT, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord), **Controle de Convencionalidade. Um panorama latino-americano**. Brasil/ Argentina/ Chile/ México/ Peru/ Uruguai. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2013.

MIDÓN, Mario A.(Dir.) **Derechos Humanos y Control de Convencionalidade**. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (Orgs.). **Reforma do judiciário analisada e comentada.** São Paulo: Método, 2005

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El "control de convencionalidad" en el sistema interamericano, y sus antecipos en el ambito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Orgs). **Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales.** Universidad Nacional Autônoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 13. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2018.

Capítulo 14

A Arbitragem Tributária como Medida de Justiça

João Gabriel Laprovitera Rocha[1]

Breves palavras sobre o homenageado

De início, cumpre-me agradecer ao estimado professor e Desembargador Francisco Luciano Lima Rodrigues pela iniciativa de organizar essa valiosa obra e de me convidar para contribuir com esse singelo artigo.

Não seria possível iniciar o presente trabalho sem antes tecer algumas palavras sobre o homenageado, o também professor e Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha, que, para mim, autor deste artigo, antes de tantas qualificações e funções importantes, exerce a mais bela e exitosa de todas, a de pai.

Talvez seja dispensável realçar as conquistas por ele obtidas ao longo de sua vitoriosa carreira profissional. Porém, nunca é demais expressar o orgulho que sinto ao ver que alguém de origem humilde, "sem parentes importantes" (como diria o poeta), batalhador, estudioso, sonhador, tornou-se uma referência no meio jurídico.

Esse jovem, que cogitou ingressar no curso de Medicina – e que inclusive cultiva inúmeras e valorosas amizades nesse meio – formou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), em 1977, e logo ganhou destaque na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), travando lutas importantes pela redemocratização do país e em favor do movimento Pró-Constituinte, inclusive presidindo, em 1987, o Comitê da OAB-CE criado com tal propósito. Ademais, ocupou os cargos de Segundo-Secretário, Primeiro-Secretário e Vice-Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Secção Ceará (OAB-CE), no período de fevereiro de 1985 a janeiro de 1989.

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Professor do curso de Direito do Centro Universitário Farias Brito – FBUNI. Presidente da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE.

Ingressou na carreira de Procurador do Estado do Ceará, em 9 de outubro de 1984, ficando até 13 de outubro de 1994. Nesse intervalo, chefiou a Procuradoria Judicial do Estado (22 de maio de 1987 a 12 de maio de 1988), assumiu a Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza (1º de janeiro de 1989 a 11 de abril de 1990), em seguida a Procuradoria-Geral do Estado do Ceará (15 de março de 1991 a 8 de abril de 1994). Exerceu, ainda, os cargos de Secretário da Justiça (interino) do Estado do Ceará (11 de dezembro de 1991 a 24 de março de 1992) e Secretário do Governo do Estado do Ceará (8 de abril a 15 de agosto de 1994).

Com muito mérito tornou-se Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em outubro de 1994, ingressando pelo quinto constitucional na vaga reservada aos advogados. Na Magistratura, assumiu diversas funções relevantes. Foi Primeiro Vice-Presidente da Associação Cearense dos Magistrados (ACM), no biênio 1996/1997. Dirigiu a Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), no biênio 1997/1998. Foi Presidente da 1ª Câmara Criminal e das Câmaras Criminais Reunidas do TJCE, de agosto de 2003 a janeiro de 2005. Aliás, nesse ponto, vale um destaque.

A área de estudo que mais interessava ao homenageado sempre foi o Direito Público, notadamente o Direito Constitucional, basta ver as relevantes obras que publicou sobre o assunto, livros, artigos, ensaios. Contudo, ao ingressar no TJCE, passaria a atuar numa Câmara Criminal. Obviamente, como é de sua personalidade, não fugiu ao desafio e intensificou as leituras, estudos e pesquisas em Direito Penal e Direitos Humanos. Resultado: tornou-se membro do Conselho Consultivo do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH) e do Conselho Editorial da Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, desde 11 de agosto de 1997, e também membro do Conselho Superior do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e do corpo permanente de colaboradores da Revista Brasileira de Ciências Criminais, contribuindo imensamente com importantes teses, reflexões e discussões nessa seara.

Presidiu o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Ceará (TRE-CE), de janeiro de 2003 a janeiro de 2005, tendo sido Vice-Presidente e Corregedor daquela Corte Eleitoral no período de junho de 2002 a janeiro de 2003. Também presidiu o Colégio Nacional de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais. Assumiu a Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Ceará no biênio 2005/2007, exercendo também a função de diretor do Fórum Clóvis Beviláqua e, no biênio 2007/2009, chegou à

Presidência do Tribunal de Justiça do Ceará. Ainda exerceu interinamente o governo do Estado do Ceará, de 14 a 19 de janeiro de 2009.

Merece destaque igualmente sua brilhante trajetória acadêmica. Desde muito novo passou a ministrar aulas na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), aposentando-se como Professor Adjunto de Direito Constitucional. Foi Chefe do Departamento de Direito Privado da UFC e, em 2001, tornou-se Mestre em Direito pela referida Universidade. É membro do Conselho de Direção da Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, do Instituto do Ceará (Histórico, Geográfico e Antropológico) e da Academia de Ciências Sociais do Ceará.

Esse é só um resumo da extensa e profícua carreira profissional do homenageado. Bom mesmo é sentar com ele, ouvir e se deleitar com tantas saborosas histórias vividas em cada um desses momentos de sua trajetória. Melhor ainda é escutar de diversas pessoas que trabalharam ou conviveram com ele nesse ambiente jurídico depoimentos que ressaltam sua postura sempre correta, ética, pautada em valores inegociáveis, um julgador preocupado em proferir decisões que primam sempre pelo rigor técnico, sem olvidar da busca pelo que é justo. Em suma, ele sempre faz questão de lembrar a todos os magistrados que dentro de cada processo existe uma vida, um ser humano. Justiça não se faz só com números, metas, mas principalmente com sensibilidade, empatia.

Os incontáveis títulos, condecorações e medalhas que recebeu não deixam dúvidas de que o homenageado exerceu e ainda exerce com extrema maestria e esplendor as atribuições que sempre foram a ele confiadas. Disso tudo, entretanto, os que leem essa obra e este despretensioso artigo provavelmente já tinham conhecimento.

Cabe a mim, autor deste humilde trabalho, revelar um pouco das qualidades do homenageado fora do ambiente jurídico, acadêmico, profissional. Uma delas é ser um pai completo. Presente em todos os momentos, participativo, carinhoso, divertido, inspirador e preocupado com a formação dos filhos. Afinal, ele é exemplo vivo de que o estudo, o trabalho e o esforço levam o sujeito a vencer na vida. Muito do que sou hoje devo a ele, ao seu padrão.

O gosto pelas artes em geral é um traço de sua personalidade. Indivíduo de sensibilidade marcante, que não disfarça a emoção ao se deparar com uma obra tocante, seja oriunda da literatura, pintura, escultura, música, teatro, cinema, dentre tantos gêneros que aprecia. Certamente o interesse dos netos Artur e Benjamim por quadros e canções tem muito

da natural influência do avô. Não será surpresa se Maria Cláudia e Maria Helena trilharem o mesmo caminho.

Lembro-me de ter contato com diversos livros de aventura, romance, suspense, história, poesia e outros na biblioteca de casa, a qual ele sempre fez questão de cultivar e ampliar. Suas dicas de leitura são sempre infalíveis. Basta ventilar a área de interesse e ele já chega com uma sugestão certeira. Aliás, a literatura ocupa espaço significativo em seu cotidiano. Impossível encontra-lo sem, pelos menos, um livro de cabeceira. Ele sempre diz – com razão – que os livros ajudam a quebrar a dureza do dia a dia, estimulam os sonhos e nos transportam para lugares e histórias que alimentam nossa alma.

A música também esteve presente em nossas vidas. Tenho recordações agradáveis de, ainda criança, passarmos horas ouvindo os discos que ele adorava colecionar (de início os "bolachões"/vinis que tocavam na radiola/vitrola, e, em seguida, os CD's). Foram muitas idas às casas de discos, descobrindo novidades, conferindo sugestões, trocando ideias sobre artistas e gêneros musicais. Desde pequeno fui fisgado pelas canções de Noel Rosa, Caetano Veloso, Tom Jobim, João Gilberto, Rita Lee, Elis Regina, Luiz Gonzaga, Fagner, Belchior, Ednardo, Fausto Nilo, Nonato Luiz e tantos outros artistas da nossa música popular brasileira. Por ele também fui apresentado ao som dos Beatles, Frank Sinatra, B.B. King, Eric Clapton e tantos outros. Sem contar a música clássica, as sinfonias de Beethoven, Vivaldi, Bach.

Fomos a muitos shows, concertos, apresentações. Tive o privilégio de conhecer vários artistas e ouvi-los tocar na varanda de casa, nos famosos saraus que ele proporcionava em razão de muitos desses músicos desfrutarem de sua amizade. Se algo o deixa feliz é estar com a "turma da boemia", como ele diz. Nada melhor que um bom papo e uma boa música. E de preferência regado a um bom vinho, outra de suas grandes paixões.

De tanto ouvir os seus relatos entusiasmados sobre o "futebol arte" praticado nas décadas de 1960/1970, quando se podia ir a pé para o estádio Presidente Vargas (PV) sem se preocupar com a violência, passei a admirar esse esporte e, juntos, até hoje, compartilhamos o amor pelo Ceará Sporting Club, nosso glorioso alvinegro de Porangabussu. Não há um jogo em que ele não me ligue ou me mande uma mensagem comentando, seja para externar as frustrações com a fase ruim do time, seja para celebrar aquela vitória inesperada ou aquele título tão aguardado.

Incontáveis peças de teatro marcantes ele me propiciou assistir. Vi Paulo Autran, Marcos Caruso, Irene Ravache, Marieta Severo, Andréa Beltrão. Visitamos exposições e museus mundo afora. Ele não escondia sua emoção ao apreciar de perto obras clássicas, como Mona Lisa, as quais só via nos livros de história, imaginando como seriam pessoalmente.

Viajamos muito, sempre que possível. Disso ele nunca abriu mão e esse talvez seja um dos seus maiores legados. Conhecer países, pessoas, culturas diferentes. O mundo é muito maior que nossa aldeia. A riqueza não está em bens materiais, mas sim em buscar conhecimento, aprender com a história de outros povos e nações. Esse intercâmbio cultural, sem dúvidas, faz toda diferença na vida de qualquer um e na minha não foi diferente.

Esse é o lado que eu mais admiro no homenageado desta obra. Um homem simples, de muita fé, de pensamento positivo, dedicado à família, inconformado com as injustiças sociais, que não se furta a combater o bom combate, corajoso, de um coração generoso, de sensibilidade aguçada e que não desiste dos seus sonhos. A ele eu devo tudo e só tenho a agradecer por tanta dedicação, pelas renúncias que precisou fazer pela felicidade dos seus e por tudo que ensinou sem nem ter essa pretensão, apenas sendo quem é, genuíno, transparente, autêntico e colocando em prática o seu caráter, os seus valores e as suas convicções.

Por último, depois de tantas realizações e dessa longa caminhada, o homenageado certamente pode repetir orgulhoso os versos de Milton Nascimento: "já não sonho, hoje faço, com meu braço o meu viver".

1 Introdução ao artigo

Ao longo dos anos, a administração pública brasileira manteve com a sociedade civil uma árdua e dispendiosa relação de litigiosidade, com drásticas consequências para todas as partes envolvidas, na contramão do que pregam os altos princípios inseridos na Constituição Federal, notadamente o da eficiência.

Por diversos fatores, a mentalidade predominantemente adversarial permeou a relação publicista no Brasil, provocando a quebra de confiança legítima do cidadão no Estado-administração e a consequente multiplicação de processos que inundam e sobrecarregam o Poder Judiciário, já perto de um colapso e cada vez mais distante da consecução da almejada premissa da duração razoável do processo.

As antigas noções de legalidade estrita e supremacia do interesse público sobre o privado, postulados fundamentais da teoria norteadora do regime jurídico-administrativo, acabaram por privilegiar uma rigidez autoritária e um "engessamento" da máquina pública, gerando ineficiência, excesso de burocracia e, no contexto fiscal, baixa recuperação dos créditos tributários.

Entretanto, com o advento do Estado Social e Democrático de Direito, do reconhecimento dos direitos fundamentais e da promoção da cidadania inclusiva consagrada pela Lei Maior de 1988, a supremacia do interesse público sobre o privado passou por uma necessária revisão, a ensejar uma nova relação entre a administração pública e seus cidadãos.

Logo, toda discussão hodierna acerca da origem, do conceito e da finalidade do Estado e do direito converge para as relações entre a teoria dos direitos fundamentais e a teoria democrática, numa autêntica associação mútua que deu origem ao chamado Estado Democrático de Direito, "estruturado como o conjunto de instituições jurídico-políticas erigidas sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana".[2]

Daí porque tem florescido na doutrina a defesa de uma atividade administrativa pautada na consensualidade, substituindo a tradicional postura unilateral, belicosa, por outra cooperativa, negociada, de pacificação duradoura, em que todos saiam ganhando. Verifica-se que tal processo se fortaleceu por possuir um maior grau de eficiência e por assegurar celeridade, lhaneza, transparência e participação do cidadão na atividade administrativa, valores ínclitos da moderna acepção de Estado.

A propósito, vale destacar que o princípio da eficiência busca provocar para a administração pública um dever positivo de atuação otimizada, considerando-se os resultados da atividade exercida, bem como a adequação da relação entre os meios e os fins que se pretende alcançar. Tal premissa visa assegurar a gestão da máquina pública não somente preocupada com o garantismo jurídico, mas, sobretudo, atenta às necessidades sociais, sem desperdícios de tempo e de dinheiro público na execução dos serviços prestados.

Nesse cenário, faz mister destacar que nosso ordenamento jurídico tem consagrado o uso dos métodos extrajudiciais de solução de

2 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 50-51.

controvérsias, a começar do próprio preâmbulo da Constituição Federal de 1988, quando aduz que o Estado Democrático brasileiro é fundado na harmonia social e comprometido, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Assim, o presente artigo propõe-se a discutir as seguintes questões: a) a aplicação dos métodos alternativos de solução de conflitos nas relações tributárias, notadamente a arbitragem, como medida de justiça fiscal; b) o momento propício para a implementação de tais métodos no âmbito da Administração Pública; c) os principais entraves e desafios para a inserção da arbitragem tributária no Brasil, com destaque para: c.1) a análise do postulado da indisponibilidade do interesse público (e do crédito tributário); c.2) a possível renúncia de receita e os limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal em uma eventual solução alcançada por meio da arbitragem; c.3) a ausência de lei complementar disciplinando essa matéria, bem como as propostas legislativas que ajudariam a sedimentar esse instituto no Brasil.

2 Os métodos alternativos como demanda do Estado Democrático de Direito: uma medida de Justiça Fiscal

A reivindicação pelo uso dos chamados métodos alternativos de solução de conflitos no direito tributário costuma florescer tendo como justificativa o congestionamento do Poder Judiciário, hoje assoberbado de demandas das mais variadas espécies e sem conseguir oferecer uma resposta rápida aos seus jurisdicionados, notadamente quando se trata de litígio envolvendo a Fazenda Pública e o sujeito passivo da obrigação tributária.

Pontua-se, também, o fato de que, quando os contribuintes procuram questionar o lançamento tributário na própria esfera administrativa (sem acionar o Judiciário), os órgãos colegiados fiscais (normalmente de formação paritária – metade dos membros indicados pelo Fisco, metade por representantes dos contribuintes) decidem por meio do "voto de qualidade", normalmente proferido por um representante da Fazenda Pública, o que prejudicaria a necessária imparcialidade do julgamento e o próprio conteúdo da decisão.

Por fim, outro dado que se coloca na mesa em favor da utilização de tais métodos na seara tributária diz respeito ao elevado montante da dívida ativa dos entes federativos, principalmente da União Federal, que atingiria a cifra de 1,8 trilhões de reais, praticamente irrecuperável na sua

totalidade, sendo certo que, desse número, cerca de 35% seria dívida de pequeno valor ou até já tomada pela prescrição.

O que se pretende neste tópico é analisar se, mesmo em um cenário ideal, no qual o Poder Judiciário pudesse contar com um número satisfatório de juízes, todos especializados em matéria tributária, e a dívida ativa fosse minuciosamente analisada e depurada, de modo que permanecessem ali somente os créditos realmente devidos e passíveis de recuperação, os métodos consensuais de solução de litígios ainda teriam o seu espaço e o seu apelo.

Parece um equívoco afirmar que a utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos nas relações tributárias seria uma espécie de solução mágica para todos os problemas que se tem enfrentado. Assim como soa errado asseverar que tais métodos substituiriam o Poder Judiciário ou mesmo os tribunais administrativos quando se buscasse a solução para um impasse de natureza tributária.

Na verdade, a justificativa para o uso dos métodos consensuais de solução de controvérsias no direito tributário – com foco na arbitragem, objeto principal do presente artigo – passa pela concretização do ideal de um Estado que se pretende Democrático de Direito. A adoção de tais métodos revela-se, sobretudo, uma medida de justiça fiscal.

Como se sabe, não existe Estado sem tributos, não há como conceber e manter instituições fortes, que garantam aos cidadãos a concretização dos direitos fundamentais reconhecidos na Lei Maior, sem uma receita tributária significativa, auferida a partir de um sistema arrecadatório justo e bem engendrado.

Consoante explica Tathiane Piscitelli[3], a Constituição Federal de 1988 abraçou um modelo de Estado que tem como um de seus objetivos fundamentais a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), a partir da concepção de uma justiça distributiva, retirando mais de quem tem mais para redistribuir a quem tem menos. E como assegurar que isso aconteça, pensando sob o prisma da tributação?

A autora citada pontua que o primeiro passo seria a própria eleição das bases que serão tributadas. No Brasil (e em boa parte dos países), tributa-se o consumo, a renda e o patrimônio. Ocorre que, aqui, a tributação tem-

3 PISCITELLI, Tathiane. Arbitragem no direito tributário: uma demanda do estado democrático de direito. In: **Arbitragem tributária**: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (Coord). São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p.124-126.

se revelado excessiva sobre o consumo, onerando demasiadamente os mais pobres (tributação regressiva), e mais branda sobre a renda, aliviando a carga para os mais ricos.

Tal distorção careceria de uma reflexão mais aprofundada e da adoção de algumas medidas corretivas, visando o aprimoramento do sistema tributário e a concretização mais efetiva do princípio constitucional da capacidade contributiva. Entretanto, nesse particular, os métodos alternativos de solução de conflitos têm pouco ou quase nada a contribuir.

Um segundo passo seria atentar para a destinação do produto da arrecadação tributária. É dizer: a receita dos impostos sobre o consumo, por exemplo, que tendem a onerar os mais pobres, deveria ser destinada a programas governamentais e políticas públicas que minorassem as desigualdades sociais. Aqui se justifica a implementação de políticas de transferência direta ou indireta de recursos aos mais necessitados, como medida de redistribuição de riquezas a ser fomentada pelo Estado.

Dessa forma, é mister garantir a máxima eficiência arrecadatória, a fim de que o Estado consiga angariar as receitas de que precisa para fazer frente às despesas demandadas de um Estado Social e Democrático de Direito. Nesse ponto, os métodos alternativos podem ser bastante úteis, uma vez que costumam apresentar como resultado soluções rápidas e consensuais, que podem ajudar a incrementar a arrecadação e diminuir a cultura adversarial entre Fisco e contribuinte.

Por último, como terceiro passo, faz-se necessário garantir a todos o acesso à justiça, ou seja, todo cidadão que se sinta prejudicado no gozo de um direito de que supõe ser detentor deve ter a seu dispor a maior gama possível de opções para solucionar o seu problema.

Sendo assim, quando se admite a utilização dos métodos alternativos na seara fiscal, o leque de possibilidades de que dispõe o cidadão para ter seu problema resolvido aumenta consideravelmente. Além da possibilidade de buscar a solução do litígio através do Poder Judiciário ou mesmo no âmbito de um processo conduzido por um órgão singular ou colegiado de jurisdição administrativa, o sujeito poderia contar, ainda, com a via da arbitragem, da mediação, da conciliação e outras. Todos ganhariam com isso.

Daí porque se defende, no presente artigo, que a adoção de métodos alternativos de solução de conflitos no direito tributário, notadamente a arbitragem, não se fundamenta apenas diante do cenário de abarrotamento do Poder Judiciário, mas é, antes de tudo, uma medida de justiça fiscal.

3 A ineficaz cultura da litigiosidade e a passagem para uma administração fiscal dialógica

O modelo de administração pública tradicional, com rígida observância à supremacia do interesse público sobre o privado e sem espaço para as soluções dialogadas, encontra indisfarçáveis sinais de fadiga.

A persistência nessa mentalidade adversarial e na manutenção dessa política de fomento ao litígio tem gerado impactos nocivos ao poder público, principalmente quando se trata das relações entre fisco e contribuinte.

Consoante apontado pelo relatório Justiça em números 2016, desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ[4], metade dos processos pendentes de baixa no final do ano de 2015 referiam-se à fase de execução. Dentre esses, observou-se que os processos de execução fiscal são os grandes responsáveis pela alta litigiosidade da Justiça Federal, porquanto representam aproximadamente 42% do total de casos pendentes totais e 84% do total de casos pendentes no âmbito das execuções.

Segundo o mesmo CNJ, essas ações de execução fiscal possuem a maior taxa de congestionamento (cerca de 94%) dentre os processos de execução que tramitam na Justiça Federal quando comparados às execuções judiciais criminais (de pena privativa de liberdade e pena não privativa de liberdade), às execuções judiciais não criminais e às execuções de títulos executivos extrajudiciais não fiscais. Assim, constatou-se que, em 2015, de cada 100 processos de execução fiscal, apenas 6 foram baixados.

Nesse mesmo estudo, constatou-se que no âmbito da Justiça Federal, para serem sentenciados, os processos de execução levam mais que o triplo do tempo utilizado nos processos de conhecimento, apesar de não envolverem atividade cognitiva. Fica evidente a problemática dos processos de execução em trâmite na Justiça Federal e a ineficiência da cultura do conflito.

De acordo com o estudo feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA[5], o custo e o tempo das execuções fiscais promovidas

4 Conselho Nacional de Justiça. . Relatório justiça em números 2016. Brasília: Departamento de Pesquisas Jurídicas do CNJ, 2016. p. 404. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf. Acesso em: 26 abril 2018.

5 Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Brasília: Ipea, 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf. Acesso em: 15 abril

pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional revelaram o baixo êxito para promover e manter esses processos no Judiciário, fator que fez com que o Ministério da Fazenda editasse a Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012, que, dentre outras matérias, dispõe acerca do não ajuizamento de execuções fiscais nos casos em que os débitos com a Fazenda Nacional sejam inferiores ou equivalentes ao montante de R$ 20.000,00.

Nesses casos, o débito permanece inscrito em Dívida Ativa, mas o ajuizamento da ação de execução fiscal não será o meio utilizado para o seu recolhimento, fazendo-se necessária, para a cobrança desses valores, a adoção de meios mais econômicos, porquanto de nada adiantaria promover uma execução fiscal quando o valor do crédito recuperado fosse equivalente ou inferior aos custos decorrentes do ajuizamento da referida ação.

O excesso de judicialização no Brasil é tão acentuado que, no tocante às disputas tributárias (inclusive dívida ativa), chegam a envolver a cifra de R$ 3,3 trilhões, que representa – só para se ter uma noção da magnitude disso – aproximadamente 50% do PIB de 2017.

Portanto, é mister perceber que a utilização desses mecanismos judiciais litigiosos tem garantido um baixo retorno financeiro ao Erário federal, contribuindo, outrossim, para o incremento dos níveis de congestionamento dos processos em trâmite na Justiça Federal.

Tanto é verdade que o método ortodoxo não tem funcionado que os prazos médios para resolução de litígios tributários costuma ser de 8 (oito) anos no processo administrativo fiscal, 8 (oito) anos no processo judicial de execução fiscal e 15 (quinze) a 20 (vinte) anos nas controvérsias tributário-constitucionais.

Daí porque se reforça a necessidade de utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos na administração fiscal, abandonando-se a velha crença nos instrumentos tradicionais de consecução do suposto "interesse público". A esse respeito, defende Marçal Justen Filho[6]:

> A supremacia da Constituição não pode ser mero elemento do discurso político. Deve constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa. Isso equivale a rejeitar o enfoque tradicional, que inviabiliza o controle das atividades administrativas por meio de soluções opacas e destituídas de transparência, tais como "discriocionariedade administrativa", "conveniência e oportunidade" e "interesse público". Essas fórmulas não devem ser definitivamente

---

de 2018.

6 Cf. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

> suprimidas, mas sua extensão e importância têm de ser restringidas à dimensão constitucional e democrática.

William Paiva Marques Júnior[7], ao se debruçar sobre a necessária releitura da supremacia do interesse público sobre o privado, introduzindo a possibilidade de uma Administração Pública mais democrática, consensual e paritária, pontua que nosso ordenamento jurídico já contempla as seguintes possibilidades de solução alternativa de impasses:

> (1) utilização da arbitragem em contratos administrativos, desde que não se tratem de direitos indisponíveis; (2) o contrato de gestão previsto no Art. 37, §8º- da CF/88 (inserido com a EC No.: 19/98); (3) compromisso de cessação de prática sob investigação nos processos em trâmite na órbita do CADE (Art. 85 da Lei No.: 12.529/2011); (4) compromisso de ajustamento de conduta (Art. 5º-, §6º- da Lei No.: 7.347/85- Lei da Ação Civil Pública); (5) desapropriação efetivada mediante acordo, com previsão no Art. 10 do Decreto-lei No.: 3365/41; (6) acordos entabulados em contratos administrativos (Lei No.: 8.666/93); (7) contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública nos termos normatizados pela Lei No.: 11.079/2004; (8) o instituto da transação administrativa plasma uma estratégia de negociação através da qual as partes envolvidas na relação jurídica administrativa controvertida, mediante concessões recíprocas, previnem ou terminam litígio. O STF (RE 253885 / MG, Relatora: Min. Ellen Gracie, julgamento: 04/06/2002. Fonte: DJ 21-06-2002 PP-00118) reconheceu validade à transação administrativa em casos nos quais o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação do aludido interesse; (9) o Art. 16 da Lei No.: 12.846/2013 normatiza o instituto do acordo de leniência, consoante o qual a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos de corrupção que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Juarez Freitas[8] pontua que, hodiernamente, a administração pública está obrigada a se engajar a favor do império das razões, da prevenção de conflitos e da pacificação duradoura:

---

7 Cf. **Notas em torno da construção da Administração Pública consensual e paritária ante a releitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24, 2015, Belo Horizonte. Artigo. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 265 - 295. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/9l9u5o22/L62IiXl21vFtL9k4.pdf, acesso em 02 de maio de 2018.

8 Cf. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, p. 25-46, maio/ago 2017.

> Daí a relevância estratégica de promover uma saída organizada dos jogos administrativos de soma zero, que retroalimentam a espiral onerosa da litigiosidade. Gradativamente, a postura belicosa tem que ser substituída pela racionalidade intersubjetiva, em sintonia fina com o ideal regulador de primado de interesses convergentes, em jogos cooperativos de tipo *win-win*.

Por fim, no tocante ao reflexo desse modelo de administração na seara tributária, tem-se a possibilidade de se pôr fim ao crédito fiscal mediante a transação, configurando-se esse instituto como um mecanismo de concessões mútuas entre fisco e contribuinte para a solução de um litígio. Nesse sentido, Onofre Alves Batista Júnior[9] sustenta que o CTN emprega o termo "litígio" em sentido amplo, para indicar disputa administrativa ou judicial, na medida em que envolve pretensão resistida por uma das partes:

> O conceito de litígio deve ser tomado da forma mais ampla e técnica, querendo significar "conflito" de interesses qualificado por uma pretensão resistida, e essa resistência, em especial na seara tributária, pode se dar no curso do processo administrativo. "Lide" e "litígio" tecnicamente são sinônimos e 'correspondem a evento anterior ao processo", sendo que sua existência constitui conditio sine qua non do processo, ou seja, inexistindo litígio, não há sequer interesse em instaurar-se a relação processual. O momento, pois, em que surge o "litígio" é aquele quando o conflito surgido na disputa em torno do mesmo bem não encontra solução voluntária ou espontânea entre os diversos concorrentes e, persistindo o primeiro na exigência de que o segundo lhe entregue o bem, este o resiste, negando a cumprir o papel reclamado. Enfim, o litígio ocorre em momento anterior à existência do processo judicial e à provocação da jurisdição, daí, nos termos do CTN, a transação presta-se à solução de litígios, entendidos estes como pretensões do Fisco resistidas pelo contribuinte, anteriores ou posteriores ao processo judicial.

Vê-se, portanto, uma amostra de que a literatura jurídica acerca do tema em baila propicia vasto material para o amadurecimento da tese segundo a qual a administração pública moderna, notadamente a fazendária, não pode mais prescindir do uso de mecanismos alternativos de solução de controvérsias, tendo em vista o baixo custo envolvido, a celeridade experimentada pelos interessados e as demais vantagens que a filosofia cooperativa e não adversarial pode proporcionar à consecução do princípio da eficiência.

---

9 Cf. **Transações Administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de lítigios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 413-414.

4 O momento propício para a implementação dos métodos consensuais na administração pública fiscal

Nunca se viveu um momento tão propício para a experimentação de métodos consensuais de solução de controvérsias na Administração Pública, inclusive na seara fiscal. A paulatina (porém flagrante) transformação da administração pública monológica em uma dialógica, pautada na participação mais incisiva do administrado e na disseminação da solução consensual negociada dos conflitos, parece ser um caminho sem volta.

Aquela antiga administração pública, fundada tradicionalmente na primazia da legalidade estrita e da supremacia e indisponibilidade do interesse público, cedeu espaço para outra mais democrática, que admite a utilização de métodos alternativos de solução de conflitos em nome da eficiência, da celeridade e da política não adversarial, até mesmo no âmbito de uma relação jurídica-tributária.

As recentes reformas no Código de Processo Civil fincaram escolhas importantes a corroborar o que se defende neste artigo. A começar pelo seu próprio art. 5º, quando assevera que todo aquele que participa do processo deve se comportar de acordo com a *boa-fé*. A mesma ideia guardo o art. 6º ao asseverar que "todos os sujeitos do processo devem *cooperar entre si* para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". E mais especificamente o CPC aduz, no § 3º do seu art. 3º, que o juiz deve estimular métodos de solução consensual de conflitos, dentre eles a conciliação e a mediação.

Na esfera pública, merecem realce, também, os arts. 174 e 175 do CPC, que inserem, na seara administrativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a possibilidade de solução consensual de conflitos por meio das câmaras de mediação e conciliação, tais como: conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública e celebração de termo de ajustamento de conduta. Aduz, ainda, que não estão excluídas outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Cite-se, também, a Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Nos seus arts. 32 a 40, a referida lei trata, portanto, da possibilidade de solução

consensual de conflitos nas demandas em que for parte pessoa jurídica de direito público.

Vale mencionar, também, a Lei nº 12.846/2013, que trata da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Nos seus arts. 16 e 17, a aludida lei autoriza a administração pública a celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666/1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

Já a Lei nº 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, mais especificamente no seu art. 5º, § 6º, faculta aos órgãos públicos legitimados tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terão eficácia de título executivo extrajudicial, dentre outros atos normativos vigentes.

Por fim, destaca-se, também, a Lei nº 9.307/1996, que dispõe sobre a Arbitragem e que, embora restrinja esse instituto a dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, pode a qualquer momento, por opção do legislador, ser alterada para admitir igualmente sua utilização para litígios tributários. A propósito, é mister acompanhar a tramitação do Projeto de Lei – PL nº 469/2009, elaborado exatamente com esse intuito, de que se falará mais adiante.

No que tange à esfera administrativo-fiscal, esse modelo de relação dialógica também pode gerar impacto positivo, com a introdução das práticas extrajudiciais de solução de impasses, desde que devidamente autorizadas e regulamentadas por lei, nos termos do art. 150, § 6º, da CF/88[10] e do art. 171 do CTN[11].

Portanto, percebe-se que o Brasil já conta com um arcabouço legal bastante avançado em relação à possibilidade de se utilizar métodos consensuais de solução de conflitos na Administração Pública, inclusive na

10 Art. 150 [...] § 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.

11 Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção de crédito tributário. Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.

seara tributária, sendo tal momento assaz propício para que se façam apenas pequenos ajustes e acréscimos legislativos, a fim de que sejam disciplinados com mais precisão os contornos desses instrumentos na esfera fiscal.

5 Entraves e desafios a serem superados para a implementação da arbitragem tributária no Brasil

Quando se está diante de um conflito, surgem para as partes envolvidas algumas alternativas para solucioná-lo. Em linhas gerais, tais alternativas são classificadas como medidas autocompositivas ou medidas heterocompositivas.

As primeiras admitem a intermediação de um terceiro para se chegar a uma solução, porém esse terceiro não impõe a decisão a ser adotada, apenas facilita a construção de uma saída consensual. É o caso, por exemplo, da mediação e da conciliação, previstas no art. 165 do Código de Processo Civil – CPC.

Se a opção for por uma medida heterocompositiva, o terceiro imparcial deverá resolver o litígio, impondo uma decisão que colocará fim à contenda, devendo ser acatada pelas partes. Logo, aqui não há espaço para acordo entre as partes ou concessões mútuas, trata-se de uma solução impositiva que resolve a questão. É o caso das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, pelo Contencioso Administrativo Tributário dos entes federativos e por um eventual Tribunal Arbitral.

Consoante esclarece Priscila Faricelli de Mendonça[12], a arbitragem enquadra-se como meio heterocompositivo, porquanto as partes não chegam a fazer uma transação, mas têm a solução do caso imposta pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral, devendo acatar tal decisão, uma vez que fizeram a opção por esse tipo de método.

Essa distinção mostrar-se-á extremamente relevante para remover alguns obstáculos que são colocados para a implantação da arbitragem como método de solução de conflitos tributários no Brasil, tais como: uma possível afronta ao art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, que trata da renúncia de receita, e ao postulado da indisponibilidade do interesse público.

12 MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e transação tributárias**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 73.

5.1 Arbitragem e renúncia de receita

Não é demais lembrar que a tentativa de incluir métodos consensuais de solução de litígio na seara tributária possui fundamento constitucional, na medida em que reflete os objetivos estampados no artigo 37, *caput*, e §3º, da Carta Magna, tendo em vista que o referido dispositivo aduz que a atividade administrativa deve se guiar pelos princípios da eficiência e da participação dos administrados.

Quando se ventila a possibilidade de inserção de métodos alternativos em matéria tributária, surge a questão da possível renúncia de receita provocada pela pactuação de uma concessão mútua para pôr fim ao crédito tributário. É que, deixando o fisco de receber o crédito integral, infere-se a ocorrência de renúncia quanto à parte negociada, a atrair o disposto no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF[13].

Esse temor, contudo, não procede no bojo de uma eventual arbitragem tributária. Aqui não há acordo entre as partes ou concessões mútuas, mas sim, como já destacado, uma decisão impositiva de um terceiro imparcial. É o mesmo efeito que se teria caso a contenda fosse julgada por um tribunal administrativo ou mesmo pelo Poder Judiciário.

Portanto, não há falar em afronta ao art. 14 da LRF, pois o Estado não está renunciando a receita alguma, mas apenas se submetendo a uma das formas possíveis de solver o litígio, conforme acertado previamente entre as partes, as quais escolheram o tribunal arbitral como método mais adequado de solução desse conflito e indicaram os árbitros que atuarão de modo técnico e imparcial, no intuito de encontrar o melhor direito

13 Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. § 1o A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado. § 2o Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o caput deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso. § 3o O disposto neste artigo não se aplica: I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º; II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

aplicável ao caso. É como se a decisão acerca da legalidade do lançamento do crédito tributário estivesse sendo transferida para a instância arbitral ao invés da judicial ou administrativa.

Além da vantagem de ter julgadores (no caso o árbitro) extremamente especializados em matéria tributária, conhecedores profundos do assunto objeto da controvérsia, a arbitragem costuma ser bem mais célere, oferecendo às partes uma solução rápida para o problema apresentado. Em Portugal, por exemplo, onde a arbitragem tributária vem sendo aplicada com reconhecido êxito, o prazo médio para o encerramento das disputas tem sido de cinco meses apenas.

Outro ponto que merece destaque no tocante à arbitragem tributária é a necessidade de garantir que a decisão arbitral seja equiparada à sentença judicial, algo já previsto no art. 31 da Lei nº 9.307/1996. Assim, como regra, tem-se que a parte eventualmente insatisfeita com a sentença arbitral não pode recorrer ao Judiciário, devendo acatar a decisão prolatada.

Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento da SE 5206, ao analisar a constitucionalidade da Lei Geral de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), decidiu que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF (inafastabilidade do Judiciário).

Por fim, cumpre destacar que a Lei da Arbitragem foi alterada em 2015 para deixar expressamente prevista a possibilidade de a administração pública direta e indireta utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, abrindo espaço para que, dentro desse leque, sejam incluídos também os litígios fiscais.

5.2 Arbitragem e indisponibilidade do interesse público

Outro argumento sempre suscitado para barrar a introdução da arbitragem no direito tributário diz respeito à suposta indisponibilidade do interesse público. A Administração Tributária não poderia firmar cláusula compromissória pelo procedimento arbitral em razão de que estaria admitindo perder um direito que seria indisponível.

Aqui se faz relevante traçar a distinção entre interesse público primário e interesse público secundário (ou interesse da Administração). O primeiro coaduna-se com o complexo dos interesses individuais prevalentes

em uma coletividade. No âmbito tributário, esse interesse deve reproduzir medidas que visem uma tributação mais justa, a destinação adequada dos recursos públicos e a formas institucionais de acesso à justiça.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy[14] esclarece que interesses primários seriam aqueles objetivamente identificados como de interesse comum da sociedade, de abrangência aferível, no sentido de que alcance o maior número possível de interessados. Já os interesses secundários seriam os do governante, vinculados à agenda do detentor do poder. Assim, nem sempre os interesses secundários (do governo) coincidem com os interesses primários (do povo).

É perfeitamente possível e até comum que, em determinados casos, a renúncia de receita seja de interesse público primário. Quando se concede um incentivo fiscal (v.g.: uma isenção) para que um empresa se estabeleça em determinada região a ali possa gerar emprego e renda, o interesse geral da coletividade resta preservado, a despeito da não arrecadação dos tributos que seriam devidos por aquela empresa se não fosse a isenção.

Isso acontece também na desoneração tributária de alguns bem de consumo, como é o caso da redução de IPI para produtos da "linha branca" (geladeira, fogão, micro-ondas) ou do IOF para determinadas operações de crédito, tudo como forma de estimular comportamentos que se mostram positivos para o desenvolvimento do país, em alinhamento com o interesse público primário.

Reforçando essa diferença entre interesse público primário e interesse público secundário, Leonardo Rocha Hammoud[15] indica que aquele diz respeito à sociedade (e seus reais interesses) e este último ao próprio interesse do Estado, detentor de direitos e deveres na ordem jurídica, os quais só podem ser considerados legítimos na exata medida de sua instrumentalidade para o alcance dos interesses primários.

Assim, indisponível é o interesse público, não o crédito tributário, consoante já sinalizou o próprio Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento do Recurso Extraordinário – RE nº 253.885, cuja ementa restou assim assentada:

> Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade

14 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Transação tributária**: introdução à justiça fiscal consensual. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 109.

15 HAMMOUD, Leonardo Rocha. **Arbitragem tributária**: a experiência portuguesa e a realidade brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 115.

> sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido. (RE 253885, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796)

Tratando também do dogma que se tornou o postulado da indisponibilidade do interesse público, Heleno Taveira Torres[16] aduz, com inteira razão, que, no campo da aplicação, não há empecilhos para que a lei possa qualificar, dentro de limites e no atendimento do interesse coletivo (primário), os melhores critérios para constituição, modificação ou extinção do crédito tributário, inclusive os meios de resolução de conflitos, vinculativamente e com espaço para discricionariedade, no que for possível, visando a consecução de objetivos importantes como a praticabilidade, economicidade, celeridade e eficiência da administração pública.

Dessa forma, percebe-se que o conceito tradicional de supremacia e indisponibilidade do interesse público vem perdendo espaço na doutrina moderna, sendo certo que, atualmente, no âmbito do direito tributário, entende-se que esse interesse, a depender das circunstâncias, pode ser perfeitamente compatível com uma eventual renúncia de receita, embora – reforce-se – no caso específico da arbitragem tributária, nem de renúncia se pode falar.

5.3 Arbitragem e previsão legal

No que concerne aos aspectos formais da implantação da arbitragem tributária no Brasil, merece destaque a questão de saber se seria imprescindível alguma alteração legislativa para viabilizar tal instituto ou se o arcabouço legal hoje existente já contemplaria tal possibilidade.

Tratando-se do Código Tributário Nacional – CTN, o qual tem *status* de lei complementar em razão do que dispõe o art. 146 da

16 TORRES, Heleno Taveira. Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários. In: **Transação e arbitragem no âmbito tributário**: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org). Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 303.

Constituição Federal de 1988, nota-se que um ajuste em dois de seus artigos, confeririam maior segurança para a implantação da arbitragem em matéria tributária.

O Projeto de Lei Complementar – PLC nº 469/2009, em trâmite no Congresso Nacional, propõe a inclusão como mais uma das causas de extinção do crédito tributário (art. 156, CTN) a sentença arbitral. Dessa forma, tanto o Fisco quanto o contribuinte teriam a segurança de que aquilo que fosse decidido no bojo de um processo arbitral teria eficácia.

Outro ajuste que poderia ser feito seria também a inclusão como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, CTN) o início do curso do processo arbitral até o seu encerramento, de modo que, nesse ínterim, não corresse prazo de prescrição contra a Fazenda Pública nem se permitisse que o sujeito passivo sofresse alguma medida que o compelisse a adimplir o crédito tributário.

Desse modo, feitas essas alterações, bastaria uma lei ordinária que disciplinasse o procedimento arbitral no âmbito tributário, estabelecendo as matérias arbitráveis – limitadas à avaliação da legalidade do ato administrativo de lançamento, nunca de sua constitucionalidade; a arbitragem como um direito potestativo do contribuinte; os critérios para a escolha dos árbitros; os mecanismos de publicidade das decisões arbitrais; a conveniência de criação de um único centro arbitral; dentre outros assuntos.

Por fim, no tocante ao argumento de que o Estado – por meio do Poder Judiciário – detém o monopólio da jurisdição, cumpre esclarecer que o objetivo não é substituir o Poder Judiciário, mas sim viabilizar outras possibilidades de solução de conflitos tributários.

A defesa da inclusão dos métodos consensuais de solução de conflitos na Administração Fiscal visa oferecer alternativas às partes, dentro da ideia do sistema multiportas, a fim de que os interessados escolham o caminho mais adequado, célere e eficaz para dirimir aquele litígio, num verdadeiro jogo de "ganha-ganha".

6 Considerações finais

O presente artigo buscou demonstrar que a administração pública moderna admite a utilização de métodos alternativos de solução de

conflitos em nome da eficiência e da política não adversarial, notadamente no âmbito de uma relação jurídica-tributária.

Houve uma mudança de paradigma que propiciou uma releitura dos tradicionais princípios da legalidade estrita e da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Podem ser apontadas notáveis reformas normativas em nosso ordenamento jurídico que favorecem a transcendência da mentalidade litigiosa, uma vez que intentam conferir, na seara administrativista, espaço primordial à resolução consensual de conflitos.

Assim, o presente artigo procurou discutir a aplicação dos métodos alternativos de solução de conflitos nas relações tributárias, notadamente a arbitragem, como medida de justiça fiscal, finalidade almejada por um Estado Social que se propõe Democrático de Direito.

Em relação aos principais entraves e desafios para a inserção da arbitragem tributária no Brasil, destacou-se a análise do postulado da indisponibilidade do interesse público (e do crédito tributário), distinguindo-se, todavia, o interesse público primário do interesse público secundário; a possível renúncia de receita e os limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF em uma eventual solução alcançada por meio da arbitragem, sendo certo que, na condição de um método heterocompositivo de solução de controvérsia, não prospera o argumento de que a arbitragem promoveria renúncia de receita e; por fim, tratou-se do leque de alterações legislativas que deveriam ocorrer para viabilizar a implementação da arbitragem tributária no Brasil e conceder às partes envolvidas segurança jurídica de que a solução ali encontrada teria a eficácia almejada, ajudando a sedimentar esse instituto no Brasil.

O intuito é oferecer aos interessados alternativas dentro do sistema multiportas para se alcançar a solução do litígio em baila, de maneira célere, eficaz e transparente, de modo a que todos saiam, de certa forma, satisfeitos. Pelo lado da Administração Pública Fiscal, isso significa buscar melhorar os índices de arrecadação da receita tributária, revertendo-a em benefício da coletividade, por meio do fornecimento de bens e de serviços públicos.

Referências

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas:** um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de lítigios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório justiça em números 2016.** Brasília: Departamento de Pesquisas Jurídicas do CNJ, 2016. p. 404. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf. Acesso em: 26 abril 2018.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, p. 25-46, maio/ago 2017.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Transação tributária**: introdução à justiça fiscal consensual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

HAMMOUD, Leonardo Rocha. **Arbitragem tributária**: a experiência portuguesa e a realidade brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Notas em torno da construção da Administração Pública consensual e paritária ante a releitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24, 2015, Belo Horizonte. Artigo. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 265-295. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/9l9u5o22/L62IiXl21vFtL9k4.pdf.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e transação tributárias**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014.

PISCITELLI, Tathiane. Arbitragem no direito tributário: uma demanda do estado democrático de direito. In: **Arbitragem tributária**: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. PISCITELLI,

Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (Coord). São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p.123-134.

TORRES, Heleno Taveira. Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários. In: **Transação e arbitragem no âmbito tributário**: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org). Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 299-330.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. **Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.** Brasília: Ipea, 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf. Acesso em: 15 abril de 2018.

Capítulo 15

A função Jurisdicional e o Perfil do Magistrado no Estado Democrático de Direito

Joriza Magalhães Pinheiro[1]

1 Introdução

Com imensa alegria participo desta obra coletiva que homenageia e celebra o decano do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha, por ocasião dos seus 30 anos de magistratura. Com o homenageado possuo vínculo de profunda admiração que iniciou no pós promulgação da Carta da República de 1988, quando ele me apresentou, na qualidade de professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, o direito constitucional. Naquele contexto histórico, de grande produção teórica, enriquecida com a redemocratização, recebi do meu eterno professor as primeiras e inesquecíveis lições sobre o novo constitucionalismo, supremacia e normatividade da Constituição. Depois disso, como feliz coincidência, ingressamos na magistratura no mesmo ano (1994), ele no 2º grau, ocupando vaga destinada ao quinto constitucional e eu, como juíza substituta em comarca de entrância inicial. Ao longo da minha jornada profissional sempre tive o Desembargador Ximenes como parâmetro de preparo (intelectual, humanístico e ético), dedicação e eficiência, além de inspiração para o meu próprio caminhar.

Na escolha da temática a ser abordada neste artigo jurídico em homenagem à sua trajetória judicante e acadêmica e à sua destacada contribuição à formação de tantos juízes, pareceu-me acertado tratar exatamente da função jurisdicional e do perfil do magistrado no Estado Democrático de Direito.

---

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará - Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional. Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, magistrada de carreira desde 1994. Ouvidora do Poder Judiciário do Estado do Ceará. Vice-Presidente de Direitos Humanos da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB. Formadora da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC.

A sociedade atual, caracterizada pelo pluralismo de visões, opiniões, interesses e valores, frequentemente enfrenta conflitos inerentes a essa diversidade, exigindo do Poder Judiciário e dos seus integrantes, uma postura ativa e adaptada às novas realidades.

Nesse contexto, mostra-se imprescindível entender a transição histórica do Estado, as características do Estado constitucional e o seu impacto na função jurisdicional, a fim de traçar um perfil de magistrado que seja capaz de cumprir a missão constitucional de dizer o direito e contribuir para uma sociedade mais livre, justa e democrática, objetivo maior da República brasileira.

2 A fórmula política do Estado Democrático de Direito

O constitucionalismo contemporâneo é caracterizado pelas ideias básicas de supremacia constitucional, normatividade da constituição, incorporação explícita de valores e opções políticas aos textos constitucionais, especialmente os relativos à dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais e ao Estado Democrático de Direito (Barcellos, 2006, p. 31-34).

A superação da visão da constituição como documento essencialmente político, sem qualquer força normativa, é um dos maiores marcos teóricos do novo constitucionalismo. Hoje, não mais se retira da norma constitucional o status de norma jurídica. Todas as normas constitucionais são jurídicas e devem ter seus efeitos assegurados (Sales, 2004, p. 148). Como afirma Garcia de Enterria (1994, p. 68), todos os tribunais, todos os sujeitos públicos ou privados, enquanto vinculados pela constituição, devem aplicar a totalidade de suas normas, sem possibilidade alguma de distinguir artigos de aplicação direta e outros meramente programáticos, que careceriam de valor normativo. Acrescenta que todos os artigos da constituição têm o mesmo alcance e significação normativos.

A incorporação de valores e opções políticas aos textos constitucionais é outra característica do constitucionalismo contemporâneo e pode ser compreendida como uma reação aos regimes autoritários que vigoraram em vários países no século passado, inclusive no Brasil. Assim, buscou-se introduzir, nas diversas constituições, normas relacionadas aos direitos humanos e ao respeito à dignidade da pessoa, assim como opções políticas (objetivos gerais e específicos). Essas normas representariam o consenso

mínimo a ser observado pelas maiorias e por qualquer grupo político que ascenda ao poder, estando fora da discricionariedade da política ordinária.

Na Constituição de 1988 essa característica de incorporação de valores e opções políticas é bastante acentuada, sendo a primeira, dentre as brasileiras, a contemplar os princípios fundamentais e os objetivos da República, assim como o catálogo dos direitos fundamentais, antes das normas de organização do Estado. A colocação topográfica dos dispositivos na Carta Magna brasileira, inclusive, evidencia a importância da pessoa humana sobre o Estado (Auad, 2004, p. 40), cuja existência só se justifica na realização do bem comum.

A indissociabilidade entre a ideia de neoconstitucionalismo e a do novo Estado merece destaque. Este novo Estado deixou de ser um Estado de Direito Legal, formulação própria do Estado moderno, onde a produção normativa infraconstitucional era o centro do universo jurídico, e se transformou em um Estado de Direito Constitucional.

O Brasil, com a Constituição da República de 1988, passou a adotar a fórmula política "Estado Democrático de Direito", expressa no Art. 1º da Carta Constitucional, cujos fundamentos básicos seguem expressos no mesmo dispositivo.

Pablo Lucas Verdú define a fórmula política como a expressão ideológica juridicamente organizada em uma estrutura social (Verdu, 1981, v. II, p. 428). Raúl Canosa Usera desenvolve a ideia de fórmula política como critério interpretador da constituição (Usera, 1988, p. 249).

Pode-se dizer que a fórmula política se constitui na ideologia política que dá unidade à Constituição, servindo de instrumento para a interpretação de todo o ordenamento jurídico e apresenta-se como linha de ação estatal na consecução dos seus objetivos.

Destaque-se, ainda, que o Estado Democrático de Direito só se realiza quando respeitados e garantidos os direitos fundamentais. Nesse sentido, afirma Streck (2005, p. 39) que "a noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode nominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito".

Traçada essas linhas iniciais, tem-se que o Brasil adotou a fórmula política "Estado Democrático de Direito", expressa no Art. 1º da Constituição Federal de 1988, cujos fundamentos básicos expressos no mesmo dispositivo, são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa

humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Sobre a soberania, não obstante as inúmeras discussões sobre sua natureza e a relativização do seu conceito, seja em face da existência do elemento teleológico do Estado, seja em face da globalização e das relações internacionais, é afirmada no texto constitucional como um dos fundamentos do Estado brasileiro. De forma resumida, deve ser entendida, no plano interno, como o poder acima do qual não existe nenhum outro. No externo, significa igualdade, independência e autonomia frente aos demais Estados.

Em termos atuais, cidadania é conceito ligado à liberdade, igualdade, aquisição e gozo de direitos, participação na sociedade, na vida política e nas decisões do governo. A pessoa em uma sociedade democrática deixou de ser um súdito do Estado para ser um cidadão, com todas as implicações políticas, econômicas e sociais que decorrem desse novo status (Moreira Neto, 2006, p. 334).

É pertinente realçar a observação de Ana Maria D'Ávila Lopes quanto à necessidade da superação da atual e predominante "visão estática e individualista de cidadania" (Lopes, 2006, p. 83-96), que define o cidadão apenas como titular de direitos. A noção de dever deve ser inserida no conceito de cidadania, sendo importante até mesmo para apontar a responsabilidade e urgente participação do cidadão na construção de uma sociedade mais justa e solidária.

A dignidade da pessoa também está elencada como um dos fundamentos do Estado brasileiro. É fácil concluir que somente a normatização constitucional desse valor não afasta a ocorrência de sua violação, mas certamente o Direito, como instrumento de construção social, é importante para a proteção e a promoção da dignidade humana.

Embora todos tenham a ideia de dignidade como qualidade inerente de todo ser humano, não se pode fixar um conceito fechado sobre ela. Na lição de Sarlet (2006, p. 41), trata-se de categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-la de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas.

A dignidade da pessoa humana vem sendo considerada fundamento de todo o sistema de direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramento daquele princípio

e, com base nele, devem ser interpretados. A dignidade, assim, admite vários níveis de realização, mas possui um núcleo essencial, que consiste na proibição de coisificação do ser humano, já que o homem não pode ser visto ou tratado como meio, mas como fim.

Disso resulta a conclusão de que o constituinte brasileiro reconhece que o Estado existe em função do ser humano, e que toda a ação estatal tem por finalidade proporcionar o bem-estar, a dignidade de cada um e a de todos.

Refletindo o pluralismo e a diversidade de valores, típicos de um Estado democrático, situa-se o inciso IV do Art. 1º da Constituição de 88, que adota os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988). Ao tempo em que indica a opção pelo liberalismo político e econômico, traduz também uma forma de equilíbrio e compromisso ideológico entre diferentes atores sociais, consagrando, nestes horizontes de transações, uma postura intervencionista do Estado, seja para preservar as condições de competição, seja para proteger o trabalhador e seus direitos sociais.

Por último, o pluralismo político, também içado à categoria de fundamento do Estado, significa a opção do constituinte por afirmar o respeito à diversidade cultural, à liberdade de pensamento, de convicções filosóficas e políticas, à liberdade de associação, inclusive, a possibilidade de organização e participação em partidos políticos.

O pluralismo de valores e a tolerância são a base da democracia. O pluralismo político exprime a concepção de que nada domina sempre e que o poder deve ser resultante de forças diversas e cambiantes. O pluralismo de valores na Carta Política vigente realça a atualidade do conceito de constituição de Lassale, para quem representava o somatório dos fatores reais de poder que vigoram num País (Lassale, 2004, p. 48).

Relativamente aos objetivos da República Federativa do Brasil, deve ser mencionado que também se incluem na fórmula política do Estado Democrático de Direito. Estão expressos no Art. 3º da Carta Política: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Brasil, 1988).

Importa realçar que o rol de objetivos não é taxativo, mas indica os fins fundamentais do Estado, os quais devem servir de vetores para a

atuação estatal, seja na elaboração dos atos normativos, seja na escolha das políticas públicas, seja na interpretação do ordenamento, tudo com o propósito de transformar o real no ideal visado pelo povo brasileiro, que o definiu através dos representantes eleitos.

3 Estado Democrático de Direito e a função jurisdicional

Um dos pilares do Estado Democrático de Direito é a separação de poderes. O entendimento mais remoto sobre a separação de poderes é de Aristóteles, que entendia muito perigoso o exercício do poder nas mãos de uma só pessoa. Aprofundada por Montesquieu, em o "Espírito das Leis", a teoria serviria para o controle recíproco do poder, na famosa expressão *le pouvoir arrête le povoir.*

No Brasil, a separação de poderes é um dos princípios fundamentais do Estado, expressamente previsto na Constituição, em seu art. 2º, que prescreve: "São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" (Brasil, 1988).

É claro que o poder no Estado é um só, dividindo-se as funções por ele desempenhadas para alcançar os objetivos traçados, relacionados ao bem comum. Além disso, deve ser lembrado que a separação absoluta das funções estatais não existe, sob pena de se chegar à paralisação total do Estado. Assim é que mesmo se adotando a separação de poderes, cada poder legisla, administra e julga. Em razão do objeto deste artigo, interessa analisar apenas o Poder Judiciário e a função típica por ele exercida, que é a jurisdicional.

A palavra *jurisdição* significa "dizer o direito". A função jurisdicional, assim, consiste na aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto. Nesse sentido, o ensinamento de Ruffia, para quem a função jurisdicional identifica-se com a "actividad encaminada a comprobar y hacer valer concretamente, en los casos particulares, el ordenamiento jurídico estatal" (Ruffia, 1973, p. 503).

Após análise detida dos elementos estruturais componentes da jurisdição no direito brasileiro, Rocha (1995, p. 34) define como "função de atuação terminal do direito, realizada por órgãos do judiciário independentes e imparciais, decidindo conflitos de interesses através do devido processo legal".

Dizia Pedro Lessa (1915, p. 3) que "o judiciário é o primeiro poder que aparece na sociedade, pois é pela administração da justiça que se satisfaz a primeira necessidade social".

Hoje, nenhuma nação livre, nenhum Estado de Direito existe sem um poder independente incumbido de aplicar o Direito, de garantir o cumprimento da constituição e dos direitos fundamentais.

4 O perfil do magistrado em um Estado Democrático de Direito

O Judiciário, no Estado de Direito idealizado pelo Liberalismo, em que predomina a ideia da plenitude da lei, caracteriza-se pela adoção do modelo subsuntivo de sua aplicação, sendo vedada qualquer valoração ou atividade criadora. É a "exaltação grandiosa da legalidade", quando até o sentido é sacrificado à letra da lei e a interpretação se resume à obediência daquilo que na lei se diz (Falcão, 2004, p. 156). O magistrado, ali, é tido como juiz boca da lei, aplicando ao caso concreto, através de um silogismo dedutivo[2], a norma prevista. Nesse silogismo dedutivo, a premissa maior é a lei aplicável ao caso, a premissa menor é a descrição do caso, e a conclusão é a aplicação da lei prevista à situação concreta, de tal modo que o juiz limita-se a explicitar o que já está contido nas premissas adotadas.

Entretanto, a linguagem como meio de acesso ao mundo e aos seus objetos, a existência de conceitos prévios[3] (pré-compreensão, pré-juízo), os conceitos de círculo hermenêutico[4], fusão de horizontes[5] e inesgotabilidade de sentidos[6], como pressupostos básicos do ato de interpretar, demonstram que este implica uma produção de um novo texto, mediante a adição de

2 Ensina José de Albuquerque Rocha que o método lógico-dedutivo é derivado das ciências físico-matemáticas e consiste em um tipo de raciocínio pelo qual se tira uma conclusão que está implícita nas premissas, tudo segundo regras lógicas. "Assim, o método lógico-dedutivo não é processo de criação de enunciados novos, mas operação mental, por meio da qual chega-se às conclusões já contidas nas premissas" (Rocha, 1995, p. 72).

3 Ninguém compreende sem antes pré-compreender. Ressalta Ana Maria D'Ávila Lopes, inspirada na hermenêutica de Gadamer, que o "reconhecimento da historicidade de toda compreensão permitirá distinguir os verdadeiros dos falsos preconceitos, de modo que estes últimos sejam descartados para permitir um acesso objetivo ao texto" (Lopes, 1999, p. 293).

4 Círculo hermenêutico expressa a relação recíproca entre a parte e o todo. A parte existe porque existe o todo, mas não perde sua dignidade por estar no todo. Por outro lado, sem as partes não haveria o todo (Nesse sentido, v. Falcão, 2004, cit, p. 187/220).

5 Segundo Ana Maria D'Ávila Lopes, horizonte é o âmbito de visão resultado do contraste do passado com o presente. Tal horizonte, na medida em que se gera novos espaços de compreensão, evolui sem fim (Lopes, 1999, p. 290). Márcio Diniz acrescenta que "fusão de horizontes é fusão do passado com o presente, através do diálogo que o intérprete mantém com o texto' (Diniz, 2002, p. 220).

6 Só se interpreta porque há vários sentidos possíveis.

sentido que o intérprete lhe dá, rompendo com a ideia da subsunção do caso a uma norma[7].

A insuficiência do sistema subsuntivo, ressalte-se, resta evidenciada também pela realidade, seja em razão da ocorrência de lacunas e antinomias na legislação, seja em face da existência de normas vagas, que exprimem conceitos indeterminados, e normas de textura aberta, com estrutura de princípios, tudo a impor uma valoração por parte do magistrado na aplicação do Direito.

A completude do ordenamento jurídico é viabilizada pelo intérprete, já que é impossível que o legislador preveja lei para regular cada situação concreta, cabendo àquele o uso de métodos de complementação, seja com recurso aos princípios gerais do direito e à analogia (auto-integração), seja recorrendo a ordenamentos jurídicos diversos e a fontes diversas da lei (heterointegração). Observa-se, assim, que a atuação do aplicador do Direito jamais pode ser tida como mecânica.

Do mesmo modo, verificam-se situações em que existe mais de uma regra aplicável ao caso concreto, resultando possível contradição entre elas, cuja solução impõe a aplicação dos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade, sem falar na ocorrência de conflito entre esses critérios ou mesmo insuficiência dos mesmos, a exigir juízo valorativo e intensa atividade criadora na aplicação do Direito.

A complexidade do significado dos termos linguísticos, realçada nos últimos tempos pela filosofia da linguagem, teve como consequência o reconhecimento de natural "plurisignificação das normas jurídicas" (Guerra, 1992/1993, p. 92) e, logicamente, da impossível atuação meramente declarativa na aplicação das mesmas.

Tal problemática é aumentada pelo uso cada vez mais amplo de conceitos indeterminados na legislação, que se revela como recurso de técnica-legislativa na produção de normas que possam se adaptar às constantes mudanças econômicas, sociais e culturais dos tempos.

Acrescente-se que a existência de normas-princípios evidencia o caráter axiológico na aplicação do Direito. O princípio tem estrutura lógica aberta, ou seja, não impõe conduta específica, mas positiva valores, fins, ordenando a realização dos mesmos. Ademais, em razão dessa mesma

7 Hoje, após as contribuições filosóficas de Schleiermacher, Heidegger e Gadamer, a linguagem é colocada como centro da hermenêutica. O mundo somente é mundo quando nomeado. Sem a palavra, sem a linguagem, não há existência. No dizer de Raimundo Bezerra Falcão "viver é estar condenado - grata condenação! – a interpretar constantemente. É estar jungido a tirar sentido de tudo" (Falcão, 2004, p. 83).

estrutura e em face do pluralismo de valores presentes em um Estado democrático, os princípios estão em latente estado de colisão, devendo ser harmonizados no caso concreto, tarefa inviável sem a formulação de juízos de valor pelo juiz.

Do exposto até aqui, conclui-se inicialmente que o papel do magistrado não pode ser o de mero técnico do Direito positivo. Essa conclusão é ainda mais fortalecida quando se está diante de um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro que, como superação dialética do Estado de Direito Liberal e do Estado de Direito Social, impõe o respeito aos direitos fundamentais, ao tempo em que resgata as promessas da Modernidade, de justiça social, igualdade material e dignidade da pessoa humana, tudo dirigido pela Constituição que, positivando os direitos fundamentais, inclusive os de segunda e terceira geração, exige do Judiciário atuação firme na aplicação e realização dos mesmos. Com fundamento na primazia constitucional, o Judiciário pode e deve[8] contribuir para a efetiva incorporação, nas estruturas sociais, dos direitos fundamentais positivados no texto da Constituição, especialmente quando há omissão dos demais poderes.

Como ressalta Streck (2005, p. 55), no Estado Democrático de Direito há, ou deveria haver, um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário. Se, no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (plenitude da lei) e, no Estado Social, em razão da necessidade de intervenção estatal, esse centro era ocupado pelo Executivo, "no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário", justamente em razão dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição, como a ação popular, a ação civil pública, as ações constitucionais, o mandado de injunção, a serem utilizados para o resgate dos direitos não realizados.

É óbvio, como adverte Garapon (1999, p. 265), que à Justiça não cabe resolver todos os problemas sociais e ser responsável pelo bem-estar das pessoas. Evidente, ainda, que com este posicionamento intervencionista do Judiciário não se pretende abolir a participação dos cidadãos na busca política pelo respeito e implementação dos Direitos Fundamentais via Executivo, Legislativo e movimentos sociais.

---

8 Sobre tal questão, cabe registrar o entendimento de José de Albuquerque Rocha, para quem, a teor do art. 5º, § 1º, da Constituição, o Judiciário está obrigado à imediata aplicação dos direitos fundamentais, de modo que ao negar-lhes aplicação ou limitar-lhe o conteúdo, quando de sua interpretação, estará violando-os (Rocha, 1995, p. 67).

Seguramente, também, não se defende a assunção pelo Judiciário de uma postura assistencialista, providencial, com uma simplista "judicialização da política e das relações sociais", pois tal não será propícia à realização de um Estado democrático composto por cidadãos ativos (Streck, 2005, p. 51).

Entretanto, na omissão dos demais poderes e, sendo provocado, o Judiciário, até mesmo em face da obrigação de julgar, deve atuar para que seja efetivado o Direito. Nas palavras de Ruffia: "el Estado-juez se mueve sólo porque aquellos que deberían haber realizado espontáneamente determinados intereses, actuando así la voluntad de la ley, no lo han hecho" (Ruffia, 1973, p. 504).

Repita-se que a busca política (direta ou representativa) pela efetivação dos valores consagrados na constituição deve ser incentivada. Do mesmo modo, o Judiciário deve zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos e pela participação dos cidadãos, especialmente os excluídos, na formação da vontade política. Mas o Judiciário, mais do que harmonizar os demais poderes, mais do que garantir os procedimentos democráticos na formação da vontade política, deve, sim, assumir o papel de um intérprete, não apenas da lei, mas do Direito, pondo em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral explícita e implícita no ordenamento jurídico, especialmente na norma constitucional (Streck, 2005, p. 45-46).

A Constituição, ao estabelecer as condições do agir estatal e colocar várias ações e instrumentos à disposição da sociedade para a efetivação dos direitos fundamentais (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança, mandado de injunção, substituição processual, dentre outros), explicita que a omissão do Estado (Executivo e Legislativo) no cumprimento dos objetivos por ela traçados, autoriza, ou mesmo impõe, que o Judiciário dê resgate aos direitos não realizados.

5 Perfil do magistrado no Estado Democrático de Direito brasileiro

No Estado Democrático de Direito, o magistrado deve ter consciência de que o Judiciário não pode exercer papel subalterno aos demais poderes constituídos. A postura pessoal do juiz há de ser de independência e de respeito em relação aos demais membros do poder.

Do mesmo modo, não há lugar, no Estado Democrático de Direito, da postura tradicional em que são consagrados os mitos da neutralidade,

apoliticidade, do juiz boca da lei, porquanto ao magistrado, conforme já explicitado, cabe juízo valorativo e intensa atividade criadora.

De outro lado, também não há espaço para os arroubos do "juiz revolucionário", que aposta na ruptura da ordem jurídica para implementar a "sua" ideologia, os "seus" valores, o "seu" entendimento de uma sociedade justa e igualitária. As escolhas do juiz não podem ser distanciadas das escolhas que o titular do poder, o povo, positivou na Constituição.

Indispensável o cultivo, pelo magistrado, da tolerância como virtude, que se opõe ao fanatismo, ao sectarismo, ao autoritarismo. A postura do "juiz tolerante", é a daquele aberto aos inúmeros interlocutores, buscando soluções, especialmente nas questões envolvendo conflitos sociais, difusos ou coletivos, com a promoção de amplo debate[9], incluindo posicionamentos distintos, sem excluir nenhum, por alguma prevenção de ordem política, religiosa, ideológica, etc. O juiz tolerante compreende a pluralidade de valores existente em um Estado Democrático de Direito e as consequentes contradições tanto na formulação, quanto na interpretação dos textos normativos (Guerra Filho, 1992/1993, p. 25).

Ademais, como decorrência da fórmula política adotada no Brasil, se impõe um Estado-juiz responsável, prudente, atento não apenas ao que acontece, mas ao que pode acontecer. Nessa linha de ideia, mostra-se imperativo que o julgador seja consequente, estando consciente de que suas decisões produzem impactos, os quais podem, inclusive, reverberar para além das partes envolvidas, razão pela qual deverão ser considerados na condução do processo e nos atos decisórios. Assim, além de atender às normas constitucionais, o magistrado tem o dever de observar os impactos das decisões judiciais, conforme também impõem os arts. 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb) – incluído pela Lei 13.655/2018), dos quais se extrai a impossibilidade do juiz se desligar do contexto fático e das consequências práticas das suas decisões. Corroboram ainda, os comandos dos arts. 371 e 489 do Código de Processo Civil, que impõem o sistema de persuasão racional, que explicitam a incompatibilidade do sistema democrático com juízes "intimistas" na apreciação das provas ou na fundamentação de suas decisões.

Nesse panorama normativo, o juiz também não pode estar alheio às assimetrias de gênero e raça, havidas no processo, inclusive na perspectiva interseccional, cabendo-lhe, na condução do processo e no próprio julgamento, atentar para combater toda forma de preconceito,

9 Coerente com essa postura a presença de *amicus curie* no processo.

inclusive, aquelas decorrentes de outros fatores como origem, classe, etnia, sexo, idade, religião etc. Merece destaque nesse ponto, a aprovação pelo Conselho Nacional de Justiça de norma que estabelece força vinculante para as diretrizes do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero aos tribunais, às magistradas e aos magistrados de todos os ramos da Justiça e de todo o país (Resolução CNJ n. 492/2023). A fim de atender a esse normativo, ressalte-se, é necessário capacitar os integrantes do Poder Judiciário que, muitas vezes, estão, eles próprios, imersos em vieses discriminatórios enraizados estruturalmente na sociedade.

Aliás, as mudanças permanentes e os avanços de toda ordem ameaçam tragar todo aquele que não aceite o desafio do tempo, correndo com ele e desenvolvendo-se sem parar, como bem alerta Gilberto Freyre, para quem o ser humano, atualmente, é "um indivíduo em luta permanente contra o tempo para evitar não a velhice, nem a morte, que ninguém as evita, mas a obsolescência", só havendo um modo de evitar o triunfo do tempo sobre o homem, pelo estudo incessante, que permita que o saber possa sempre acompanhar o tempo (Freyre, 1973, p. 22/24).

No que pertine aos membros do Judiciário, esse aviso é ainda mais real, pois não há função estatal a exigir mais aprofundados e permanentes estudos do que a do juiz, chamado a resolver conflitos cada vez mais complexos, numa sociedade em permanente mudança. Cabe ao ser humano, e mais ainda aos magistrados, portanto, a capacidade de compreender a necessidade da permanente atualização de seus conhecimentos, habilidades e competências, num processo contínuo por toda a vida, a fim de transformar-se e tornar-se agente de mudanças na construção da sociedade desejada por todos.

Portanto, não é exagero afirmar que o aperfeiçoamento da função jurisdicional, a independência do magistrado e o acesso à justiça, em seu sentido mais amplo, passam necessariamente pela qualificação dos magistrados. E daí a necessidade do funcionamento contínuo e adequado das Escolas da Magistratura, as quais, no dizer de Ximenes Rocha, "têm uma importância enorme no aperfeiçoamento e fortalecimento do Poder Judiciário, na medida em que investem na qualificação ética, cultural e profissional dos juízes", tendo como maior desafio despertar nos magistrados "a convicção da importância da difícil missão de julgar seus semelhantes, de serem os garantidores dos direitos fundamentais da pessoa humana" (Rocha, 2013, p. 89).

Mas "o juiz não só deve dominar os conceitos jurídicos", como também "gozar de autoridade pessoal, para permitir que o grupo social se reconheça nele" (Garapon, 1999, p. 262), assim, não é demais ressaltar que não se pode ter democracia e Estado de Direito sem Judiciário honesto.

Nessa linha de raciocínio, além da honestidade, outras virtudes hão de ser cultuadas pelo magistrado, como a coragem. E há uma coragem específica do juiz: A de ser fiel à sua alta missão constitucional com independência, livre de injunções marginais, de pressões ilegítimas, em condições de cumprir, com incondicional respeito ao interesse público, os elevados objetivos que pautam a própria existência do Poder Judiciário.

Embora muitos outros valores devam ser apontados como inerentes à adequada postura do juiz verdadeiramente inserido em um Estado Democrático de Direito, merece ser ainda destacado o dever de cortesia com todos quantos se relacionem com a administração da Justiça, conforme bem expresso também no Código de Ética da Magistratura (CNJ, 2008). A cortesia carrega um tanto de civilidade e de lucidez; ajuda na comunicação, um dos maiores desafios da humanidade; contribui para um ambiente organizacional saudável; favorece a acessibilidade e mostra-se condizente com a ideia de que o Estado existe em função do ser humano, e que toda a ação estatal tem por finalidade proporcionar o bem-estar, a dignidade de cada um e a de todos.

6 Conclusão

O aumento do poder dos juízes e o papel preponderante do Judiciário no Estado Democrático de Direito têm como consequência o crescer de sua responsabilidade. Essa responsabilidade demanda uma postura pessoal do magistrado de independência e de respeito em relação aos demais membros de poder constituídos, além de um compromisso com a retidão, a honradez e a coragem de ser fiel à sua alta missão constitucional com independência, livre de injunções ou pressões ilegítimas. São essas virtudes que sustentam a legitimidade do Judiciário e, por conseguinte, a sua credibilidade.

Indispensável, ainda, a postura do juiz aberto aos inúmeros interlocutores, sem excluir nenhum por alguma prevenção de ordem política, religiosa, ideológica etc e, mais do que isso, atento e firme em combater, tanto nas suas atividades jurisdicionais, quanto nas administrativas, toda forma de preconceito ou discriminação.

Ademais, como decorrência da fórmula política adotada no Brasil, que impõe um Estado-juiz responsável, é imperativo que o julgador esteja consciente de que sua atuação repercute em diversas esferas da vida social, econômica, política e ambiental, devendo considerar os impactos de seus atos decisórios.

Em um contexto em que o juiz ocupa uma posição de poder singular, é essencial que ele busque constantemente evoluir, tanto pessoal quanto profissionalmente, reconhecendo e trabalhando suas próprias imperfeições, em um contínuo e permanente esforço individual para fazer o saber acompanhar o tempo.

E, para manter o Judiciário como opção eficiente de resolver as controvérsias entre os homens e contribuir na construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, corolário do Estado Democrático de Direito, mais do que propostas reformadoras da instituição, mais do que alterações nos campos do processo, urge mirar no "paradigma de magistrado" que queremos ter, "dando-lhe uma melhor formação humanista" (Rocha, 2013, p. 132), para o que é necessária uma mudança radical nos processos de seleção e formação do julgador, quiçá, do próprio ensino jurídico no Brasil.

Referências

AUAD, Jorgemisa Jorge. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o constitucionalismo brasileiro**. Ministério Público e Sociedade, Fortaleza, v. 4, n. 10, maio/set. 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). **Direitos fundamentais**: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.31-34.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

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

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF, 2018. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/norma/26582350/publicacao/26582429.

Acesso em: 24 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24 jun. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Resolução nº 492, de 17 de março de 2023**. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, 2023. Disponível em: https://www.tjce.jus.br/liderancas-femininas/publicacoes/resolucao-cnj-no-492-de-17-de-marco-de-2023/#:~:text=27%2F09%2F2023-,Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CNJ%20n%C2%BA%20492%2C%20de%2017%20de%20mar%C3%A7o%20de%202023,constitu%C3%ADdo%20pela%20Portaria%20CNJ%20n. . Acesso em: 7 jun. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Resolução nº 60 de 19 de setembro de 2008**. Código de Ética da Magistratura Nacional. Brasília, DF, 2008. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/127#:~:text=O%20magistrado%20deve%20esfor%C3%A7ar%2Dse,que%20sua%20forma%C3%A7%C3%A3o%20seja%20permanente. . Acesso em 23 jun. 2024.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREYRE, Gilberto. **Além do apenas moderno:** sugestões em torno de possíveis futuros do homem, em geral, e do homem brasileiro em particula**r**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1973.

FRIDRICH, Carl J. **Gobierno Constitucional y Democracia**: Teoria y práctica en Europa y América. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **La constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1994.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. - 9. ed.- refundida do Ensaio

e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. - São Paulo: Malheiros, 2018.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Estado de Direito e Judiciário na Pós-Modernidade**. Nomos: Revista do Curso de Mestrado da UFC, Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, v. 11/12, nºs 1/2, 1992/1993.

GUERRA, Marcelo Lima. Sobre critérios de racionalidade das valorações judiciais. **Nomos**: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, v. 11/12, n. 1/2, jan./dez. 1992/1993.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Líder, 2004.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A participação das minorias no Estado Democrático de Direito. In: LIMA, Martônio Montálverne Barreto; ALBUQUERQUE Paulo Antônio de Menezes (Org.). **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. O papel do Juiz na hermenêutica jurídica de Hans-George Gadamer. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, v. 36, n. 36, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direitos humanos, legitimidade e constitucionalismo. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). **Direitos fundamentais**: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.343-349.

MOTA, Clara. **Juízes ou burocratas?**: Práticas, estereótipos e discricionariedade da judicialização da previdência rural no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Palavras e Admirações**. Fortaleza: Edições UFC, 2013.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

RUFIA, Paolo Biscaretti di. **Derecho constitucional**. Madrid: Editorial

Tecnos, 1973.

SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da norma constitucional**. Barueri, SP: Manole, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Livraria do Advogado: Alegre, 2006.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

USERA, Raul Canosa. **Interpretacion constitucional y formula polític**a. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1988.

VERDU, P. Lucas. **Curso de derecho político**. Madrid: Tecnos, 1981. v. II.

Capítulo 16

A Propósito do Constitucionalismo Decorrente do Golpe Civil-Militar de 1964

Filomeno Moraes[1]

1 Introdução

> [...] O regime que pretenderam instituir em nosso País, reunindo, a um tempo e no mesmo documento, a suposta legalidade e o puro arbítrio, a convivência de duas ordens, uma pretensamente constitucional, a outra declaradamente extralegal, tinha de dar no que deu, pela singela razão de que elas são incompatíveis, excluem-se reciprocamente, motivo pelo qual, em verdade, as duas ordens nem são duas, nem são ordens: a desordem é uma só. [...]
>
> Paulo Brossard

O Brasil vivenciou recente conjuntura de ataque às instituições democráticas, republicanas e representativa e ao Estado de Dreito, o que culminou com o episódio do 8 de Janeiro (2023). No período, destacou-se o discurso, ora tímido, ora escrachado, da necessidade de "novo AI-5", acabando-se por encontrar projetos de "atos institucionais" engendrados pelos idealizadores do golpe de Estado e vindos à tona com as investigações da Polícia Federal e do Supremo Tribunal Federal.

Ao fim e ao cabo, em que consiste o esse "retorno do reprimido" pela ação política do populismo de extrema-direita brasileiro? Na verdade, a memória do AI-5 remete inevitvalmente ao constitucionalismo autoritário, que marcou a história do país por cerca de duas décadas, inaugurando-se com a edição do Ato Institucional de 9 de abril de 1964 e prosseguindo com a a semi-outorga de uma constituição (1967) e a outorga de outra (1969), mais dezesseis atos institucionais e 104 atos complementares, além uma

---

1 Doutor em Direito (USP). Livre-Docente em Ciência Política (UECE). Estágio pós-doutoral pela Universidade de Valência (Espanha). Publicou, entre outros, os livros **Estado, constituição e instituições políticas**: aproximações a propósito da reforma política brasileira" (Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021) e **A outra Independência a partir do Ceará**: apontamentos para a história do nascente constitucionalismo brasileiro (Fortaleza: Edições UFC, 2022), e o e-book **Crônica do processo político-constitucional brasileiro (2018-2022)** (Fortaleza: Edições Inesp, 2022).

oceânica quantidade de decretos-leis e outros diplomas normativos, a par da legislação produzida pelo Congresso Nacional, submetido a constrições como a ampliação das iniciativas do Poder Executivo, dos mecanismos de urgência e de outras restrições. De 1964 a 1979, conviveram a ordem constitucional e a ordem institucional, continuando – de 1979 a 1988 – a primeira, até que a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 viesse a sepultá-la.

O texto propõe-se a apresentar um panorama do constitucionalismo autoritário, tendo em vista, sobretudo, os assaltos ao Estado de Direito, que levaram à derrocada da Constituição de 1946 e à emergência das duas constituições da ditadura civil-militar. Tudo a par da congérie de atos institucionais que tornavam a ordem constitucional, mesmo autoritária, mais amena do que a brutalidade dos últimos. Para tanto, vale-se de dados histórico-constitucionais, da legislação e de material bibliográfico e documental.

2 A evolução constitucional do Brasil: constituições liberal-democráticas e constituições autoritárias

Na evolução constitucional do Brasil, com as suas continuidades e descontinuidades no que diz respeito ao constitucionalismo liberal-democrático, destacam-se as assembleias constituintes, bem como as constituições advindas de tais assembleias. São cinco momentos privilegiados – 1823, 1890/1891, 1933/1934, 1946 e 1987/1988 – da feitura de constituições. Entre as constituintes, além da de 1988, aconteceram duas congressuais, compostas de deputados e senadores, as de 1891 e 1946, as quais, findada a tarefa constituinte, passaram automaticamente a funcionar como Poder Legislativo ordinário. A única Constituinte exclusiva, ou quase-exclusiva, foi a de 1933/1934, que, promulgado o texto constitucional em 16 de julho de 1934 e terminada a sua tarefa no dia seguinte, com a eleição indireta e posse do presidente da República, transformou-se em Câmara dos Deputados, acumulando as funções do Senado Federal, até que, no ano seguinte, tomassem posse os novos deputados e senadores e a atividade legislativa ordinária tivesse curso.

Quer realmente iniciais, como a Constituinte de 1823, quer recriadoras de realidades jurídicas ab-rogadas ou derrogadas, as manifestações do poder constituinte originário têm as suas peculiaridades nacionais. Em geral, as constituintes têm o significado mais do que a mera

revisão de parâmetros jurídicos *tout court*, funcionando como momentos de construção de novos arranjos de poder. No Brasil, têm funcionado tanto para a saída de *autoritarismos revolucionários*, como em 1891 e 1934, quanto de *autoritarismos contrarrevolucionários*, como em 1946 (Moraes, 2011).

Efetivamente, a história política brasileira é fértil em matéria de assembleias constituintes, tendo sido instaladas em 1823, 1890, 1933, 1946 e 1987. Constituições, além das provenientes das assembleias constituintes, as de 1891, 1934, 1946 e 1988, existiram mais ainda as oriundas das sístoles autocráticas de ocasião: a Constituição de 1824, já que Pedro I dissolvera a Assembleia Constituinte instalada após a Independência, foi a primeira da série de ordenamentos constitucionais autoritários; 1937 assistiu a outra manifestação do autoritarismo no processo constitucional; em 1967 se editou nova carta, a qual, embora passando pelo Congresso Nacional, não se livrou do travo da imposição; finalmente, em 1969 se coroou, com a impropriamente chamada Emenda Constitucional (EC) nº 1, o conjunto de constituições outorgadas no Brasil (Moraes, 2011).

Os frutos advindos das assembleias constituintes representam, assim, contrapontos importantes aos surtos de autoritarismo que, periodicamente, marcaram a história político-constitucional brasileira. No seu tempo, tais assembleias estabeleceram arenas privilegiadas da participação política da sociedade. A propósito, merece atenção a assertiva de Raymundo Faoro (2007, p. 257 e 258), trazida a lume antes da Constituinte de 1987/1988, segunda a qual nunca o Poder Constituinte conseguira, nas suas quatro tentativas, "vencer o aparelhamento de poder, firmemente ancorado ao patrimonialismo de Estado, mas essas investidas foram as únicas que arvoraram a insígnia da luta, liberando energias parcialmente frustradas". De fato, "todos os passos, insuficientes na verdade, no caminho das liberdades e da democracia, nos quase 160 anos de país independente, foram dados pelas constituintes, que legaram à sociedade civil as bandeiras, frustradas e escamoteadas, de sua emancipação".

3 A Constituição de 1946, as *reformas de base* e o golpe civil-militar

A conspiração que antecedeu o golpe civil-militar de março/abril de 1964 foi reforçado com dois momentos cruciais, a saber, o comício das reformas na Central do Brasil, no dia 13 de março e, dois dias depois,

a mensagem presidencial de abertura da sessão legislativa daquele ano. Tanto em um como em outro, foi salientada a contradição presente na sociedade brasileira de então, uma fase acelerada de industrialização e desenvolvimento a par de um ordenamento jurídico que justificava uma realidade econômica e social qualitativamente diversa, pois elaborado antes que se acelerasse a industrialização e a urbanização.

Na Sexta-feira 13, Goulart (2009, p. 80-81) anunciava o deslanche das *reformas* de *base*, a saber, a agrária, a administrativa, a tributária, a bancária, a universitária e a política, prevenindo:

> [...] não receio ser chamado de subversivo pelo fato de proclamar – e tenho proclamado e continuarei proclamando nos recantos da Pátria – a necessidade da revisão da Constituição. Há necessidade, trabalhadores, da revisão da Constituição da nossa República, que não atende mais aos anseios do povo e aos anseios do desenvolvimento desta Nação. A Constituição atual, trabalhadores, é uma Constituição antiquada. [...]

Das *reformas de base*, duas, a reforma agrária e a reforma política, eram as mais nevrálgicas, por exigirem maiores e mais sensíveis, quiçá disruptivas, mudanças no arcabouço político-constitucional. Sobre a primeira, acentuava o presidente da República que, "sem reforma constitucional, trabalhadores, não há reforma agrária autêntica. Sem emendar a Constituição, que tem acima dela o povo, poderemos ter leis agrárias honestas e bem intencionadas, mas nenhuma delas capaz de modificações estruturais profundas", pois, não "há meio de se fazer a reforma sem mexer a fundo na Constituição. Em todos os países civilizados do mundo já foi suprido do texto constitucional aquela parte que obriga a desapropriação por interesse social, a pagamento prévio, a pagamento em dinheiro" (Goulart, 2009, p. 84).

De outra parte, Goulart (2009, p. 84) enfatizava em relação à reforma política:

> O povo quer que se amplie a democracia, quer que se ponha fim aos privilégios de uma minoria; quer que a propriedade da terra seja acessível a todos; que a todos seja facilitado participar da vida política do país, através do voto, podendo votar e ser votado; que se impeça a intervenção do poder econômico nos pleitos eleitorais e que seja assegurada à representação de todas as correntes políticas, sem quaisquer discriminações, ideológicas ou religiosas.

Na *Mensagem* (Brasil, 1964a) do dia 15 de março, a presidência da República arrola um conjunto de medidas econômicas e iniciativas políticas. Avaliava-se que existia um "momento nacional" caracterizado por uma poderosa aliança entre as aspirações populares e a "necessidade imperiosa

de reformas estruturais e institucionais", que permitia a concretização do projeto em paz e harmonia.

A primeira referência a uma reforma concreta, presente no documento apresentado ao Congresso, é a agrária. E é definida nos seguintes termos:

> Não é possível admitir-se continuem em vigor normas, padrões e valores que, em nosso meio, principalmente nas áreas rurais, perpetuam formas de relações de trabalho inspiradas nos resíduos de uma concepção aristocrática e feudal da vida e do mundo ou alicerçadas nas falsas premissas e nas hierarquizações injustas de um liberalismo econômico adverso aos encargos e às exigências do Estado Moderno (BRASIL, 1964a, p. VIII).

Na *Mensagem*, o presidente da República também dizia que, "para atender velhas e justas aspirações populares, ora em maré montante que ameaça conduzir o País a uma convulsão talvez sangrenta", sentia-se "no grave dever de propor ao exame do Congresso Nacional um conjunto de providências [...] indispensáveis e já agora inadiáveis, para serem, afinal, satisfeitas as reivindicações de 40 milhões de brasileiros", encarecendo, entre outras as seguintes sugestões de princípios básicos para a consecução da reforma agrária:

> - A ninguém é lícito manter a terra improdutiva por força do direito de propriedade. - Poderão ser desapropriadas, mediante pagamento em títulos públicos de valor reajustável, na forma que a lei determinar: a) todas as propriedades não exploradas; b) as parcelas não exploradas de propriedade parcialmente aproveitadas, quando excederem a metade da área total.
>
> [...]
>
> - Ficam supressas, no texto do § 16 do art. 141 a palavra "prévia" e a expressão "em dinheiro".
>
> - O art. 147 da Constituição Federal passa a ter a seguinte redação: — O uso da propriedade é condicionado ao bem-estar social. — A União promoverá a justa distribuição da propriedade e o seu melhor aproveitamento, mediante desapropriação por interesse social, segundo os critérios que a lei estabelecer (Brasil, 1964a, p. LII-LIV).

Sob a rubrica de *Reforma Política*, a mensagem destacava que "o amadurecimento da democracia brasileira está a exigir que as nossas instituições políticas se fundem na maioria do povo e que o corpo eleitoral, raiz da legitimidade de todos os mandatos, seja a própria Nação", consignando que:

> A Constituição de 1946, entre outros privilégios, consagrou, no campo eleitoral, normas discriminatórias que já não podem ser mantidas, em razão da justa revolta que provocam e da limitação numérica dos quadros eleitorais, que vem estimulando as atividades de órgãos de corrupção, os quais, por força do poderio econômico, procuram degradar a mais nobre das instituições democráticas: a representação popular (Brasil, 1964a, p. LIV-LV).

E concluía que "são inadmissíveis, na composição do corpo eleitoral, discriminações contra os militares, como as praças e os sargentos, chamados ao dever essencial de defender a Pátria e assegurar a ordem constitucional, mas privados, uns, do elementar direito do voto, outros da elegibilidade para qualquer mandatos" (Brasil, 1964a, p. LIV-LV).

A concepção de reforma política desposada pela *Mensagem* também acentuava a "discriminação inaceitável" contra os analfabetos, "mais da metade da população brasileira", tendo como consequência a "conclusão irrecusável de que o atual quadro de eleitores já não representa a Nação, urgindo sua ampliação para salvaguarda da democracia brasileira". Observava também:

> Acresce, ainda, a vizinhança cultural entre o analfabeto e o simples alfabetizado, nesta era em que a divulgação radiofônica estendeu a área de informações.
>
> A essas razões aliam-se também as discriminações políticas, que impedem - por mero arbítrio policial - concorram a quaisquer eleições ou se diplomem candidatos elegíveis ou que alcançaram as mais expressivas votações.
>
> A verdade, já agora irrecusável, é que o nosso processo democrático só se tornará realmente nacional e livre quando estiver integrado por todos os brasileiros e aberto a todas as correntes de pensamento político, sem quaisquer discriminações ideológicas, filosóficas ou religiosas, pata que o povo tenha a liberdade de examinar os caminhos que se abrem a sua frente, no comando do seu próprio destino (Brasil, 1964a, p. LV-LVI).

Para "esse passo essencial e inadiável", enfatizava ser "imprescindível que se altere a Constituição da República",

> a fim de nela incorporar [...] como princípios básicos de nossa vida política, as seguintes normas:
>
> - São alistáveis os brasileiros que saibam exprimir-se na língua nacional e não hajam incorrido nos casos do art. 135 da Constituição.
>
> - São elegíveis os alistáveis (Brasil, 1964a, p. LVI).

A reação aos dois eventos – o comício da Central do Brasil e os termos da Mensagem do presidente da República na abertura da sessão

legislativa de 1964, veio por meio da *Circular Reservada de 20 de março de 1964*, dirigida pelo Chefe do Estado-Maior do Exército, general Humberto de Alencar Castello Branco (2002, p. 799-801), aos "generais e demais militares do Estado-Maior do Exército e das organizações subordinadas", em que destacava o temor atinente à instalação de uma Assembleia Constituinte:

> São evidentes as duas ameaças: o advento de uma Constituinte como caminho para a consecução das reformas de base e o desenvolvimento em maior escala de agitações generalizadas do ilegal poder do CGT (Comando Geral dos Trabalhadores). As Forças Armadas são invocadas em apoio a tais propósitos.

Além do mais, acentuava-se que "a ambicionada Constituinte é um objetivo revolucionário pela violência com o fechamento do atual Congresso e a instituição de uma ditadura" De fato, a manifestação da Chefia do Estado-Maior do Exército funcionou como a senha para agregar os diversos grupos de militares e civis que conspiravam contra o governo Goulart. Assim, a instituição da ditadura não partiu de Goulart e dos seus auxiliares, seguidores e simpatizantes civis e militares. Na madrugada do dia 31 de março, as tropas do general Olympio Mourão Filho partiram de Minas Gerais com destino ao Rio de Janeiro, para derrubar o governo, o que surpreendeu tanto ao governo como aos conspiradores sediados no Rio de Janeiro, entre os quais o general Castello Branco; no final do dia primeiro de abril, o presidente João Goulart deixava Brasília com destino ao Rio Grande do Sul; nas primeiras horas do dia 2, o senador Auro de Moura Andrade, presidente do Senado, proclamou a vacância do cargo de presidente e, em seguida, no Palácio do Planalto, empossou o presidente da Câmara dos Deputados, Ranieri Mazzili, na presidência da República, sob as vistas do presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Ribeiro da Costa; no dia 4, no Uruguai, Goulart começava o exílio – prosseguido na Argentina - do qual só voltou ao Brasil, morto, doze anos depois (Ferreira, 2011; Figueiredo, 1993; Gaspari, 2014; Lima, 2018; Recondo, 2018; Urtado, 2023). Por esses dias, um *jurista adaptável* (Tomaz, 2024), Pontes de Miranda (1964c, p. 16), declarou à imprensa que "as Forças Armadas violaram a Constituição para poder salvá-la"!

4 A institucionalização autoritária

Nesse ínterim, no Rio de Janeiro, formava-se o autodenominado Comando Supremo da Revolução, composto pela general Artur da Costa

e Silva, o almirante Augusto Rademaker e o brigadeiro Correio de Melo. E iniciava-se o desmonte das instituições desenvolvidas sob a Constituição Federal de 1946 (Brasil, 1946, *on line*), o desmantelamento das organizações dos trabalhadores, intelectuais e estudantes, e a repressão contra auxiliares e apoiadores do presidente deposto, comunistas, socialistas, nacionalistas etc.

A falta de articulação dos conspiradores provocou muita confusão entre os vitoriosos sobre o que se devia fazer, desatando-se as propostas que defendiam desde uma intervenção cirúrgica e rápida às que se poscionavam por medidas mais radicais ainda em relação ao estabelecimento político. Um dos nós górdios dizia respeito à institucionalização do golpe militar. Acabou-se por encontrar a solução na formatação de instrumento por parte dos juristas Francisco Campos e Carlos Medeiros da Silva. Assim, no Ato Institucional (depois AI-1), editado em 9 de abril de 1964, se declarou o entendimento de *poder constituinte* dos realizadores do golpe de 64:

> A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. [...] Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. [...] Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular (Brasil, 1964b, *on line*).[2]

A ditadura foi longeva, estendendo-se por cerca de duas décadas, sujeita a *sístoles e diástoles*, para usar a terminologia do general Golbery do Couto e Silva (2003). A propósito, os títulos do conjunto de livros, escritos pelo jornalista Elio Gaspari, contêm uma tentativa de periodização, a saber, a *ditadura envergonhada*, a *ditadura escancarada*, a *ditadura derrotada*, a *ditadura encurralada* e a *ditadura acabada*. O certo é que, na esteira do tal AI, depois classificado como AI-1, editado pelo autointitulado Comando Supremo da Revolução, vieram, entre 27 de outubro de 1965 e 14 de

2 Segundo o historiador norte-americano John Foster Dulles (1983, p. 17), tal concepção assustou, inclusive, o embaixador norte-americano, com conhecida participação nas tratativas do golpe de Estado: "O Embaixador Gordon ficara muito chocado com o Ato Institucional, particularmente com o prólogo, que proclama o direito de uma revolução estabelecer suas próprias regras. O primeiro impulso do embaixador foi recolher-se a Washington, como um gesto de desaprovação, mas desistiu desse intento ante a perspectiva de que fosse eleito presidente o legalista Castello, que utilizaria seus poderes arbitrários com moderação e dentro de poucos meses levaria a nação de volta à legitimidade".

outubro de 1969, mais dezesseis AIs, além de 104 atos complementares (ACs), estes editados entre 27 de outubro de 1965 e 26 de julho de 1977.

Motivada pelas pressões da *linha-dura* militar e civil, Castello Branco editou o AI-2, em 1965, decretando-se, entre as medidas impactantes, a extinção dos partidos políticos, a reforma do Legislativo e do Judiciário, as eleições indiretas para presidente em 1966 e o julgamento de civis pela Justiça Militar. No ano seguinte, o AI-3 tratou das eleições indiretas também para os governadores e os prefeitos. Todavia, o AI-5 foi o mais tenebroso, pois, além de não permitir a apreciação judicial dos atos praticados de acordo com as suas normas e as dos atos complementares decorrentes, não tinha limite temporal, o que permitiu violências como o fechamento do Congresso Nacional por duas vezes, a cassação de mandatos parlamentares, a suspensão de direitos políticos, a aposentadoria compulsória de três ministros do Supremo Tribunal Federal e um do Superior Tribunal Militar, a punição de servidores públicos civis e militares, a edição do *Pacote de Abril* (1977), a tortura, a censura, e assim por diante.

Na sucessão de tais manifestações autoritárias legislou-se, entre outras matérias, do poder aos comandantes-em-chefe das Forças Armadas de suspender direitos políticos e cassar mandatos legislativos à suspensão das garantias da magistratura, de eleições indiretas nacionais, estaduais e municipais à convocação do Congresso Nacional para discussão, da votação e promulgação do Projeto de Constituição apresentado pelo presidente Castelo Branco, da vacância dos cargos de presidente e vice-presidente da República à atribuição da chefia Executivo aos ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica das funções exercidas pelo presidente Arthur da Costa e Silva, da atribuição de competência ao Poder Executivo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (de população superior a duzentos mil habitantes) para a realização de reforma administrativa ao banimento de brasileiro inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional.

5 A maximização do Poder Executivo e a minimização do Poder Legislativo

O regime que se inaugurou em 1964 e se consolidou a partir de 1968 promoveu inédita centralização de poderes no Executivo, deixando o Legislativo à margem da formulação, da decisão e da implementação da política nacional. Relegado a desempenhar papel secundário no sistema

político, o Congresso Nacional só deixou de funcionar regularmente por alguns períodos, só que, ao tempo em que lhe foi reservada posição de somenos importância, ampliou-se a ideologia, quando não sobre a sua inutilidade, pelo menos sobre a impossibilidade de o mesmo ser agente capaz de promover ou facilitar o processo de desenvolvimento.

Assim, diferentemente do autoritarismo dos países vizinhos, que, via de regra, não suportaram a existência da instituição legislativa, no Brasil o comportamento utilizado pelas forças que se assenhorearam do poder a partir de 1964 foi debilitar o Congresso através de sucessivas depurações nos seus quadros, de maneira a extinguir qualquer oposição ao projeto autoritário em implantação, coibir a emergência de quadros desviantes, extorquir a sua capacidade de legislar autonomamente ou de exercer efetiva função fiscalizadora e malbaratar qualquer prerrogativa importante dos parlamentares (Moraes; Machado, 2020).[3]

As concepções que se tinham acerca do Congresso, anteriores ao golpe de 1964, eram acidamente críticas. Em escritos que funcionaram como diagnóstico do período, dois importantes atores e observadores da cena nacional, politicamente antagônicos, vencedor e vencido, respectivamente Roberto Campos e Celso Furtado, dão em boa medida as concepções fundamentais sobre o papel do Congresso.

Segundo Campos (1975, p. 35-36), "no caso brasileiro, há poucas dúvidas que, antes das modificações constitucionais trazidas pela Revolução de 1964, o Congresso havia se transformado em 'engenho de inflação' ao multiplicar o orçamento de dispêndio, e em 'fator de distorção' de investimentos pela sua hipersensibilidade a pressões regionais capazes de destruir a coerência e o equilíbrio de planos e programas". Assim, "dupla constrição imposta à atividade legislativa - primeiro, a vedação do acréscimo de despesas e, segundo, a proibição de aprovação de novos projetos sem a

3 Durante o regime militar, o Congresso Nacional foi fechado por três vezes. A primeira foi decretada em 1966 pelo presidente Castelo Branco. Ante a resistência de congressistas, sob a presidência da Câmara de Adauto Lúcio Cardoso, o coronel Meira Matos, comandando tropa do Exército, invadiu e fechou o prédio do Congresso. Em 20 de outubro de 1966, foi baixado o Ato Complementar nº 23, decretando recesso do Congresso dessa data até 22 de novembro (LINHARES, 1999). Na segunda vez, que perdurou até outubro de 1969, o Ato Complementar nº 38, de 13 de dezembro de 1968, editado pelo presidente Costa e Silva, estabeleceu: "Art. 1º. Nos termos do art. 2º e seus parágrafos, do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, fica decretado o recesso do Congresso Nacional, a partir desta data" (BRASIL, 1968b, *on line*). Na terceira, durante o governo do general Ernesto Geisel, o Ato Complementar nº 102, de 1º de abril de 1977 (BRASIL, 1977a, *on line*), decretou o fechamento do Congresso, e o Ato Complementar nº 103, de 14 de abril do mesmo ano, decretou: "Art. 1º. Fica suspenso, a partir de 15 de abril de 1977, o recesso do Congresso Nacional decretado pelo Ato Complementar nº 102, de 1º de abril de 1977" (BRASIL, 1977b, *on line*).

correlata especificação das receitas - nasceu das lições úteis da experiência e não do capricho fútil dos tecnocratas".

Já Furtado (1967, p. 174-175) considerava que "as constituições políticas, inclusive a de 1946, foram usadas sempre como uma poderosa arma com a qual a oligarquia agrária buscava manter o seu *status* de principal força política". E tanto o Senado Federal quanto a Câmara dos Deputados constituíam-se instrumentos a favor das oligarquias, dos setores atrasados e renitentes ao processo de desenvolvimento". Além do mais, a configuração federativa, que conferia demasiados poderes ao Senado, no qual "os pequenos Estados agrícolas e as regiões menos desenvolvidas exercem uma influência decisiva", fazia com que o poder legislativo de fato pertencesse "a uma minoria da população habitante de regiões onde os interesses dos grandes proprietários são poderosos".

Na sua visão, o princípio de legitimidade do governo padecia de uma contradição inerente, pois, se de um lado havia necessidade de o governo adequar-se à Constituição, por outro, o presidente da República, para contentar a maioria que o elegeu, era levado a perseguir objetivos incompatíveis com os limites impostos a seu poder pelo Congresso, em virtude da Constituição. Uma contradição entre os dois princípios de legitimidade estabelecia-se: agir de acordo com os parâmetros constitucionais ou agir para satisfação da vontade popular. Manifestando-se como traço da política brasileira durante a República Populista e como o sintoma visível de um conflito interior importante, a corromper todo o processo político, estava, por via de consequência, a luta entre os presidentes da República e o Congresso Nacional, este funcionando como centro do poder das classes dominantes tradicionais.

De todo modo, embora caracterizada por práticas que não deixavam de ser elitistas, a integração populista enfatizava a inclusão seletiva de grupos sociais estratégicos e mobilizados, com a intervenção estatal sensível às pressões dos setores da massa urbano-industrial que logravam organizar-se. A emergência da ditadura militar, em 1964, focalizou de maneira substantiva a ação coletiva dos estratos subalternos e a intervenção nas suas organizações, com aquilo que a literatura denominou de *autoritarismo-burocrático*, ao contrário do sistema populista, caracterizando-se pelo seu caráter eminentemente excludente. Agora, tecnocratas de alto nível, militares e civis, trabalham em estreita associação com o capital estrangeiro (Weffort, 1978; O'donnell, 1988a e 1988b; Moraes, 1998).

Ainda sobre o Congresso Nacional, o aporte proporcionado por Wanderley Guilherme dos Santos (1986) não pode ser olvidado. Ao analisar a crise de 1964, concorda que ela foi resultado de um estado de imobilismo *político*, porém tal imobilismo não seria decorrência de um impasse entre o Executivo de base urbana *versus* um Legislativo de raízes rurais. O impasse teria sido consequência imperiosa de um conflito *político* caracterizado pela dispersão de recursos entre atores radicalizados, que impossibilitou o desenvolvimento adequado do sistema, acarretando uma crise de paralisia decisória. Indo de encontro ao pensamento de Celso Furtado, o mesmo autor questiona que nunca ficou provado de maneira conclusiva que o Legislativo, mesmo com a maioria de seus membros eleitos em áreas rurais, "houvesse sido consistentemente reacionário e hostil às propostas modernizantes oriundas do Executivo". Afirma também que outra tese, ainda a ser demonstrada, "é o pretendido caráter progressista dos sucessivos Executivos brasileiros, algo que permanece suposto mais que confirmado" (Santos, 1986, p. 22 e 20).

6 A crítica ao constitucionalismo autoritário

A quebra da ordem jurídica realizada pelo golpe de 1964, com a necessidade da sua reconstrução, sempre esteve presente no discurso governamental. A partir do reforço autoritário ocorrido em 1968/1969, com a edição do AI-5 (Brasil, 1968a, *on line*) e a outorga de uma constituição (a denominada Emenda Constitucional nº 1), o debate sobre uma nova ordem constitucional para o Brasil veio à tona. Dessa discussão participou, inclusive, o governo, visto que é um dado recorrente no discurso oficial a necessidade de institucionalizar-se, tendo todos os generais-presidentes – retórica ou sinceramente – reconhecido a ilegitimidade intrínseca ao regime e acenado com um futuro promissor, em termos de consecução de algum tipo de ordem democrática, para qual o país, naquele momento, não estaria preparado. A interferência militar era vista, assim, como uma espécie de intervenção cirúrgica, passageira, uma espécie de rito de passagem para uma idade política adulta. Destinava-se a intervenção militar à liquidação de um processo, que abrigou as intenções de alguns e os temores de muitos de transbordar os parâmetros capitalistas e as filiações internacionais do país. As Forças Armadas, fiadoras do novo regime, ou da nova ordem, se viam como a cabeça dotada da racionalidade que faltava às outras partes de um corpo acometido de grave doença (O'donnell, 1981).

Houve várias tentativas de reconstitucionalização dentro do figurino autoritário. A Constituição de 1967 foi um desses esforços de institucionalização da ordem autoritária em ascensão. O governo Castelo Branco deixou ao seu sucessor nova ordem jurídica, encimada por uma nova Constituição, que incorporava os dispositivos dos atos institucionais, além de uma Lei de Segurança Nacional e de uma Lei de Imprensa. Cumpre ressaltar que tal constituição foi, sob decurso de prazo, extorquida do Congresso Nacional, depauperado pelas constrições às suas prerrogativas trazidas pelos atos institucionais, diminuído pela cassação dos mandatos de boa parte dos deputados federais e enfraquecido por ameaças reais e simbólicas diversas

Outro esforço foi o do general Costa e Silva para a reforma da Constituição herdada de Castelo Branco, base da abertura que pretendia executar, com o levantamento do recesso do Congresso, a reorganização partidária e o fim dos atos de exceção (Chagas, 1979). A tentativa[4] redundou, afinal, frustrada, em primeiro lugar pelo recrudescimento do autoritarismo em 1968 e, em segundo, pelo impedimento e morte do presidente da República, o afastamento do vice-presidente e a emergência da junta constituída pelos ministros do Exército, da Marinha e da Aeronáutica. As veleidades de reconstitucionalização, então, sofreram um colapso, dada a outorga da Emenda Constitucional nº 1.[5]

Durante o governo do general Médici, o ministro Leitão de Abreu aventou a necessidade de descompressão, tendo mesmo encomendado um estudo ao cientista político Samuel Huntington (Branco, 1982, 68-70). Também Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1976) apresentou em 1972 um projeto minucioso de institucionalização para o país. Partindo de uma perspectiva inteiramente favorável ao regime militar e à justeza dos pressupostos que tal regime vocalizava, considerava que

> [...] a construção política que ora se impõe reclama a elaboração de uma nova Constituição. A de 1967, embora retocada em 1969, pela Emenda

4 Para tanto, foi instituída "Comissão de Alto Nível", convocada e presidida pelo presidente Costa e Silva e composta pelo vice-presidente Pedro Aleixo (relator e organizador da reforma), ministro da Justiça Gama e Silva, chefe do Gabinete Civil Rondon Pacheco, ministro do Planejamento e Coordenação Hélio Beltrão, ministro do Supremo Tribunal Federal Temístocles Brandão Cavalcanti, ex-ministro da Justiça e do STF Carlos Medeiros da Silva e reitor da Universidade de São Paulo Miguel Reale (ALEIXO, 2002).

5 Foram quase quarenta as alterações (presumivelmente realizadas por Leitão de Abreu) da Junta Militar em relação à proposta da Comissão de Alto Nível. Entre elas, a disposição segundo a qual o AI-5 e os atos seguintes permaneceriam em vigência, por prazo indeterminado, e a extensão das penas de morte, prisão perpétua, banimento e confisco nos casos de "guerra psicológica adversa, ou revolucionária, ou subversiva" (ARAÚJO, 2002).

> Constitucional nº 1, não atende às exigências da institucionalização revolucionária. De fato, ela não traz um modelo capaz de realizar a Democracia no Brasil, nem apto a assegurar a continuidade da obra da Revolução de Março. Isto, aliás, salta aos olhos de qualquer um. Tanto assim é que a sobrevivência da Revolução tem sido garantida, segundo muitos pretendem, pelo Ato Institucional nº 5, que, na verdade, a suspende. [...] (Ferreira Filho, 1976, p. 122).

Ademais,

> A Democracia [...] não se resume num quadro institucional rígido, universalmente válido, para todas os povos. Ao contrário, ela pode e deve ser ajustada para cada caso, para cada nação, para cada tempo. É preciso cuidar cada povo de encontrar sua democracia possível, que concilie a ordem com o progresso. Essa é tarefa política magna: *A democracia possível para o Progresso na Ordem* (Ferreira Filho, 1976, p. 129).

Todavia, a liberalização do regime autoritário deu-se por decisão *interna corporis*, não resultando, por conseguinte, de qualquer mudança substancial na correlação de forças entre os protagonistas e oponentes. Destarte, o processo seguiu um padrão de movimentos contraditórios em diversas frentes, caracterizando-se pelo fato de que toda concessão do regime ou conquista da oposição é acompanhada por imposição de controles autoritários alternativos. De fato, a iniciativa e o controle do processo, até determinando momento, pertenceram ao regime. Tal processo de liberalização se inicia com a ascendência do general Ernesto Geisel à presidência da República, o que representou o acesso às posições superiores de mando do setor do regime favorável a uma mudança no sentido da descompressão política. O simples fato de Geisel comprometer-se publicamente com a *distensão* e o seu apelo à *imaginação criadora* dos políticos foram suficientes para transformar o clima político do país.

E, a partir de 1974, quando Ernesto Geisel foi empossado, assiste-se a mudanças no padrão de relacionamento entre a presidência da República e o Congresso Nacional, apesar da manutenção das restrições normativas, passando este a ocupar lugar de destaque no debate do processo político-constitucional. Por outro lado, o presidente da República adotou uma série de atitudes que restituíram ao Legislativo algum sentido de participação. A relação Executivo-Legislativo torna-se livre de muitos dos constrangimentos, principalmente em decorrência do relacionamento do governo com a Aliança Renovadora Nacional (Arena), que, durante o período Médici, ficara praticamente isolada do núcleo de poder. Com Ernesto Geisel, passavam os parlamentares tanto da Câmara dos Deputados

quanto do Senado Federal a ter maior acesso ao presidente da República e ao governo em geral. Ao mesmo tempo, o ministro da Justiça passa a articular-se permanentemente com as lideranças da Arena nas duas casas legislativas.

A atitude conciliatória do governo Geisel teve o condão de fazer com que o Parlamento despertasse do marasmo a que fora reduzido durante os anos do governo Médici. Ademais, o debate político que precedeu as eleições de 1974, a franquia aos candidatos tanto da Arena quanto do Movimento Democrático Brasileiro (MDB) ao rádio e à televisão e a relativa liberdade com que se procedeu às eleições faziam acreditar que o regime realmente estava mudando, embora o presidente da República reiterasse a sua disposição de governar com os *instrumentos de exceção*, apesar de preferir vê-los "não tanto em exercício duradouro ou frequente, antes como potencial de ação repressiva ou contenção enérgica" (Coutinho; Guido, 2001, p. 2.513).

Mas os resultados das eleições de 1974 afetaram o próprio *modus faciendi* do projeto de mudança política, a partir do que decidiram o papel que o Legislativo deveria exercer durante a *transição*, bem como a natureza do relacionamento Executivo-Legislativo. A decisão de *abrir* o regime sempre foi vocalizada enfatizando a disposição de o seu controle não ser repartido, devendo constituir, por conseguinte, monopólio do núcleo de poder que ocupava o aparelho de Estado, à frente do qual se situava o grupo que ascendera com o general Geisel.

Com as eleições parlamentares de 1974, o Congresso Nacional, formalmente, adquiriu uma posição importante dentro do sistema decisório, com a oposição passando a ter *poder de veto* em matéria constitucional. Já que as emendas constitucionais necessitavam de 2/3 dos membros de cada casa legislativa e o MDB alcançava mais de 1/3 dos deputados federais (além de adquirir uma bancada de vinte senadores), estas emendas somente poderiam ser aprovadas mediante acordo entre o governo e a oposição, o que, em tese, significava a divisão do controle do processo de transição.

Ademais, os resultados das eleições, à medida que constituíam a primeira manifestação do eleitorado depois de iniciada a *distensão*, eram muito significativos para a mensuração da popularidade do regime. Acarretavam mesmo o esboroar da sua autoestima, a prenunciar medidas tendentes a evitar a perda do controle do processo de mudança política. Ou seja, partindo do pressuposto de que a manutenção do controle do processo

pelo próprio regime era a condição *sine qua non* sob a qual repousava a possibilidade de abertura, era bastante previsível a tomada de medidas que evitassem o crescimento da oposição parlamentar e que anulasse os efeitos dos resultados eleitorais.

A rejeição pela oposição parlamentar, no início de 1977, do projeto de reforma do Judiciário foi o pretexto de que o governo se utilizou para refrear o Congresso, decretando-lhe o recesso. O *Pacote de Abril* – um conjunto de emendas constitucionais e de decretos-leis editados pelo presidente da República - neutralizou o poder da oposição congressual em matéria constitucional e colocou, mais uma vez, o Congresso à parte das decisões importantes da vida política. Baixando o quórum para reformas constitucionais de 2/3 para a maioria absoluta de cada uma das casas legislativas, o que tirava a rigidez constitucional, instituindo os senadores *biônicos*, criando a sublegenda para as eleições dos senadores escolhidos pelo voto popular, modificando os critérios de eleições dos deputados federais e estendendo a Lei Falcão (Brasil, 1976, *on line*) às eleições parlamentares de 1978, o governo, por um lado, readquiria o controle sobre o Congresso, enquanto, por outro, colocava limites a possíveis incômodos futuros da oposição nas casas legislativas. De tal modo, tornava incontrastável o seu poder sobre os limites da *distensão*.

O *Pacote de Abril* abriu, pois, os caminhos para a realização das reformas que faziam parte do projeto liberalizante do governo. A partir de então, sem dificuldades, o Congresso aprovou a emenda constitucional que extinguia parcialmente o AI-5 e pôs alguns dos seus dispositivos no texto constitucional de 1969 ((Brasil, 1978, *on line*), além da anistia e da reforma partidária. À edição do *Pacote de Abril* se seguiu uma série de outros *pacotes* de medidas casuísticas, os quais o Executivo extraiu do Congresso.

A cada enfrentamento do Congresso em relação ao Executivo, este respondeu com a imposição de controles que neutralizam o ato de rebeldia. Em resumo, a conduta do Executivo em relação ao Legislativo, durante o decorrer do processo de *distensão*, foi bastante contraditória e potencialmente conflituosa, pois, à medida que o Parlamento aumentou a sua força política, resultou um consequente enfrentamento ao Executivo. Por seu turno, este, embora tendo perdido alguns dos instrumentos autoritários, sempre manteve controles e força suficiente para retaliar o Congresso. Cassação de mandatos parlamentares, imposição de leis, ameaças públicas ou veladas e até o fechamento temporário do Congresso,

caracterizaram o padrão de relacionamento Executivo-Legislativo a partir de 1974.[6]

7 Considerações finais

O golpe civil-militar de 1964 quebrou formalmente a ordem democrático-constitucional com a edição, em 9 de abril, do Ato Institucional (AI). Materialmente, a ruptura se dera alguns dias antes, com a derrubada do presidente João Goulart e a assunção *manu militari* do soi autointitulado Comando Supremo da Revolução. De fato, o estabelecimento burocrático-autoritário, além de quebrar a legitimidade da ordem jurídica e interromper a caminhada constitucional liberal-democrática reiniciada em 1946, proporcionou a justaposição entre uma *ordem constitucional* e uma *ordem institucional*: a primeira encimada pela Carta outorgada em 1969 e a segunda, pela permanência o AI-5, que, embora deixasse de vigorar a partir de 1º de janeiro de 1979, tinha os seus efeitos mantidos e, inclusive, resguardados de qualquer apreciação judicial.

A ditadura estendeu-se por cerca de duas décadas, e o país ficou sujeito a uma transição extremamente *lenta*, *gradual* e *segura* (para o regime militar). Pode-se dizer que somente em 1988, quando veio à tona a Constituição realizada durante quase dois anos de trabalhos constituintes, é que a normalidade jurídico-constitucional se estabelecia. Todavia, permaneceu em muito aquilo que foi chamado de "entulho autoritário", qual seja os resquícios da legislação infraconstitucional da ditadura.

O constitucionalismo autoritário decorrente do golpe de 1964 esmerou-se na tentativa de, em boa medida, subverter as instituições básicas que se desenvolviam no país desde o final do século de XIX, a saber, a república, o federalismo, o bicameralismo eletivo e periódico, a tripartição de poderes e, decorrente da Revolução de 30, o proporcionalismo. Por fim, deixou como herança maldita a memória do constitucionalismo iliberal da ditadura, que persiste, como o diz o discurso e a prática dos sujeitos políticos adversos ao constitucionalismo liberal-democrático da CF/1988, certamente o mais largo e o mais democrático consenso a marcar a vida política nacional.

---

6 Somente com a Emenda Constitucional nº 22, de 29 de junho de 1982, deram-se passos importantes na restituição das funções e prerrogativas do Poder Legislativo, com tal emenda proporcionando, embora com muitas restrições, o retorno da imunidade parlamentar, bem como da capacidade fiscalizatória do Congresso Nacional (BRASIL, 1982, *on line*).

Referências

ALEIXO, José Carlos Brandi. Introdução. In: SENADO FEDERAL. **A constituição que não foi**: história da emenda constitucional nº 1, de 1969. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 15-29.

ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira de; MACIEL Eliane Cruxên Barros de Almeida. A comissão de alto nível: história da emenda constitucional nº 1, de 1969. In: SENADO FEDERAL. **A constituição que não foi**: história da emenda constitucional nº 1, de 1969. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 31-83.

BRANCO, Carlos Castelo. Liberar sem transferir poder (entrevista). **IstoÉ**, São Paulo, nº 265, p. 68-70, 20 jan. 1982.

BRANCO, Humberto de Alencar Castelo Branco. Circular Reservada de 20 de março de 1964. In: BONAVIDES, Paulo; AMARAL Roberto. **Textos políticos da História do Brasil**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002. v. VIII, p. 799-801.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/legislacao. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. **Mensagem ao Congresso Nacional**. Brasília: Presidência da República, 1964a.

BRASIL. **Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964b.** Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968a.** Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao. Acesso em 10 maio 2024.

BRASIL. **Ato Complementar nº 38, de 13 de dezembro de 1968b**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 6.339, de 1º de julho de 1976.** Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. **Ato Complementar nº 102, de 1º de abril de 1977a**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao. Acesso em: 6 jun. 2008.

BRASIL. **Ato Complementar nº 103, de 14 de abril de 1977b.**

Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. **Constituição (1967).** Emenda Constitucional nº 11, de 13 outubro de 1978. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. **Constituição (1967).** Emenda Constitucional nº 22, de 29 de junho de 1982. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao. Acesso em: 10 maio 2024.

CAMPOS, Roberto. O Poder Legislativo e o desenvolvimento. In: MENDES, Cândido (Org.). **O legislativo e a tecnocracia**. Rio de Janeiro: Imago/Conjunto Universitário Cândido Mendes, 1975. p. 31-41.

CHAGAS, Carlos. **113 dias de angústia**: impedimento e morte de um presidente. Porto Alegre: L&PM, 1979.

COUTINHO, Amélia; GUIDO, M. Cristina. Geisel, Ernesto. In: ABREU, Alzira A. et al. (Coord.). **Dicionário histórico-biográfico brasileiro pós-1930**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV; Cpdoc, 2001. v.III, COUTINHO, Amélia; GUIDO, M. Cristina. Geisel, Ernesto. In: ABREU, Alzira A. et al. (Coord.). **Dicionário histórico-biográfico brasileiro pós-1930**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV; Cpdoc, 2001. v. III, p. 2.510-2.522.

DULLES, John W. Foster. **Castello Branco**, o presidente reformador. Brasília: UnB, 1983.

FAORO, Raymundo. **A república inacabada**. São Paulo: Globo, 2007.

FERREIRA, Jorge. **João Goulart**: uma biografia. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. **Democracia ou reformas**: alternativas democráticas à crise política (1961-1964). São Paulo: Paz e Terra, 1993.

FURTADO, Celso. O Brasil ou os entraves ao desenvolvimento. **Paz e Terra**, Rio de Janeiro, n. 4, p. 165-181, 1967.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**: as ilusões armadas. São

Paulo: Companhia das Letras, 2014.

GOULART, João. **Discursos selecionados do presidente João Goulart**. Organização de Wanielle Brito Marcelino. Brasília: FUNAG, 2009.

LIMA, Danilo Pereira. **Legalidade e autoritarismo**: o papel dos juristas na consolidação da ditadura militar de 1964. Tese (Doutorado). São Leopoldo-RS, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Rio dos Sinos, 2018.

LINHARES, Marcelo. **O governo Castello Branco.** Fortaleza: ABC Fortaleza, 1999.

MIRANDA, Ponte de. Ponte de Miranda diz que as Forças Armadas violaram a Constituição para poder salvá-la. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, Primeiro Caderno, p. 16, 5 abr. 1964c.

MORAES. **A construção democrática**. Fortaleza: UFC/Casa de José de Alencar, 1998.

MORAES, Filomeno. A separação de poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e práxis política. *In*: SOUZA NETO, André Pereira de et al. **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 173-187.

MORAES, Filomeno. **Constituição econômica brasileira**: história e política. Curitiba: Juruá, 2011.

MORAES, Filomeno; MACHADO, Raquel. Legislativo e Executivo no Brasil sob a Constituição de 1988: normatividade, dinâmica, perspectivas. In: LUNARDI, Soraya et al. (Org.). **Desafios à estabilidade constitucional**: reflexões sobre a estrutura e direitos constitucionais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020. p. 77-93.

O'DONNELL, Guillermo. As forças armadas e o Estado autoritário no Cone Sul da América Latina. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, p. 277-304, 1981.

O'DONNELL, Guillermo. Transições, continuidades e alguns paradoxos. In: REIS, Fábio Wanderley; O'DONNELL, Guillermo (Org.). **A democracia no Brasil**: dilemas e perspectivas. São Paulo: Vértice/RT, 1988a. p. 41-71.

O'DONNELL, Guillermo. Hiatos, instituições e perspectivas democráticas. In: REIS, Fábio Wanderley; O'DONNELL, Guillermo (Org.). **A democracia no Brasil**: dilemas e perspectivas. São Paulo:

Vértice/RT, 1988b. p. 72-90.

RECONDO, Felipe. **Tanques e togas**: o STF e a ditadura militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Sessenta e quatro**: anatomia da crise. São Paulo: Vértice, 1986.

SILVA, Golbery do Couto e. **Geopolítica e poder**. 3. ed. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2003.

TOMAZ, Mateus Rocha. **A história não contada da Teoria Geral do Estado no Brasil**: juristas adaptáveis, ditadura e ensino jurídico no Estado Novo (1937-1945). Tese (Doutorado). Brasília, Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2024.

URTADO, Daniela. **Democracia constitucional brasileira e autoritarismo**: legalidade autoritária construída, desmontada e (re) inventada. Dissertação (Mestrado). Curitiba, Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2023.

WEFFORT, Francisco Corrêa. **O populismo na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

Capítulo 17

Direitos Sexuais como Expressão do Livre Desenvolvimento da Personalidade: o Papel do Estado e (Des)Proteção da Mulher com Deficiência

Joyceane Bezerra de Menezes[1]
Ana Paola Castro Lins[2]

1 Introdução

É com honra e senso de grande responsabilidade que aceitamos participar dessa obra em homenagem ao Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha, decano do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Trata-se de um tributo justo e merecido em reconhecimento da sua destacada trajetória na Corte estadual de justiça e sua inestimável contribuição acadêmica como professor da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará. Ao longo de sua carreira, o Desembargador Fernando Ximenes demonstrou um compromisso inabalável com a justiça, proferindo decisões que se destacam pela clareza, equidade e profundo conhecimento jurídico. Sua dedicação ao ensino e formação de novos juristas moldou uma geração de profissionais comprometidos com os mais altos padrões éticos e acadêmicos. Este reconhecimento não apenas celebra suas conquistas individuais, mas também enaltece os valores e a integridade que ele perfilha, servindo como um exemplo inspirador para a comunidade jurídica.

Em atenção ao campo do direito sobre o qual se debruçou e a sua atuação como professor de Direito Constitucional, o presente capítulo aborda importante direito fundamental: o direito à sexualidade como expressão da personalidade humana e as violações perpetradas ao corpo da mulher com deficiência.

1 Professora Titular da Universidade de Fortaleza e da Universidade Federal do Ceará. E-mail: joyceane@unifor.br

2 Professora da UNICHRISTUS e da UNIFB.

O direito à sexualidade é inerente à pessoa humana, sendo capitulado como um direito humano e fundamental indispensável ao livre desenvolvimento, o que importa ao *direito de personalidade*. Tem fundamento jurídico nos princípios da dignidade, da liberdade e da igualdade, constituindo expressão da autonomia e da intimidade. Em razão da igualdade e da vedação da discriminação, as pessoas com deficiência são destinatárias desses mesmos direitos.

No Brasil, o direito à sexualidade da pessoa com deficiência é expressamente assegurado pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, ratificada com o *status* de norma constitucional (Dec 186/2008 e Dec. 6.949/2015) e pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). De acordo com essas normas, o Estado tem o dever de instituir políticas públicas voltadas à promoção e à garantia do desenvolvimento da sexualidade de forma livre e digna.

Porém, o capacitismo continua presente na vida social e, consequentemente, no âmbito da própria família, que negligencia o tema, ainda considerado um tabu, especialmente, quanto ao sujeito com deficiência psíquica e intelectual. Crianças e adolescentes com essas deficiências são havidos como assexuados ou de libido acentuada, sem a devida competência para compreender as questões atinentes à sexualidade.

Cerca de 18,6 milhões de brasileiros com 2 anos ou mais de idade (ou 8,9% desse grupo etário) têm algum tipo de deficiência, conforme Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio – PNAD, realizada em 2022.[3] Apenas 4,2% desse contingente apresenta *grave limitação* ou *nenhuma condição* para "aprender, lembrar-se das coisas ou se concentrar" ou "dificuldade de se comunicar, para compreender e ser compreendido". Pode-se supor, portanto, que a maioria das pessoas com deficiência têm condições de exercer os seus próprios direitos, ainda que amparadas em algum tipo de apoio.

3 A informação resulta da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, realizada em 2022. Para efeito do módulo *Pessoas com Deficiência da PNAD Contínua*, foram utilizados instrumentos desenvolvidos pelo WG (Washington Group), como base para construção do questionário, no qual as perguntas aplicadas a todas as pessoas de 2 anos ou mais de idade, envolvem dificuldades em domínios funcionais como enxergar, ouvir, andar, funcionamento dos membros superiores, cognição, autocuidado e comunicação. Todas as perguntas do questionário deste módulo possuem as mesmas quatro categorias de respostas, que variam com o grau de dificuldade que o entrevistado declara ter ao realizar determinada atividade, usando uma de suas funções. As possibilidades são: (1) tem, não consegue de modo algum, (2) tem muita dificuldade, (3) tem alguma dificuldade e (4) não tem dificuldade. A identificação das pessoas com deficiência é estabelecida por aquelas que responderam *ter muita dificuldade* ou *não conseguir de modo algum* realizar as atividades perguntadas em ao menos um dos quesitos investigados.

Nos termos da Lei nº 13.146/2015, a deficiência não afeta a capacidade jurídica da pessoa para o exercício dos seus direitos sexuais e reprodutivos (art. 6º, II). Em se tratando de pessoa com grave déficit na capacidade mental, uma vez que seja submetida à curatela (ainda vigente no Estado brasileiro), a medida não incidirá sobre a sexualidade do curatelado (art. 85, §1º.).

Devido à sua importância, a sexualidade é abordada pelo Sistema Único de Saúde (SUS) como um dos aspectos da atenção integral à saúde. Sob esse prisma, é dever do Estado a garantia dos direitos sexuais à pessoa com deficiência.

Cumpre analisar os limites conceituais dos direitos sexuais e em que consistem os deveres do Estado e da família no que toca a essa temática. Para tanto, subdivide-se o artigo em três tópicos: no primeiro, abordam-se os direitos sexuais como parte do desenvolvimento da personalidade; no segundo, enfocam-se os direitos sexuais da pessoa com deficiência e, no terceiro, trata-se do dever do Estado de assegurar a efetivação desse direito como parte da atenção integral em saúde.

A metodologia utilizada na elaboração da pesquisa segue uma abordagem de natureza qualitativa, descritiva e exploratória; bibliográfica, quanto ao tipo; pura, quanto ao manejo dos resultados, colhidos a partir de um estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa teórica. A título de resultados, estima-se que devem ser respeitadas as escolhas de vida que a pessoa com deficiência é concretamente capaz de fazer, norteada pelo modelo de apoio, em detrimento à substituição da vontade, e que é dever do Estado promover a garantia do exercício dos direitos sexuais à pessoa com deficiência. O texto é subdividido em três tópicos: o primeiro trata a sexualidade como parte do desenvolvimento da personalidade; o segundo, discorre sobre a sexualidade da pessoa com deficiência e, por fim, trata do dever que tem o Estado de promover a saúde e, consequentemente, os direitos sexuais da mulher com deficiência.

2 Direitos sexuais como parte do desenvolvimento da personalidade

A personalidade é uma estrutura complexa e de conceito polissêmico. Em uma acepção comum, pode ser compreendida como o modo ser de cada um, a organização mais ou menos estável que "a pessoa imprime à multiplicidade de relações que a constituem" (Groeninga, 2006, p. 446).

A partir da combinação de fatores hereditários, físicos, psíquicos e sociais, a personalidade é configurada com um atributo do sujeito em contínuo processo de desenvolvimento e adaptação pelas escolhas decorrentes de sua autodeterminação. Embora iguais como membros da mesma espécie, o mapa genético de cada pessoa se soma aos seus valores e experiências para torná-la um ser irrepetível. Segundo Capelo de Sousa (1995, p. 18),

> Cada homem tem sua específica individualidade e autonomia, auto-propõe-se a objetivos pessoais, valora as situações em função de critérios próprios, adapta-se a si próprio e ao mundo e age e estrutura a sua personalidade com bases em complexas, diversificadas e muitas vezes antinômicas estruturas de ser e dever ser, como a sua herança biogenética, a educação recebida, as circunstâncias sócio econômicas, os seus instintos, a sua afectividade, o seu temperamento, a sua racionalidade, a sua ética, o seu caráter as suas aspirações, os seus interesses.

A disciplina dos direitos de personalidade pode sofrer alterações de um ordenamento jurídico para outro. Em termos mais genéricos, há países que adotam um rol exaustivo de direitos especiais de personalidade, e outros que optam por um rol exemplificativo, atípico, não raro somado a uma cláusula geral de tutela da pessoa. Na compreensão de Adriano De Cupis (2008, p. 26), a pluralidade dos direitos de personalidade se traduz em interesses como a vida, a integridade física, a identidade, etc. Sob uma perspectiva mais aberta, Perlingieri (2007, p. 156) sustenta que

> [...] não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações.

No Brasil, o Código Civil trouxe um rol exemplificativo de cinco direitos especiais de personalidade, entre os arts.11 e 20, mencionando o direito ao nome, ao corpo, à recusa a tratamento com risco de morte, à imagem e à vida privada. A doutrina admite a existência de uma cláusula geral de tutela, a partir da articulação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade e solidariedade (Tepedino, 2001; Moraes, 2003), por meio da qual se garante proteção à personalidade independentemente da previsão legislativa expressa.

Por meio dessa cláusula geral de tutela, é o sujeito quem decide o que é melhor para si. Em uma sociedade plural, diante de um catálogo aberto de direitos fundamentais é possível concluir pela existência de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade que permite à pessoa

determinar suas escolhas, segundo os próprios valores (Teixeira; Konder, 2010, p. 5). Admitida a existência dessa cláusula geral de tutela, caberá ao intérprete delimitar o seu conteúdo, em atenção ao contexto sociocultural, ao tempo e ao lugar onde o direito será aplicado (Menezes; Barroso, 2009). Assim foi que o Supremo Tribunal Federal reconheceu as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4.277) e o direito à identidade de gênero (ADI 4.274), por meio do qual as pessoas transexuais e travestis puderam alterar o nome e o gênero em seus documentos pessoais. No julgamento desta última Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), o relator, Ministro Luiz Edson Fachin, afirmou que "a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la".

Expressão da personalidade, os direitos sexuais e reprodutivos são considerados direitos humanos, fundamentais e de personalidade, correlacionados ao livre desenvolvimento. Estão previstos em vários documentos internacionais subscritos pelo Brasil, dentre os quais a "Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres", de 1979, quanto à eliminação de estereótipos impeditivos à igualdade de direitos entre homens e mulheres, ao direito ao planejamento familiar e à igualdade nos relacionamentos; a Conferência Internacional da ONU, sobre População e Desenvolvimento, no Cairo, em 1994, destacando a importância dos direitos sexuais e reprodutivos como parte dos direitos humanos; IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim (China), em 1995; e os Princípios de Yogyakarta, publicados em 2006 e complementados em 2017, para enfocar os direitos à orientação sexual e identidade de gênero. Embora não se possa falar em ratificação da Carta de Yogyakarta, os princípios nela consignados já foram expressamente utilizados para balizar várias decisões do Supremo Tribunal Federal, desde 2011.[4]

Os direitos sexuais consistem no direito de viver e expressar livremente a sexualidade, sem violência, discriminação ou imposições sociais. Envolvem o direito à educação, à informação, à expressão da orientação sexual, de escolher o parceiro e de decidir se quer ou não ter relações sexuais, independentemente de reprodução e com acesso aos serviços de saúde, pautados no respeito à privacidade. Eles incluem o acesso aos serviços de saúde e o direito de tomar decisões sobre gravidez e métodos contraceptivos.

4 RE nº 477.554/MG-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 26/11/2011.

É certo que nos últimos anos, avançou no Brasil uma agenda neoconservadora que intenta moralizar a esfera política e limitar os direitos sexuais, com risco de erosão à democracia (Biroli; Machado; Vaggione, 2020). Nesse contexto moralizante, algumas leis municipais, a exemplo da Lei nº 1.516, do Município de Novo Gama, estado de Goiás, intentaram proibir a divulgação de material com referência à ideologia de gênero nas escolas. Relativamente a essa lei em específico, o Supremo Tribunal Federal decidiu por declarar a sua inconstitucionalidade material,[5] por ser incompatível com o dever estatal de promoção de políticas de inclusão e de igualdade, contribuindo para a manutenção da discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero.

3 Direitos sexuais da pessoa com deficiência: igualdade e não discriminação

O respeito pela diferença e pela aceitação da pessoa com deficiência pressupõe o respeito à diversidade humana, com especial enfoque para a dignidade que é inerente à pessoa. Essa diversidade é a paradoxal pluralidade de seres singulares, pois o reconhecimento das peculiaridades próprias à existência humana também perpassa a consideração das especificidades que cada um, individualmente (Arendt, 2001).

A plena inclusão pressupõe uma sociedade acessível a todos e não apenas à pessoa típica, pois a deficiência não deve ser considerada um fator inferiorizante mas um aspecto da diversidade humana. Para incluir pessoas com limitações permanentes, é essencial reformular o meio social para eliminar as barreiras e estruturar mecanismos de apoio a fim de promover a responsividade do sujeito e a sua autonomia. Essa reengenharia das estruturas e processos é pauta do desenvolvimento econômico e obriga a todos os segmentos de uma sociedade democrática – governo, empresa, sociedade civil, conforme propõe Martha Nussbaum (2012, p. 103).

O reconhecimento das pessoas com deficiência como iguais em respeito e consideração e como parte da diversidade humana é indispensável para que sejam incluídos como sujeitos independentes e com voz para interagir com outros parceiros na sociedade. Mas essa realização existencial plena só será possível se a pessoa com deficiência for posicionada em simetria de oportunidade, em condição de alcançar a estima social desejada

5 Brasil. Supremo Tribunal Federal – STF. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF: 457 GO, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 27/04/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 03/06/2020.

e desenvolver livremente sua personalidade de acordo com seu projeto pessoal (Barboza; Almeida Junior, 2017, p. 36).

Segundo Antonio Pinto Monteiro (2018, p. 31), em conformidade com a transição do modelo de substituição para o modelo de acompanhamento ou de apoio na tomada de decisões, e ainda, de acordo com os princípios perfilhados pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, impõe-se o lema "*proteger sem incapacitar*". A pessoa com deficiência deixa de ser vista como mero alvo de políticas assistencialistas e paternalistas, para ser reforçada a sua qualidade de sujeito de direitos. Em vez da pergunta: "aquela pessoa possui capacidade mental para exercer a sua capacidade jurídica?", deve-se questionar: "quais os tipos de apoio necessários àquela pessoa para que exerça a sua capacidade jurídica?".

Assim é que CDPD reconhece a personalidade da pessoa com deficiência, fundamentada na dignidade em igualdade de condições com as demais e, em seu Artigo 25, ao tratar de forma específica da saúde sexual e reprodutiva na alínea "a", reitera que o amplo direito à saúde leva em conta as especificidades de gênero e não comporta nenhum tipo de discriminação baseada na deficiência.

No que toca aos aspectos biológicos, estudos científicos citados por Gherpelli (1995) demonstram que a pessoa com deficiência mental preserva a estrutura límbica do sistema nervoso. Do mesmo modo, "a sua constituição anatômica, processos biológicos, desenvolvimento dos caracteres sexuais primários e secundários, produção hormonal masculina e feminina, menarca e semenarca, além dos impulsos biológicos", são comuns a qualquer ser humano.

Não raro, as maiores dificuldades que surgem nessa área não derivam da deficiência em si, mas de um inadequado sistema de educação sexual. Para que se garanta a manifestação saudável da sexualidade, a pessoa com deficiência necessita de orientação educacional que lhe permita lidar e expressar melhor as suas emoções e os seus desejos ao seu arbítrio (Maia, 2001).

Os pais devem promover a educação sexual dos filhos com ou sem deficiência durante a infância e adolescência, até a maioridade. Uma vez que alcançam a capacidade civil, os pais continuam oferecendo o suporte necessário, material e imaterial, em decorrência do parentesco. De acordo com o Código Civil, no art.1.590, as disposições legais relativas à guarda e aos alimentos se estendem aos filhos maiores incapazes.

Nessa medida, as pessoas maiores com grave deficiência mental, sob curatela e consideradas relativamente incapazes, estarão sob os cuidados dos pais? Cotidianamente sim. São eles os provedores e, não raro, os curadores. A legislação dispõe, no entanto, que a curatela não incide sobre temas como a sexualidade (art.85 §1º, LBI).

Mas os apoios podem recair sobre essa temática? Nada impede. A tomada de decisão apoiada pode ser estabelecida para o fim de oferecer apoio às decisões sobre atos da vida civil, sejam eles de natureza patrimonial ou existencial, campo no qual se acha a sexualidade (art.1.783-A, CC).

Frise-se que os apoiadores auxiliam no processo de consolidação de vontades da pessoa com deficiência, mas não há representação ou assistência. O papel do apoiador, nesses casos, é favorecer o alcance das informações e a ponderação dos riscos, para que o apoiado venha a realizar escolhas de modo mais seguro e consciente. Atuam "ao lado e como auxiliares da pessoa com deficiência, que será a verdadeira responsável pela tomada de decisão" (Barboza; Almeida, 2016, p. 269).

Por muito tempo e ainda hoje, com alguma medida, persiste no imaginário social a ideia de que as pessoas com deficiência psíquica/intelectual são assexuadas ou hipersexuadas, repercutindo atitudes discriminatórias generalizadas e/ou a "castração" da sexualidade. Essa adjetivação equivocada da pessoa com deficiência "angelical" ou "selvagem", fortaleceu o isolamento e a segregação, dificultando-lhe o acesso a uma orientação sexual mais consistente (Maia, 2001).

Ainda que possa parecer inusitado, já se defende na Espanha o direito à assistência sexual para as pessoas com deficiência. A medida se justifica porque faz parte das atividades básicas da vida diária, "[...] e igualmente puede formar parte de los derechos sexuales o del derecho a elegir uma forma de vida." (Roig, 2017, p. 16).

A LBI previu duas figuras específicas que podem oferecer apoio às demandas do cotidiano, quais sejam: o atendente pessoal e o acompanhante. Conforme art.3º., inciso XII, o atendente pessoal é a "pessoa, membro ou não da família, que, com ou sem remuneração, assiste ou presta cuidados básicos e essenciais à pessoa com deficiência no exercício de suas atividades diárias, excluídas as técnicas ou os procedimentos identificados com profissões legalmente estabelecidas". No campo dos cuidados básicos, é possível achar aspectos relacionados à sexualidade o atendente pessoal pode auxiliar a pessoa com deficiência como o assistente sexual, na Espanha.

O acompanhante, nos moldes do inciso XIV do mesmo artigo, é "aquele que acompanha a pessoa com deficiência, podendo ou não desempenhar as funções de atendente pessoal". Seria o sujeito encarregado de conduzir a pessoa com deficiência aos lugares que esta desejar, garantindo-lhe a segurança e cuidados.

Os direitos sexuais e reprodutivos são direitos humanos e englobam o livre direito de poder manifestar a sexualidade sem sofrer qualquer tipo de discriminação, estigma ou coerção. Todos têm o direito de decidir de forma livre e informada, de ter controle total sobre seu corpo, de escolher o companheiro sexual, de decidir sobre a sua vontade de manter ativa a vida sexual, ou ainda, ter acesso às informações referentes à saúde sexual, bem como aos meios contraceptivos. Mas ao longo da história, sob o pretexto de proteção, o exercício dos direitos sexuais da pessoa com deficiência foi praticamente negado.

4 Sexualidade da mulher com deficiência e o dever do Estado de promover a assistência integral em saúde

Tratada, quase sempre, como um tabu, a sexualidade raras vezes é uma pauta na missão de educar e sofre considerável influência de normas morais e religiosas. Como antes referido, um forte movimento político no Brasil questinou a inclusão da matéria no currículo escolar, sustentando que a temática deveria ser abordada apenas no ambiente doméstico.[6] Essa percepção talvez esteja atrelada a uma visão bastante estreita sobre o assunto, que não se resume à relação sexual ou ao marco em que se inicia uma vida sexual ativa.

6 Em setembro de 2019, foi instaurado um inquérito pelo Ministério Público de São Paulo para apurar a decisão do então governador João Doria de recolher 340 mil apostilas de alunos do 8º ano do ensino fundamental da rede pública estadual de ensino, por conterem textos sobre 'identidade de gênero'. Estimulado por boatos circulados em redes sociais de que o governo paulista estaria fazendo apologia à 'ideologia de gênero' em estudantes de 13 anos, o governador ordenou o recolhimento imediato das apostilas por meio de sua conta pessoal no *Twitter*, sem qualquer ato oficial. "Fomos alertados de um erro inaceitável no material escolar dos alunos do 8º ano da rede estadual. Solicitei ao Secretário de Educação o imediato recolhimento do material e apuração dos responsáveis. Não concordamos e nem aceitamos apologia à ideologia de gênero", escreveu Doria pelo Twitter. A Promotoria investiga possível violação do direito à educação e aos princípios constitucionais do ensino, além de eventual lesão ao erário. A Secretaria da Educação tentou justificar a censura alegando que as temáticas eram inadequadas para a faixa etária, assim como seriam vedadas pela Base Nacional Comum Curricular (BNCC) (Magalhães; Matarazzo, 2019). Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/09/04/mp-instaura-inquerito-para-apurar-decisao-de-doria-de-recolher-apostila-por-alegar-apologia-a-ideologia-de-genero.ghtml. Acesso em: 6 jun. 2024.

O termo sexualidade se relaciona ao erotismo, ao desejo, ao afeto, às fantasias, às ideias, às sensações, às condutas e às proibições. Pode-se defini-la, de acordo com Martins *et. al*. (2010, p. 9), como "elaborações culturais sobre os prazeres e os intercâmbios sociais e corporais que compreendem desde o erotismo, o desejo e o afeto, até noções relativas à saúde, à reprodução, ao uso de tecnologias e ao exercício do poder na sociedade".

Dentre essa vastidão de possibilidades, o Direito, ao longo do tempo, se ocupou de algumas situações relacionadas à sexualidade (pautado por questões de ordem moral, de bons costumes ou de saúde), seja para proteger a dignidade e a liberdade sexual, com previsão de tipos penais;[7] seja para elencar os impedimentos para o casamento, com a restrição de uniões desaconselháveis do ponto de vista genético;[8] seja para normatizar a sexualidade reprodutiva[9] (Barboza; Almeida, 2020, p. 106).

É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, segundo disposto no art. 8º da Lei nº 13. 146/2015.

No que se refere à reprodução, as mulheres com deficiência, como todas as mulheres, têm o direito a uma contracepção segura e eficaz. No caso da cirurgia de esterilização irreversível, em que há uma diminuição permanente da integridade autorizada pelo ordenamento, o consentimento está relacionado à aceitação, ou seja, a uma condição de legitimidade para que o tratamento seja realizado, para que se evite uma atuação arbitrária do médico sobre a integridade física do paciente sem a sua autorização.

Como observado, a autonomia existencial para fins reprodutivos da mulher se fundamenta em princípios constitucionais como a liberdade e a dignidade humana, bem como nos direitos à privacidade e ao planejamento familiar, "que juntos sustentam a autonomia da mulher para decidir sobre seu próprio corpo em relação ao desejo ou não de procriar." (Barboza; Almeida Junior, 2017, p. 260).

---

7 O Código Penal Brasileiro foi alterado pela Lei nº 12.015/2009, momento em que passou do tratamento de crimes contra os costumes para crimes contra a dignidade sexual, alterando de forma substancial o tratamento dado aos crimes sexuais pelo ordenamento jurídico brasileiro. É possível citar também alterações posteriores, como a criação do crime de assédio sexual (Lei nº 10.224/ 2001), do crime de importunação sexual (Lei nº 13.718/2018) e de crimes ligados à registro e divulgação de imagens íntimas (Lei nº 13.772/2018 e Lei nº 13.718/2018).

8 O Artigo 1.521 do Código Civil de 2002 elenca as causas impeditivas do casamento.

9 A Lei no 9.263/1996 trata do planejamento familiar e da regulação da fecundidade, com ações voltadas ao atendimento em saúde reprodutiva.

Apesar de a Convenção vedar qualquer intervenção compulsória na fertilidade de meninas e mulheres com deficiência, a contracepção forçada ainda é comumente utilizada para suprimir a menstruação ou a expressão sexual para várias finalidades, incluindo práticas baseadas na eugenia de controle populacional, controle menstrual e cuidados pessoais e prevenção de gravidez resultante de abuso sexual (Frohmader; Ortoleva, 2012, p. 4).

Por habitarem um corpo que destoa dos padrões estéticos vigentes, muitas mulheres encaram preconceitos na vivência da sexualidade e na experiência da maternidade, enfrentando, ainda, "a descrença da sociedade de que possam corresponder às expectativas de gênero, como assumir os papéis de cuidadora, esposa e mãe." (Grue, 2002, p. 867).

Mas o fenômeno da deficiência deve ser compreendido como um processo que não se encerra no corpo, mas em um contexto social e cultural que fixa determinadas variações corporais como inferiores, incompletas ou passíveis de reparação/reabilitação quando posta em relação à corponormatividade, isto é, aos padrões hegemônicos funcionais/corporais predefinidos. Nesse sentido, a deficiência consiste no produto da relação entre um corpo com determinados impedimentos de natureza física, intelectual, mental ou sensorial e um ambiente que se mostra incapaz de acolher as demandas arquitetônicas, informacionais, programáticas, comunicacionais e atitudinais que garantem condições igualitárias de inserção e participação social (Diniz; Barbosa, 2010, p. 207).

As mulheres com deficiência encaram uma dupla desvantagem, devido a uma complexa combinação de discriminação baseada em gênero e deficiência que viola o seu direito de decidir sobre questões reprodutivas. Isso porque as experiências de opressão vivenciadas pelas pessoas com deficiência não estão na lesão corporal, mas na estrutura social incapaz de responder à diversidade, à variação corporal humana (Mello; Nuernberg, 2012, p. 638).

Constata-se que a mulher com deficiência, devido a uma complexa combinação de discriminação baseada em gênero e deficiência, apresenta "múltiplas vulnerabilidades, as quais são constituídas por duas condições principais: a de ser mulher e de ser uma pessoa com deficiência" (Farias, 2011, p. 18).

Propõe-se, segundo o modelo social de abordagem da deficiência, e com base na Lei Brasileira de Inclusão, que as vontades da pessoa com deficiência sejam atendidas na maior medida possível. Desse modo, limitações pessoais podem ser integradas por meio do apoio, o que

não significa substituição de vontade nem limitação à autonomia da pessoa humana. Segundo Menezes (2018, p. 11), "Na medida em que a manifestação volitiva seja adequada à realização da escolha que pretende realizar, mesmo que exarada por meio de mecanismos menos convencionais, haverá que se reconhecer os efeitos desta vontade".

Muito embora as necessidades contraceptivas das mulheres com deficiência não sejam essencialmente diferentes das demandas de uma mulher típica, observa-se que o padrão de uso de contraceptivos entre mulheres com e sem deficiência difere de maneira ampla:

> As mulheres com deficiência (particularmente aquelas com deficiências intelectuais) são mais propensas a serem esterilizadas, mais propensas a receberem contraceptivos injetáveis de ação prolongada e menos propensas a receber contraceptivos orais. Além disso, é muito menos provável que as mulheres com deficiência se envolvam na escolha e na tomada de decisões em torno do tipo de contracepção que usam (Frohmader; Ortoleva, 2012, p. 4).

Desse modo, as relações de gênero e as características de fragilidade feminina são intensificadas, devido ao histórico processo de infantilização e dependência familiar no qual estão submersas. De forma bastante frequente, são vistas como incapazes de exercer os papéis que são atribuídos às mulheres sem deficiência, tais como constituir família e cuidar dos filhos (Dantas; Silva; Carvalho, 2013, p. 4). "Elas relatam empreender grandes esforços para corresponder às expectativas sociais de serem mães adequadas, pois enfrentam o ceticismo do meio social quanto às suas capacidades de gerar e cuidar de um filho." (Grue, 2002, p. 868). Essas atitudes, valores e estereótipos negativos sobre a capacidade reprodutiva das mulheres com deficiência são entraves à obtenção de informações precisas sobre as opções contraceptivas (Frohmader; Ortoleva, 2012, p. 3).

Não se deve afastar o direito à autonomia corporal das mulheres com deficiência sob a justificativa de que elas não podem tomar decisões significativas sobre as suas próprias vidas. O Estado tem o dever de empoderá-las e permitir que possam, de forma livre e informada, deliberar acerca de seus projetos de vida, principalmente quando tais escolhas dizem respeito ao seu próprio corpo e são irreversíveis (Albuquerque, 2013, p. 25). Segundo Diniz (2003), "todos somos corpos temporariamente aptos, sendo poucas as fases da vida em que não necessitamos de cuidados ou apoio social."

Dessa forma, deve ser assegurado o protagonismo nas escolhas de vida da mulher com deficiência no que se refere à sexualidade, ao livre

planejamento familiar, às decisões em relação a ter ou não ter (e quantos) filhos, considerando que a sexualidade é inerente à vida de qualquer ser humano e vai muito além do sexo, que é tão somente seu componente biológico. Reconhecer os direitos reprodutivos, portanto, vai além da compreensão de que a mulher apresenta desejos sexuais e da ideia de que tem um corpo desenvolvido apto para procriação.

A Lei Brasileira de Inclusão também assegura, no art. 18, atenção integral à saúde da pessoa com deficiência, intermediada pelo SUS, mediante acesso universal e igualitário, em todos os níveis de complexidade. Os serviços de saúde pública devem resguardar o respeito à identidade de gênero e à orientação sexual da pessoa com deficiência, bem como atenção sexual e reprodutiva, o que inclui o direito à fertilização assistida.

5 Conclusão

A Convenção representa um marco na mudança de paradigma em relação às pessoas com deficiência, passando de uma preocupação em matéria de bem-estar social a uma questão de direitos humanos. Rompe-se com uma abordagem baseada na assistência e propõe-se que os direitos ali contidos sejam interpretados à luz dos princípios da igualdade e da não discriminação, do respeito pela diferença e pela autonomia individual e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana.

No entanto, apesar dos avanços legislativos, ainda se observam atitudes capacitistas e que estão longe de promover uma efetiva inclusão. Para discutir formas de enfrentar e eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência em assuntos relacionados ao casamento, à família e à reprodução, é necessário compreender a deficiência somente como mais uma característica da condição humana, afastando-se padrões de normalidade social.

Ressalta-se o papel fundamental da educação preventiva na promoção da tolerância, com vistas à erradicação total e incondicional de todas as atitudes de exclusão, marginalização, exploração e violência, para que se promova a justiça social, após séculos de tratamento assimétrico dos especialmente vulneráveis. Compreende-se que a inclusão das pessoas com deficiência deve ocorrer da forma mais ampla possível, o que abrange reconhecer a importância do pleno exercício dos direitos referentes à sexualidade.

Nesse contexto, necessitam de especial atenção em relação às decisões pessoais sobre questões da sua saúde sexual e reprodutiva, assegurando-se o protagonismo e o empoderamento nas suas escolhas de vida, no sentido de eleger livremente se (e quantos filhos) deseja procriar. Pressupõe-se a acessibilidade física e comunicacional nos serviços regulares de saúde, a facilitação no acesso a informações sobre os meios de contracepção, entendidos os direitos sexuais também como a prerrogativa que cada mulher tem de decidir acerca dos aspectos relativos à maternidade e, de maneira mais ampla, ao planejamento da constituição de uma família.

Assim, entende-se que o planejamento familiar, dentro do contexto da liberdade de conservar a fertilidade, é uma decisão do casal, não havendo espaço para a prática coercitiva de esterilização com fins de controle de natalidade.

Para além de todas as modificações ou adaptações nos ordenamentos jurídicos mundo afora, insista-se que a sociedade é quem deve se adequar para garantir a inclusão da pessoa com deficiência em igualdade de condições, reconhecendo-lhe a sua personalidade jurídica, sua autonomia e sua plena capacidade jurídica. É necessário redesenhar uma construção social que promova e proteja, na máxima medida, as vontades, os direitos e os interesses da pessoa com deficiência, resguardando, permitindo e facilitando o seu desenvolvimento e o exercício de seus direitos de maneira plena.

É fato que desconstruir paradigmas relacionados à pessoa com deficiência e suas potencialidades requer um trabalho árduo, que deve ser compreendido como um compromisso de diversas áreas do saber, uma vez que envolve a promoção de condições mais igualitárias de desenvolvimento humano e exige que os aspectos sociais, políticos e educacionais sejam repensados.

Se as maiores dificuldades que surgem nessa área não derivam da deficiência em si, mas de um inadequado sistema de educação sexual, fazem-se necessários o incentivo e a promoção da educação sexual sob a perspectiva da humanização, bem como do cuidado direcionado para o apoio, de modo a consolidar uma decisão válida e legítima, sobretudo com a compreensão de que a sexualidade humana não só abarca a procriação, mas também a livre possibilidade de autodeterminação pessoal. Impedir que uma pessoa decida sobre aspectos de sua sexualidade, além de infantilizá-la, equivale a negar-lhe sua condição de pessoa, em afronta à sua dignidade.

Referências

ALBUQUERQUE, Aline. Esterilização compulsória de pessoa com deficiência intelectual: análise sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito à autonomia do paciente. **Revista Bioethikos**, Centro Universitário São Camilo, v. 7, n. 1, p. 18-26, 2013.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Afirmação de gênero na tutela da pessoa com deficiência: um tabu a ser quebrado. *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord.). **Gênero, vulnerabilidade e autonomia.** Repercussões jurídicas. Indaiatuba-SP: Foco, 2020. p. 103-120.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. **Revista Brasileira de Direito Civil** – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 13, p. 17-37, jul./set. 2017.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. (Des)Igualdade de gênero: restrições à autonomia da mulher. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 240-271, jan./abr. 2017. Disponível em: http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5409/pdf. Acesso em: 03 jun. 2019.

BIROLI, Flávia; MACHADO, Maria das Dores Campos; VAGGIONE, Juan Marco. **Gênero, neoconservadorismo e democracia.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2020.

DE ASÍS ROIG, Rafael. ¿Es la asistencia sexual un derecho? **Revista Española De Discapacidad,** Madrid, v. 5, n. 2, p. 7-18, 2017. Disponível em: https://www.cedid.es/redis/index.php/redis/article/view/368. Acesso em: 8 jun. 2024.

DINIZ, Debora. **Modelo social da deficiência:** a crítica feminista. Brasília: LetrasLivres, 2003.

DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia. Pessoas com deficiência e direitos humanos no Brasil. *In*: VENTURI, Gustavo (org.). BRASIL. Presidência da República. **Direitos Humanos:** percepções da opinião pública – análises de pesquisa nacional. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010. p. 207-217.

FARIAS, Adenize Queiroz de. **Gênero e deficiência:** vulnerabilidade feminina, ruptura e superação. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade Federal da Paraíba, 2011.

FROHMADER, Carolyn; ORTOLEVA, Stephanie. The Sexual and Reproductive Rights of Women and Girls with Disabilities (July 1, 2012). **ICPD International Conference on Population and Development Beyond 2014**, July 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2444170. Acesso em: 20 maio 2019.

GARDNER, Howard. **Estruturas da mente.** A Teoria das Inteligências Múltiplas. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994.

GHERPELLI, Maria Helena Brandão Vilela. **Diferente, mas não desigual:** a sexualidade no deficiente mental. 2. ed. São Paulo: Gente, 1995.

GRUE L.; LAERUM K.T.: "Doing Motherhood": some experiences of mothers with physical disabilities. **Disabil Soc,** v. 17, n. 6, p. 671-683, 2002.

GROENINGA, Giselle. Direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). Família e Dignidade Humana. **Anais do V Congresso de Direito de Família.** São Paulo: IOB Thomson, 2006.

JIMÉNEZ, Rodrigo. The rigth to live a life free of violence for people with disabilities. *In:* RIOUX, Marcia H.; BASSER, Lee Ann; JONES, Melinda (ed.). **Critical perspectives on Human Rights and Disability Law**. 2011. p. 397-418.

LINS, Ana Paola de Castro e; VIANA, Rafaela Gomes. **A impossibilidade de esterilização compulsória como garantia da proteção da mulher com deficiência.** 2018. No prelo.

MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. Reflexões sobre a educação sexual da pessoa com deficiência. **Revista Brasileira de Educação Especial**, Marília, v. 7, n. 1, p. 35-46, 2001.

MARTINS, F.; ROMÃO, L.; LINDNER, L.; REIS, T. **Manual de Comunicação LGBT**. Curitiba: Ajir Artes Gráficas, 2010.

MELLO, Anahi Guedes de; NUERNBERG, Adriano Henrique. Gênero e deficiência: interseções e perspectivas. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 3, p. 635-655, set./dez. 2012.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do status, do resultado da conduta e da funcionalidade. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas,** Fortaleza, v. 23, n. 2, p. 1-13, abr. /jun. 2018. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7990/pdf. Acesso em: 15 maio 2019.

MENEZES, Joyceane Bezerra de Menezes; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. **O direito à orientação sexual como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.** Disponível em: https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/1770. Acesso em: 28 maio 2024.

MONTEIRO, António Pinto. **Das incapacidades ao maior acompanhado:** reve apresentação da Lei n.º 49/2018. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018. p. 25-38.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana.** Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUSSBAUM, Martha C. **Crear capacidades.** Tradução de Albino Santos Mosquera. Barcelona: Espasa libros, 2012.

PALACIOS, Augustina. **El modelo social de discapacidad:** orígenes, caracterización y plasmación em la Conevnción Internacional sobre los Derechos de las Personas com Discapacidad. Cermi. Madrid: Cinca, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** Uma Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Capítulo 18

A Efetividade da Prestação Jurisdicional no Modelo Processual Cooperativo Brasileiro

Juvêncio Vasconcelos Viana[1]
Bruno Pimentel Feitoza[2]

1 Introdução

A prestação jurisdicional estatal constitui temática essencial para a salvaguarda dos direitos coletivos e individuais, considerando que o processo funciona, primordialmente, como instrumento pacificador de resolução dos conflitos em uma sociedade democrática.

Um procedimento mais adaptado às peculiaridades da demanda resulta em um processo mais dinâmico e adequado aos anseios sociais, permitindo que todos consigam ter acesso a uma prestação jurisdicional justa e efetiva. Conforme a Exposição de Motivos do CPC/15, um sistema processual inefetivo representa a incompetência do ordenamento jurídico como um todo.

A garantia de um processo efetivo passa a ser, de igual modo, a preservação dos direitos fundamentais de cada indivíduo. Caso contrário, tais prerrogativas se tornariam apenas previsões teóricas, colidindo frontalmente com a noção de instrumentalização do processo fomentada pelo Estado Democrático de Direito, o qual preza pela efetivação do bem-estar social em detrimento da excessiva rigidez procedimental.

Quando a dinâmica processual passa a não promover de maneira efetiva os anseios da coletividade, o preceito constitucional do acesso à justiça perde sua aplicabilidade prática. Busca-se, então, encontrar formas de otimizar a capacidade do Estado de prolatar decisões justas, na mesma medida em que se viabiliza o cumprimento integral de seu mérito.

---

1 Advogado. Procurador do Estado do Ceará. Professor Titular da Faculdade de Direito da UFC. Doutor em Direito pela USP.

2 Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro Diretor do Grupo de Estudos Político-Constitucionais Avançados (Época), vinculado à UFC. Advogado, membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/CE.

Nesse sentido, o CPC/15 adotou expressamente o modelo de processo cooperativo em seu artigo 6º, pautado no estímulo à autonomia dos sujeitos processuais principais. O princípio da cooperação processual permitiu que os sujeitos principais detivessem a autonomia necessária para suprirem insuficiências pontuais do procedimento típico, quando a letra da lei não basta para a resolução de dilemas intrínsecos a determinadas demandas.

Insta-se salientar que a cooperação processual não se pauta em ideais irreais de companheirismo entre autor e réu, mas, sobretudo, o referido princípio impõe a obrigatoriedade do "jogo limpo", onde ambas as partes buscarão efetivar seus interesses e utilizarão do processo como meio idôneo para tanto.

O modelo cooperativo preza, portanto, pelo processo pautado na boa-fé, na vedação à decisão surpresa, na imperatividade do contraditório e ampla defesa - mesmo que haja a necessidade de postergação em determinados momentos -, na instrumentalidade das formas e tantos outros mandamentos principiológicos previstos ao longo do CPC/15 e da Magna Carta brasileira de 1988.

Buscar-se-á entender de que modo o modelo cooperativo, instaurado pelo CPC/15, impacta na efetividade da prestação jurisdicional, ao passo em que serão avaliados alguns institutos processuais atrelados à chamada flexibilização procedimental, fenômeno que busca garantir a materialização do modelo cooperativo no contexto processual pátrio, posto que o processo não mais se trata de um fim em si mesmo, mas um meio de se assegurar o direito em disputa.

Por fim, serão avaliadas as inovações processuais possibilitadas pela modulação ritualística no tocante a prestação jurisdicional estatal, salientando como uma postura mais ativa de autor, réu e juiz poderá mudar a forma de se compreender o sentido de efetividade no processo. Examinar-se-ão, ainda, as repercussões do modelo processual cooperativo para o empoderamento dos sujeitos processuais principais.

2 A cooperação dos sujeitos processuais principais

O Direito Processual Civil busca, em última instância, resguardar uma estrutura social onde os ditames considerados fundamentais pela coletividade possam ser concretamente exercidos em prol de todos. Um sistema processual civil estará em desarmonia com os ditames constitucionais

de um Estado Democrático de Direito caso não consiga efetivamente propiciar o reconhecimento e acesso aos direitos dos jurisdicionados.

A boa prestação jurisdicional se apresenta enquanto corolário dessa noção de Estado Democrático, pois a ineficiência estatal em resolver de forma pacífica as disputas sociais que se apresentam ao longo de seu território compromete intrinsecamente o bom funcionamento da democracia e de suas instituições.

A CRFB/88 pode ser considerada uma Constituição que adota como referencial uma sociedade cooperativa, onde preceitos basilares como o Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa são considerados grandes valores na busca pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Mitidiero, 2007).

Dessa forma, o CPC/15 institucionalizou em seu artigo 6º o princípio da cooperação, introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro um novo sistema processual, pautado no dever de colaboração entre os sujeitos processuais para a consecução de uma decisão meritória justa, efetiva e em tempo razoável.

A colaboração processual assume um papel fundamental na aproximação da prestação jurisdicional estatal dos direitos pleiteados em uma demanda processual. Ademais, Ihering (2004, p. 70) infere que "a idéia do direito e o interesse do Estado marcham neste ponto de mãos dadas. Por mais são que seja o sentimento jurídico, não resiste a um direito corrompido".

Pode-se dizer que o modelo cooperativo fomenta, em certa medida, discussões ao longo de todo o rito procedimental, de modo que a atividade cognitiva é partilhada entre os sujeitos processuais, sendo a decisão judicial fruto dessa atividade colaborativa (Didier, 2013).

Essa estrutura cooperativa pautada no devido processo legal e respeito ao contraditório fomenta o tratamento isonômico entre autor, réu e juiz, possibilitando que todos eles participem ativamente na construção do mérito, haja vista não haver hierarquia entre os sujeitos principais no modelo colaborativo.

A colaboração da coletividade visando o bem comum é uma das principais fundações da sociedade brasileira contemporânea e, a partir desse exemplo, o CPC/15 buscou fincar suas raízes em um processo que estimule o diálogo entre todos os envolvidos nas demandas.

Nesse sentido, adoção do princípio da cooperação pelo Diploma Processual Civil de 2015 visou substituir a lógica dedutiva de resolução

de conflitos pelo estímulo à argumentação, resultando em uma nova roupagem ao princípio do contraditório, o qual deixa de ser entendido meramente como um direito de informação/reação, e passa a ser abordado como um direito de influência (Theodoro Jr., 2017).

O processo cooperativo, portanto, pode ser dividido em duas partes, conforme a perspectiva da atuação do magistrado. Segundo Mitidiero (2007, p. 53), o juiz do processo cooperativo "[...] ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se alcançar, com isso, um 'ponto de equilíbrio' na organização do formalismo processual, conformando-o com uma verdadeira 'comunidade de trabalho'". Esse modo de operacionalização do processo permite que todo o limiar processual seja conduzido de uma maneira justa, mas sem sacrificar a predominância do interesse público no momento de prolação da sentença.

3 A efetividade da prestação jurisdicional estatal

A jurisdição caracteriza-se como uma das formas de controle do Estado contemporâneo sob a resolução de conflitos entre as pessoas naturais e jurídicas. Busca-se, primordialmente, promover a pacificação social, escopo basilar da prestação estatal e que se relaciona com os resultados do exercício da atividade jurisdicional perante a sociedade como um todo e seus indivíduos, em suas particularidades (Dinamarco, 2010). Essa paz social, conforme previamente destacado, passa a ser uma incumbência dos processualistas modernos.

Nesse sentido, a CRFB/88 previu no artigo 5º, inciso XXXV, o princípio do acesso à Justiça – também chamado de princípio do direito de ação ou princípio da inafastabilidade da jurisdição. Tal orientação principiológica deve ser compreendida em seu sentido formal e material, englobando todos os atos que visem obstaculizar o acesso pleno à prestação jurisdicional efetiva.

Os membros do Poder Judiciário, por exemplo, não poderão omitir-se ao exame do litígio, da mesma forma que o Poder Legislativo não poderá elaborar projetos de lei que impeça, direta ou indiretamente, a apreciação de lesão ou ameaça a direito pelos órgãos do Judiciário (Bulos, 2012).

Segundo Cappelletti (1988), o acesso à justiça constitui o direito mais basilar dentre os direitos humanos, partindo de um sistema jurídico que pretenda garantir o direito de todos, atribuindo-se aos juristas a necessidade de reconhecerem a função social inerente às técnicas processuais.

Por sua vez, um procedimento parcial, excessivamente oneroso ou demorado - e que, portanto, não atinja sua função teleológica – não detém a legitimidade necessária para regular a vida em sociedade, devido ao crescente dinamismo e engajamento em pautas políticas dos cidadãos contemporâneos.

A fase processual *instrumentalista*, advinda posteriormente aos períodos sincretista e autonomista, preza, notadamente, por essa visão externa do processo, enxergando-o a partir de seus resultados (Viana, 2003). Essa mudança característica deste terceiro período, o qual militava pelo reconhecimento da dimensão social do processo, foi batizada por Mauro Cappelletti como "revolução copernicana".

O momento *instrumentalista* do processo caracteriza-se especificamente por essa nova onda do acesso à justiça, que emerge enquanto resultado das fases que lhes precederam. Nesse terceiro movimento, o acesso à justiça detém acepção mais ampla, pois o processo não se resume apenas a uma ferramenta de aplicação do caso concreto, mas, sobretudo, representa um poderoso instrumento ético voltado a serviço da sociedade e do Estado (Viana, 2003).

Cabe aos estudiosos do Direito Processual Civil, portanto, colocar em evidência os mecanismos que causam um impacto significativo na resolução dos litígios. O acesso à justiça, por exemplo, não se restringe unicamente a um direito social fundamental. Esse preceito constitucional também representa o ponto central da moderna processualística (Cappelletti, 1988).

É nesse cenário de empoderamento dos sujeitos processuais principais, fomentado pelo modelo cooperativo, que a flexibilização procedimental encontra terreno fértil para desenvolver e consolidar suas possibilidades, bem como amadurecer no entendimento de suas limitações.

4 A flexibilização procedimental e a materialização da efetividade no modelo cooperativo

A partir desse inovador contexto colaborativo, o CPC/15 positivou diversos mecanismos que permitem a otimização da autonomia das partes e do juiz em detrimento da rigidez dos procedimentos típicos.

Dentre eles, destacam-se o fenômeno da flexibilização procedimental, que advém de uma interpretação ampliativa do princípio do acesso à justiça. Tal hermenêutica permite que, em determinadas situações,

o procedimento seja amoldado às necessidades intrínsecas da demanda, possibilitando a dispensa de atos processuais que se reputem prescindíveis (Wambier, 2017). Primordialmente, a flexibilização do rito procedimental encontra sua fundamentação principiológica nos ditames do acesso à justiça e da adaptabilidade do procedimento, ambos necessários para a aplicação proporcional do referido instituto.

O princípio da adaptabilidade do procedimento define que a flexibilização somente poderá ser utilizada em caráter subsidiário. Caso exista um procedimento legal expressamente positivado em algum dos dispositivos infraconstitucionais que atende com perfeição as necessidades fáticas, não há que se falar em adaptação (Gajardoni, 2007).

A adaptabilidade ritualística pode ser dividida metodologicamente em três vias, a depender de como o procedimento será flexibilizado. Tratam-se dos meios: legal, judicial ou convencional.

As vias legal e judicial são direcionadas ao magistrado, que observará as singularidades da demanda e realizará as medidas de flexibilização procedimental por meio de prévia permissão legal, ou excepcionalmente, baseado nas necessidades apresentadas pelo processo. Já a via convencional remete às negociações realizadas entre autor e réu, meio de adaptação procedimental que limita a atuação do juiz a fiscalização da legalidade dos atos praticados ou a homologação destes (Borgo, 2019).

Ao longo do Código Processual Civil brasileiro, observam-se diversos exemplos de institutos que têm como finalidade a adaptação do rito. Alguns dos mandamentos mais estudados pela doutrina e eu seguem essa tendência da flexibilização são: o art. 190, que trata da das convenções processuais atípicas; o art. 139, que tutela os deveres do magistrado; o art. 373, que dispõe sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova; o art. 191, que positiva o instituto da calendarização processual.

Nessa perspectiva, a jurisprudência pátria também caminha no sentido de garantir e ampliar mecanismos que fomentem a adaptação do rito processual. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, ratificou decisão de segunda instância que negou o habeas corpus[3] impetrado por um devedor de alimentos contra a apreensão de seu passaporte, em virtude de viagem aérea que seria realizada em assento de primeira classe, fundamentando no artigo 139, inciso IV, do CPC/15, norma que prevê a utilização de meios executórios atípicos para preservar os direitos do credor.

3 O número deste processo não foi divulgado em razão de segredo judicial.

Segundo o voto do Ministro Marco Buzzi (STJ, 2022), a tutela executiva em sede de cumprimento de sentença visa à salvaguarda de um direito, e a efetividade dessa prestação jurisdicional reflete um compromisso firmado pelo CPC/15, permitindo-se, portanto, a adoção de medidas executivas atípicas em atenção às peculiaridades do caso concreto.

A flexibilização procedimental apresenta-se, portanto, como uma medida de grande relevância para a consecução de uma prestação jurisdicional mais efetiva, posto que a autonomia concedida aos sujeitos principais viabilizará um processo mais célere, e consequentemente menos oneroso, tornando-se uma alternativa viável para evitar o dispêndio excessivo de verbas.

Não obstante, a partir dessa crescente autonomia concedida por lei aos sujeitos processuais no modelo cooperativo, surgem igualmente diversos questionamentos acerca da constitucionalidade dos dispositivos que permitem essa adaptação do procedimento.

Limites à liberdade processual precisam ser definidos pela doutrina e jurisprudência para que não haja um abuso de tais prerrogativas sob o pretexto de um processo mais adequado às partes.

Trícia Cabral (2021) destaca os direitos fundamentais processuais - acesso à justiça, devido processo legal, juiz natural, dentre outros - as prerrogativas do juiz, a administração judiciária e a proteção de terceiro como alguns dos limites que devem ser impostos à liberdade fomentada pelo modelo cooperativo.

Um ato processual, por mais que seja de concordância mútua de ambas as partes, não poderá violar os direitos à vida, igualdade, segurança, propriedade, etc. Assim como não poderão infringir os poderes instrutórios do magistrado, levando em consideração a sua prerrogativa do livre convencimento motivado.

5 Conclusão

Entraves processuais decorrentes dos procedimentos típicos são problemas evidenciados corriqueiramente no Poder Judiciário. Esses embaraços impedem que as partes consigam efetivar o seu direito a uma decisão meritória justa e em tempo razoável.

Em razão disso, viu-se que o engessamento do rito processual acaba prejudicando a própria função jurisdicional, haja vista a impossibilidade das normas processuais em prever todas as particularidades de cada caso,

impedindo que a demanda seja conduzida da maneira mais adequada às necessidades individuais.

As soluções normativas apresentadas pelo CPC/15 tendem a adotar uma postura mais generalista, visando abranger uma maior quantidade de possibilidades no mesmo texto legal. Porém, a adoção de uma postura estritamente legalista acaba por prejudicar especialmente aqueles que mais precisam de proteção do Poder Público.

Observou-se que, a partir desse aumento da autonomia proporcionada pelo modelo colaborativo, o processo civil se tornou uma ferramenta garantidora de direitos fundamentais, pois ele não mais necessita de constantes intervenções legislativas para alinhá-lo às diversas realidades enfrentadas por diferentes grupos sociais, reforçando a relevância dos diversos institutos voltados à flexibilização procedimental para a criação e consolidação de políticas públicas no âmbito do Direito Processual pátrio.

Nesse sentido, percebeu-se que a fase *instrumentalista* do Processo Civil, evidenciada no modelo colaborativo adotado pelo CPC/15, prioriza essa busca pelo resultado útil do processo em detrimento de normas que porventura não cumpram o seu papel social no caso concreto.

Contudo, essa liberdade dos sujeitos processuais principais que parte do modelo cooperativo como premissa e utiliza a efetividade da prestação jurisdicional como fundamento para aplicá-la, deve igualmente estar adstrita aos limites impostos pela CRFB/88 e demais normas infraconstitucionais. Não se podem infringir direitos processuais fundamentais ou prerrogativas do magistrado para a adoção de medidas que, a princípio, tornaram mais efetiva a prestação da tutela jurisdicional estatal.

Portanto, conclui-se que, apesar da necessidade de observância das limitações constitucionais e infraconstitucionais ao exercício da liberdade processual, o modelo processual cooperativo criou um ambiente propício ao fomento de institutos como a flexibilização procedimental, método de adaptação do rito que visa, em última instância, a concretização da prestação jurisdicional efetiva.

Referências

BORGO, Maria Celia Nogueira Pinto e. Breve análise sobre flexibilização procedimental por meio de negócio jurídico processual no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. **Revista Jurídica da UniFil**, [S.l.], v. 15, n. 15, p. 173-194, jun. 2019. Disponível em: http://periodicos.unifil.

br/index.php/rev-juridica/article/view/1089. Acesso em: 10 abr. 2024.

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

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. 2015.

BULOS, Uandi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-17382-8.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da liberdade processual**. 2 ed. Indaiatuba. Editora Foco: 2021. 200p. ISBN: 978-65-5515-316-3.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. 49. ed. Rio de Janeiro: **Revista do Ministério Público: MPRJ**, 2013. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2570844/Fredie_Didier_Jr.pdf. Acesso em: 9 abr. 2024.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade Procedimental**: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2007. DOI 10.11606/T.2.2007.tde-06082008-152939. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/en.php. Acesso em: 10 mai. 2024.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 91 p.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Editora Dialética, 2003. 350 p.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo**: O Direito Processual Civil no marco teórico do formalismo-valorativo. Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: https://lume.ufrgs.

br/handle/10183/13221. Acesso em: 01 abr. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma confirma apreensão de passaporte de devedor de alimentos que viajava de primeira classe ao exterior. **Notícias do Superior Tribunal de Justiça**, [*s. l.*], 29 jul. 2022. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/29072022-Quarta-Turma-confirma-apreensao-de-passaporte-de-devedor-de-alimentos-que-viajava-de-primeira-classe-ao-exterior.aspx. Acesso em: 22 mai. 2024.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual: REDP**, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 3, p. 238-255, 2017. Disponível em: www. redp.uerj.br. Acesso em: 5 abr. 2024.

Capítulo 19

Jurisprudencialização do Direito e os Modelos de Juiz na Literatura: Compreendendo o Papel do Intérprete do Direito

Lenio Luiz Streck[1]

1 Introdução

Falar da responsabilidade política dos agentes públicos nunca foi uma tarefa fácil no Brasil. A predominância de posturas personalistas no domínio do Estado é um problema que ainda atinge o conjunto das instituições mesmo após a redemocratização. A sacralização da figura do magistrado e o culto à discricionariedade são duas faces de um mesmo fenômeno que insiste em se manifestar mesmo depois da Constituição de 1988, pois reforça a ideia de que os juízes estariam acima do próprio direito. Todo o esforço da sociedade para que o Poder Judiciário conquistasse autonomia funcional não deveria ser compreendido como uma abertura para que os juízes exercessem uma "liberdade" interpretativa sobre a Constituição. Para isso é importante que os magistrados percebam sua condição de servidores que devem decidir sempre por princípio e nunca por livre escolha.

Nesse contexto, é possível situar a discricionariedade judicial como um problema de Estado de Direito (debilidade da limitação constitucional na atuação do Poder Judiciário) e, ao mesmo tempo, como uma grave ausência de responsabilidade política dos magistrados, já que estes acabam assumindo a condição de donos do Poder Judiciário e não o papel de servidores da República.

Para verificar o papel do intérprete do direito, faz-se necessária a desconstrução de uma tese que vem servindo de base para a caracterização dos modelos de direito e de juiz nos diversos sistemas jurídicos contemporâneos,

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Professor titular da Universidade do Vale do Rio Sinos (UNISINOS/RS) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ).

os conhecidos juízes Hércules, Júpiter e Hermes (Ost), que tem levado a diversos e diferentes equívocos na teoria do direito. Uma reflexão crítica sobre a aplicação do direito não pode abrir mão dos pressupostos hermenêuticos que apontam para a superação dos "modelos" (solipsistas) de juiz "criados" para "enfrentar" as agruras da indeterminabilidade dos textos jurídicos.

E nesse quadro é que o presente trabalho objetiva refletir sobre qual o modelo ideal de juiz no contexto da jurisprudencialização do Direito brasileiro. Para, a partir disso, trazer uma crítica aos precedentes à brasileira. A problemática que exsurge das teses precendentalitsas pode ser sumarizada assim: i) os precedentalistas dizem que "o Direito é indeterminado" e que "deveria ser determinado pelos tribunais superiores"; ii) essa "determinação" se dá via precedentes (teses, súmulas, etc.); iii) porém, esses precedentes são vistos pelos demais tribunais e juízes também como um "direito indeterminado"; iv) sendo assim, cada um "determina" esse direito discricionariamente e por livre convencimento; e o disso tudo resultado são v) milhões de recursos buscando uma nova "determinação"… E não termina nunca. Afinal, qual modelo de juiz o Direito brasileiro necessita em tempos de jurisprudencialização?

A propósito, o magistrado e professor Fernando Luiz Ximenes Rocha, que segue homenageado nesta obra, em 1997 já lançava luz sobre o tema do papel do intérprete do direito no contexto do Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição Federal de 1988. Especificamente sobre o papel do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. Em uma época que ainda não se falava em um sistema de precedentes nos moldes como se vê pós-CPC de 2015, Fernando Luiz Ximenes Rocha já alertara sobre o papel das cortes superiores e dos tribunais de piso na atribuição de sentido das leis ao dizer que

> o fato de se conferir a um tribunal especial ou a uma corte suprema o exercício da jurisdição constitucional, outorgando-lhe o mister de autêntico intérprete da Constituição não significa que os demais órgãos do Poder Judiciário não possam apreciar e decidir as questões de constitucionalidade suscitadas nas demandas submetidas ao seu julgamento. Ao contrário, tantos os juízes singulares como os demais tribunais não só podem como devem examinar tais questões, deixando de aplicar aquelas normas que consideram inconstitucionais (Rocha, p. 189, 1997).

Mutatis mutandis, esse é o ponto fundamental que atualmente tem importantes desdobramentos e que a tese precedentalista ignora ao, erroneamente, pregar a cisão entre a interpretação e a aplicação do direito,

colocando a tarefa interpretativa a par de um órgão especializado (Cortes de Vértice), e a este sendo incumbido fazer um estoque de normas para o futuro, ou melhor, verdadeiros interditos interpretativos. Como se fosse possível desonerar os juízes inferiores de interpretar.

É a partir desse novo contexto inaugurado com o CPC de 2015 que duas correntes se colocam: i) uma de cunho realista, para a qual, como dito, as Cortes de Vértice teriam a palavra final capaz de vincular os demais tribunais; aqui o direito passa a ser "aquilo que os tribunais dizem que as "Cortes de Vértice" disseram que é" -, e a que proponho, segundo a qual ii) considera-se o papel hermenêutico de todos os tribunais respeitando, é claro, o sentido adequado de precedentes que não podem ser confundidos com interditos interpretativos, como será abordado no decorrer do texto.

2 Precisamos falar sobre os precedentes à brasileira: entre a incompreensão e o problema da discricionariedade

O CPC de 2015 instaurou o debate sobre "um sistema de precedentes vinculantes". É desejável que o sistema seja previsível. Por isso fiz força para incluir o artigo 926 do CPC. Era necessário um sistema com previsibilidade e segurança. Mas não qualquer segurança. Aprovado o CPC, começou a batalha dos precedentalistas brasileiros para emplacar (e emplacaram, mesmo) a tese de que o direito, as leis, os textos, são indeterminados. Trata-se do realismo jurídico[2], pelo qual o direito posto pelo legislador é desprovido de sentido, cabendo às "Cortes de Vértice" (leia-se, tribunais superiores) estabelecer o sentido final. O ponto é esse. É o que se chama, cientificamente, de ceticismo.

Segundo a tese, nesse campo de indeterminação (equivocidade) (Mitidiero, 2022) (sic) se torna necessário o estabelecimento de uma espécie de "intérprete fundamental-final", que ponha ordem no estado de natureza textual. Assim, dada a (dita) indeterminação do direito, o "significado último" deve ser estabelecido por uma autoridade igualmente última, as ditas "Cortes de Vértice" (MITIDIERO, 2022) e seus precedentes vinculantes, os quais se manifestam por meio de súmulas, teses e temas repetitivos que os enunciam. Ou seja, os precedentalistas criam o espantalho chamado "direito indeterminado" para, em seguida, aplicarem o remédio jus realista.

2 Aqui não me refiro ao realismo escandinavo, de caráter mais epistemológico. Importa aqui são as diversas matizes do realismo norte-americano (e do genovês), que têm em comum o ceticismo em relação às leis e às próprias decisões dos tribunais.

É claro que há pontos de contato entre a nossa teoria — mormente a partir da defesa da coerência e integridade da jurisprudência que fiz e hoje contemplada no artigo 926 do novo CPC — e as preocupações legítimas de muitos "precedentalistas". Porém, dois elementos constantes na tese defendida por uma parcela dos "precedentalistas" revelam a sua incompatibilidade com o que de mais contemporâneo se fez e faz na teoria do direito pós Kelsen e pós-Hart: a) a aposta na vontade do intérprete das cortes de vértice e b) a cisão entre interpretação e aplicação.

Conforme a tese precedentalista, uma vez posto o precedente (por um ato de vontade, como se legislador fosse), o seu sentido se torna indisputável, devendo ser, por silogismo, aplicado pelos juízes. Vejam o que dizem Daniel Mitidiero, Luiz G. Marinoni e Sérgio Arenhard (2015, p. 105):

> os juízes e tribunais interpretam para decidir, mas não existem para interpretar; a função de atribuição de sentido ao direto ou de interpretação é reservada às Cortes Supremas.
>
> [...]
>
> No momento em que os juízes e tribunais interpretam para resolver os casos, colaboram para o acúmulo e a discussão de razões em torno do significado do texto legal, mas, depois da decisão interpretativa elaborada para atribuir sentido ao direito, estão obrigados perante o precedente.

Na obra de Marinoni, Mitidiero e Arenhart (2015, p. 51), reiteradamente se afirma que o Direito é duplamente indeterminado: "de um lado, os textos em que vazados os dispositivos são equívocos; de outro, as normas são vagas. Equivocidade e vagueza são elementos de indeterminação do significado dos textos e do alcance das normas". É a partir dessa "dicotomia" por eles trabalhada que pretendo apontar como esse pensamento é incompatível com a contemporânea teoria do direito pós-giro linguístico.

Com efeito, é possível verificar o que eles entendem por "equivocidade do texto": "A interpretação varia de acordo com a posição assumida pelo intérprete na sociedade ou diante de determinado conflito (diferentes interesses), com as suas inclinações ético-políticas (concepções de justiça), com os conceitos jurídicos de que se vale (concepções dogmáticas) e com os argumentos interpretativos eleitos (métodos interpretativos). A norma é resultado de um processo que visa a reduzir a equivocidade do texto e concentrar o seu significado" (Marinoni et. al. p. 51-52, 2015). Ou seja, para os autores, a interpretação depende da subjetividade do intérprete.

Sob essa perspectiva em que os "textos são equívocos" (sic) não haveria, para eles, como estabelecer uma "correspondência biunívoca entre texto e norma" [coisa, aliás, que praticamente ninguém mais defende, a não ser textualistas-positivistas clássicos]. A norma, seria então o resultado do processo de interpretação [disso também não se discorda, até porque, como diz Müller, a norma sempre é o resultado da interpretação do texto; o problema é como se dá essa atribuição de sentido da norma], o produto dessa atividade tendente a reduzir a equivocidade do texto. Porém, a indeterminação [sic] da norma gravitaria em outro plano, dizem. Assim, eles falam de vagueza, pois não seria possível antecipar exatamente quais casos que entrariam no seu âmbito da aplicação (Marinoni *et. al.*, 2015, p. 51-52).

Eis a questão metodológica fulcral da relação texto-norma: desde meados do século passado se sabe, com Gadamer, Dworkin e tantos outros, que estes não são momentos cindíveis, como se a aplicação pudesse se dar sem interpretação e vice-versa. Vale lembrar que, desde Gadamer, a hermenêutica se apoia na ideia de que a "autoridade" que se impõe no processo interpretativo é da tradição e não de quem realiza o ato interpretativo. Isso derruba o esquema S-O. A verdadeira autoridade, nesse contexto, decorre de um reconhecimento e não de uma imposição. Peço desculpas, mas essas coisas têm de ser ditas. Não se faz processo sem filosofia. Capas de sentido são insuficientes. E teoria do direito não é como era a decisão em Kelsen: "um ato de vontade". Não é pura descrição…e tampouco pura prescrição feita sem pagar pedágio à tradição. E teoria do direito não é teoria política. E não é uma "questão de opinião". Existem tradições. Que podem ser definidas como autênticas e inautênticas.

Que os juízes devem seguir precedentes, concordamos (de novo registro "minha emenda ao CPC" que introduziu o artigo 926). Os próprios tribunais devem seguir (seus) precedentes. O problema é os Tribunais de Vértice estabelecerem, estipulativamente, direito como regras gerais e abstratas. Essa tarefa é do legislador. Isto é, se o direito é indeterminado, seu sentido pode ser qualquer um. Sendo mais claro: no ceticismo precedentalista, o legislador tem papel secundário, ínfimo, porque a tarefa final de determinar o direito é das cortes superiores.

Claro que isso é um projeto de poder e que agrada os tribunais. Se há o poder de estabelecer o direito por autorictas (ato de vontade), o Poder Judiciário se transforma em legislador. Está aí a razão pela qual "se perdem no meio do caminho" os casos concretos que deveriam ensejar o precedente.

Portanto, para os precedentalistas, o precedente é algo que já nasce precedente, para vincular — quando, ao contrário, o precedente original do common law (somente) se torna um precedente a partir da atividade reconstrutivo-interpretativa da ratio por parte dos tribunais subsequentes. Aqui no Brasil, no afã de construir regras gerais, chegou-se a criar a figura do "precedente persuasivo". Ora, esse conceito sofre de uma contradição performativa: se é persuasivo, não é vinculante.

Há um grave problema interpretativo em se dizer (a essa altura da teoria do direito) que a linguagem jurídica é indeterminada e que, portanto, cabe aos tribunais ditarem o sentido das normas, de cima para baixo. É completamente parcial, distorcida e enviesada a importação da ideia de que um tribunal pode fixar um precedente, sem observar toda a dinâmica jurídica que acompanha esse instituto, como as técnicas de *distinguishing*, *overruling e overriding*.

Os equívocos interpretativos e a importação distorcida desse instituto não ocorrem de modo ingênuo, mas politicamente instrumental e que diz muito sobre nosso histórico social de desigualdades e autoritarismo. Em países de common law, precedentes se formam em meio ao diálogo entre os sujeitos processuais, sendo fruto de um empreendimento coletivo. Mas o Brasil não quer isso. Falamos de um país marcado por tentativas de "modernização autoritária", impostas de cima para baixo por algum demiurgo que molda a sociedade. Sempre temos uma elite que se acha a classe esclarecida, que estaria sub representada e mereceria mais poder sobre o povo ignorante, para atuarem como a vanguarda que fará o iluminismo, como denunciam tantos cientistas políticos. Leiamos a tradição do pensamento político e social desse país, que está repleta disso. De há muito demonstrou a importação equivocada de teorias e posturas.

Sempre me mantive contrário, com a Crítica Hermenêutica do Direito, à discricionariedade judicial e à ideia de que "interpretação é ato de vontade". Por isso mesmo, nenhum hermeneuta (tampouco os positivistas contemporâneos ou os habermasianos ou os dworkinianos, para falar só destas correntes) poderia aceitar calado a tese de que "interpretação teria como objeto textos normativos, enquanto que a aplicação teria por objeto normas, vale dizer, o conteúdo de sentido dos textos normativos" (Guastini, p. 10, 1999), a partir da qual os "precedentalistas" sustentam que a corte de precedentes existe para interpretar e os demais juízes e tribunais devem aplicar os precedentes, uma espécie de norma que contém em si mesma uma pré-interpretação.

3 Os modelos de juiz na literatura e a determinação do papel do intérprete do Direito

Para uma melhor compreensão acerca do papel do intérprete do direito nesta quadra da história, notadamente em tempos de jurisprudencialização do Direito, faz-se necessária a desconstrução de uma tese que vem servindo de base, há muito, para a caracterização dos modelos de direito e de juiz nos diversos sistemas jurídicos contemporâneos, o que tem levado a diversos e diferentes equívocos na teoria do direito. Essa questão tem uma relação umbilical com a questão da democracia e da divisão de poderes, na medida em que a jurisdição constitucional afetará essa problemática de acordo com aquilo que se pode denominar de teoria da decisão e o papel a ser exercido pelo juiz.

Uma discussão que atravessa os anos institucionalizou os modelos de juiz, como sendo *Júpiter, Hércules, Hermes,* a partir de um conhecido texto de François Ost (1993, p. 170-194), em que o professor belga propõe uma espécie de juiz pós-moderno-sistêmico (Hermes) que atuaria em rede e superaria, com grande vantagem, os "modelos anteriores". Com efeito, para Ost, basicamente a teoria do direito trabalha com dois modelos de juiz, que também simboliza(ria)m "modelos de direito" (Júpiter e Hércules). Consequentemente, simbolizam também os modelos de jurisdição. O primeiro representaria o modelo liberal-legal, de feição piramidal-dedutivo, isto é, sempre dito a partir do alto, de algum "Monte Sinai"; esse direito adota a forma de lei e se expressa em forma de imperativo, vindo a ser representado pelas tábuas da lei ou códigos e as Constituições modernas, sendo que dessa parametricidade é que são deduzidas as decisões particulares.

Já o modelo herculeano está sustentado na figura do juiz, que seria a única fonte do direito válido. Trata-se de uma pirâmide invertida, no dizer de Ost. É Dworkin quem, no dizer do autor, ao revalorizar até o extremo a figura do juiz moderno, atribui-lhe as características de Hércules. Embora diga que não pretende "equiparar" a tese de Dworkin aos realistas ou pragmatistas, Ost termina por colocar no Hércules dworkiniano os "defeitos" que caracterizariam o juiz "monopolizador da jurisdição" no modelo de direito do Estado Social, em que o direito "se reduz ao fato", enfim, à indiscutível materialidade da decisão. Esse juiz propiciaria um decisionismo, a partir da proliferação de decisões particulares.

Como contraponto, Ost apresenta um *tertius genus*, o juiz Hermes, que adota a forma de rede; nem um polo, nem dois, isto é, nem a pirâmide e nem um funil, e tampouco a superposição dos dois, senão uma multiplicidade de pontos de inter-relação; um campo jurídico que analisa como uma combinação infinita de poderes, tanto separados como confundidos, amiúde intercambiados; uma multiplicação dos atores, uma diversificação de regras, uma inversão de réplicas; tal circulação de significados e informações não se deixa aprisionar em um código ou em uma decisão: expressa-se sob a forma de um banco de dados. Assim, segundo Ost, o direito pós-moderno, o direito de Hermes, é uma estrutura em rede que traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis. Trata-se, em síntese, de uma teoria lúdica do direito. O juiz Hermes não é nem transcendência nem imanência; encontra-se em uma e outra dialética ou paradoxalmente (uma e outra).

Penso que, examinada à luz da hermenêutica filosófica e do neoconstitucionalismo, assim como a partir das diversas teorias do direito surgidas no século XX, a tese de Ost merece uma série de objeções, não tanto na parte em que propõe o Hermes como solução (que, a toda evidência, apresenta aspectos de grande relevância), mas, fundamentalmente, em relação às críticas ao "modelo herculeano".

Assim, em *primeiro* lugar, a objeção decorre do fato de haver um excessivo esforço em enquadrar o "modelo herculeano" no modelo de direito do Estado Social, colocando-o como uma antítese do juiz que caracterizaria o modelo de Estado Liberal (o modelo jupteriano), como se o modelo do "juiz do estado Liberal" fosse o juiz do positivismo primitivo (fase exegética do positivismo) e o segundo fosse o do modelo que simplesmente supera esse modelo, ou seja, no primeiro o "juiz seria a boca da lei" e seu superador seria o "juiz que faz a lei"...! Como veremos, isso constitui um equívoco.

A objeção seguinte decorre do fato de Ost não levar em conta que o juiz Hércules é uma metáfora e que representa exatamente o contrário do que sua tese pretende denunciar, isto é, *Hércules definitivamente não é a encarnação do "juiz/sujeito-solipsista"*, mas sim, é a antítese do juiz discricionário, este sim refém da filosofia da consciência (essa discussão, lamentavelmente, não aparece no texto, talvez porque a atuação de Hermes "em rede" supere, na tese de Ost, o "sujeito da relação").

Como terceira objeção, à tese peca também porque tudo aquilo que Ost aponta como missões do Hércules "assistencialista" (*v.g.*, "conciliar as economias familiares em crises; dirigir as empresas em dificuldades evitando, se possível, a quebra; julgar se corresponde ao interesse da criança ser reconhecido pelo seu pai natural, quando a mãe se opõe – art. 319.3 do Código Civil da Bélgica; apreciar se a interrupção voluntária da gravides pode ser justificada pelo "estado de angústia" da mulher grávida – art. 348 e seguintes do Código Penal belga; intervir efetivamente em conflitos coletivos de trabalho e decidir, em procedimentos de urgência, se a greve dos pilotos da companhia de aviação nacional, prevista para o dia seguinte às seis horas, é lícita ou não; julgar se o aumento de capital decidido com o objetivo de opor-se a uma oferta pública de compra de uma *holding*, cuja carteira de ações representa um terço da economia do país, está em conformidade com a lei; ou, ainda, impor sanções a trabalhadores e empresas que ameaçam o equilíbrio ecológico") *também pode ser feito sem que o juiz ou o tribunal pratique decisionismos ou arbitrariedades* (ou assistencialismos), ou seja, Ost esquece que a coerência e a integridade – própria do modelo dworkiniano – constituem-se em blindagem contra aquilo que Ost acredita ser característica do modelo herculeano.

Na sequência, em quarto lugar, Ost não comenta os efeitos colaterais e as consequências para o próprio constitucionalismo de um "não intervencionismo" do judiciário (ou justiça constitucional) para atender os pleitos sobre direitos fundamentais (e os exemplos tratam das mais variadas formas de violação de direitos).

Em quinto lugar, ao dizer que, "na gestão do juiz Hércules", a generalidade e a abstração da lei dão lugar à singularidade e à concretude do juízo, o professor belga passa a impressão de que, mesmo nesta quadra do tempo, ainda vivemos sob a égide do velho modelo de regras, como se não tivesse ocorrido a revolução copernicana do neoconstitucionalismo (ou, se houve alguma ruptura, essa fica, na opinião de Ost, reduzida ao modelo de direito do estado Social). Ao que tudo indica, para ele, os princípios não são "os princípios" que institucionalizaram *stricto sensu* a moral no direito (o ideal de vida boa, o "bom direito") a partir da produção democrática (Constituições compromissórias e dirigentes), não havendo sinais, na aludida tese, sobre o papel da moral no Estado Democrático de Direito. Ao contrário, as indicações da tese de Ost, no particular, são de que os princípios são aqueles "gerais do direito", que têm a função de otimizar a interpretação, fechando e abrindo, auto-poieticamente, o sistema jurídico.

Isso leva à sexta objeção, representada pelo reducionismo que o autor pretende fazer dos modelos de direito e de juiz. Com efeito, o que fazer com o juiz "ponderador" de Alexy, que, nos "casos difíceis" - não solucionáveis por subsunção - apela para um sopesamento (sic) entre os princípios que estão em colisão? E os juízes analíticos, característicos de modelos metodológicos apresentados por Áurnio e Mac- Cormick, para citar apenas estes? E qual o papel do juiz exsurgente da teoria do discurso desenvolvido por Habermas (1992)?

O sétimo ponto de discórdia diz com o fato de que a tese de Ost ignora (passa ao largo) (d)o paradigma do Estado Democrático de Direito, entendido como um *plus* normativo e qualitativo superador dos modelos de direito liberal e social, circunstância que faz com que *não leve em conta o papel do constitucionalismo enquanto rompimento com o positivismo e o modelo de regras*; prova disso é a observação que faz, baseado em texto de 1990, de André Jean Arnaud (p. 81, 1990), de que "filósofos, teóricos e sociólogos se esforçam atualmente para substituir o direito rígido, fundado sobre a toda poderosa lei, por um direito flexível que toma em conta o relativismo, o pluralismo e o pragmatismo característicos da época pós-moderna", como se a teoria do direito não tivesse avançado para (muito) além desse debate acerca da superação do "modelo do direito rígido fundado na toda poderosa lei" e a dicotomia "monismo-pluralismo". Veja-se que o próprio Ost diz que "ao monismo haver-se-ia de opor, não a dispersão, mas sim, o pluralismo, o absolutismo binário permissão-proibição, válido-não válido, haveria que substituir pelo relativismo e o gradualismo, que não se transforma, por isso, em ceticismo".

A oitava divergência se instaura porque a tese de Ost passa ao largo do enfrentamento entre positivismo e constitucionalismo e, consequentemente, da superação do modelo subsuntivo e da distinção (não lógico-estrutural, é claro) entre regra e princípio. E tal circunstância não pode escapar de qualquer discussão acerca do direito nesta quadra da história.

Nono, porque, ao propor o modelo de Hermes como um avanço em relação ao convencionalismo de Júpiter e ao "invencionismo" de Hércules, isto é, ao afirmar que o seu juiz Hermes respeita o caráter hermenêutico ou reflexivo do raciocínio jurídico, que, portanto, não se reduz nem à imposição e nem à simples determinação anterior, o Hermes de Ost acaba sendo, paradoxalmente, o Hércules de Dworkin (obviamente na leitura que Ost faz do Hércules dworkiniano). Do mesmo modo, ao dizer que as fronteiras que separam o sistema e seu meio ambiente não deixam de ser

móveis e paradoxais, como se os limites do direito e do não direito fossem reversíveis, *Ost faz concessões ao Hércules que ele mesmo critica* (afinal, como ele mesmo diz, um jogo, como o direito, é sempre, ao mesmo tempo, algo mais que ele mesmo, apesar dos esforços desenvolvidos para uniformizar seu funcionamento e pormenorizar seus dados).

Por fim, em décimo lugar, em relação à crítica de Ost de que, afora o fato de que tanto o modelo jupiteriano como o modelo herculeano estão em crise, "eles apenas oferecem representações empobrecidas da situação que pretendiam descrever em sua época", lembro que não se pode cair em idealizações ou idealismos, como se fosse possível ignorar que o paradigma do Estado Democrático de Direito e o tipo de constitucionalismo instituído em grande parte dos países após o segundo pós-guerra aumentou sobremodo a demanda pela intervenção do poder judiciário (ou da justiça constitucional, na forma de Tribunais Constitucionais). Ora, isso apenas implica reconhecer que é inevitável que "alguém decida", até para não transformar a Constituição em uma "mera folha de papel".

Assim, em síntese, contrapor o modelo de Hermes aos modelos de Júpiter (Estado Liberal) e Hércules (Estado Social) apenas comprova o grande dilema que atravessa a metodologia contemporânea: como se interpreta e como se aplica, isto é, quais as condições que têm, o juiz ou tribunal (porque, permito-me insistir no óbvio, alguém tem que dizer por último o sentido da Constituição), para proferir as respostas aos casos em julgamento.

Não parece adequada, portanto, a tese da contraposição do modelo de direito do Estado Social ao modelo de direito do Estado Liberal. Isso seria ignorar os dois pilares sobre os quais está assentado um terceiro modelo, o do Estado Democrático de Direito: a proteção dos direitos sociais-fundamentais e o respeito à democracia.

Em outras palavras, se é inexorável que, a partir do segundo pós-guerra, diminui o espaço de liberdade de conformação do legislador em favor do controle contramajoritário feito a partir da jurisdição constitucional, é exatamente por isso que devem ser construídas as condições de possibilidade para evitar discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos, ou seja, *o constitucionalismo destes tempos pós-positivistas assenta seus pilares no novo paradigma linguístico-filosófico*, superando quaisquer possibilidades de modelos interpretativos (se quiser, hermenêuticos) sustentados no esquema sujeito-objeto.

É, portanto, desse modo que se busca a superação do velho positivismo. E é por isso mesmo que o Hércules de Dworkin não pode ser epitetado de "invencionista" ou "solipsista" (ou qualquer variação realista ou pragmatista). Do mesmo modo – embora essa questão não esteja abarcada pelo texto de Ost – a busca de respostas corretas em direito não pode sofrer críticas porque estaria assentado em um juiz que "carregaria o mundo nas costas". Ao contrário, pela simples razão de que *a busca de respostas corretas é um remédio contra o cerne do modelo que, dialeticamente, engendrou-o*: o positivismo, e sua característica mais forte, a discricionariedade.

Não há um Hércules no modelo da hermenêutica aqui trabalhado (não podemos esquecer que o Hércules de Dworkin instala-se na teoria do direito *para demonstrar que a discricionariedade é antidemocrática* e que, ao rejeitar qualquer posição pessoal do juiz e colocar ênfase na sua responsabilidade política, *superou o esquema sujeito-objeto*). Na hermenêutica filosófica aqui professada, o círculo hermenêutico "atravessa" a compreensão antes que o sujeito pense que se assenhora da interpretação e dos sentidos. Por isso, a resposta correta que sempre pode e deve ser encontrada não reside no juiz/intérprete enquanto sujeito do "esquema sujeito-objeto", mas sim, no juiz/intérprete da relação de compreensão baseada na intersubjetividade (sujeito-sujeito). Assim, o ponto fulcral não é quem dá a resposta correta, *mas como esta se dá.*

4 A metáfora do juiz Hércules e a resposta adequada à constituição: por que interpretar não é um ato de vontade

Frente ao estado da arte representado pelo predomínio do positivismo, que sobrevive a partir das mais diversas posturas e teorias sustentadas, de um modo ou de outro, *no predomínio do esquema sujeito-objeto* – problemática que se agrava com uma espécie de protagonismo do sujeito-intérprete (especialmente, juízes e tribunais) em pleno paradigma da intersubjetividade – penso que, mais do que possibilidade, a busca de respostas corretas em direito é uma necessidade.

Por isso, a resposta correta que venho propondo, a partir de uma simbiose entre a teoria integrativa de Dworkin (1986 e 1977) e a fenomenologia hermenêutica (que abarca a hermenêutica filosófica), deve ser entendida como uma metáfora. Afinal, metáforas servem para explicar coisas. Isso, à evidência, implica pensar esse modelo dentro de suas possibilidades. Com efeito, metáforas são criadas porque se acredita

que um determinado fenômeno poderá ser mais bem explicado a partir da explicação já consolidada de um outro fenômeno. A metáfora é entendida, assim, como a possibilidade, a partir da diferença ontológica, de "ligar" significantes e significados. A metáfora significa a impossibilidade de sinonímias "perfeitas".

A metáfora da resposta correta será, desse modo, a explicitação de que é possível atravessar o "estado de natureza hermenêutica" instalado no direito. A metáfora nos mostra que, ao nos situarmos no mundo, isso não implica um *gênesis* a cada enunciação. Dito de outro modo, pela metáfora da resposta correta – compreendida nos moldes aqui delimitados – estabelece-se a convicção (hermenêutica) de que há um desde-já-sempre (existencial) que conforma o meu compromisso minimamente objetivado(r), uma vez que, em todo processo compreensivo, o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na linguagem, chegando, assim, ao que chamamos de objetivação, como sempre nos lembra Ernildo Stein.

A construção da metáfora da resposta correta deita raízes em outra metáfora. Com efeito, Hobbes criou a metáfora do contrato social para explicar a necessidade de superar a barbárie representada pela fragmentação do medievo. Mas, mais do que isso, fê-lo para demonstrar que o Estado é produto da razão humana. Para tanto, contrapôs a soberania "do um" para superar a soberania fragmentada/dilacerada "de todos", isto é, contra a barbárie representada pelo Estado de Natureza, que contrapôs a civilização. E isso somente seria possível por meio de um contrato. Não um contrato *stricto sensu*, mas um "contrato metafórico".

Penso que, de algum modo, é necessário enfrentar o "estado de natureza hermenêutica" em que se transformou o sistema jurídico. A "liberdade" na interpretação dos textos jurídicos proporcionada pelo império das correntes (teses, teorias) ainda arraigadas/prisioneiras do esquema sujeito-objeto tem gerado esse "estado de natureza interpretativo", representado por uma "guerra de todos os intérpretes contra todos os intérpretes", como que repristinando a fragmentação detectada tão bem por Hobbes. Cada intérprete parte de um "grau zero" de sentido. Por isso nem mesmo os precedentes fixados pelos Tribunais Superiores são obedecidos – afinal, precedentes também são textos e, assim, eivados de "equivocidades". Cada intérprete reina nos seus "domínios de sentido", com seus próprios métodos, metáforas, metonímias, justificativas etc. Os sentidos "lhe pertencem", como se estes estivessem à sua disposição, em uma espécie de reedição da "relação de propriedade" (neo)feudal. Nessa

"guerra" entre os intérpretes - afinal, cada um impera solipsiticamente nos seus "domínios de sentido" – reside a morte do próprio sistema jurídico.

Por tais razões é que a tese da resposta correta em um sistema "não avançado" (lembremos a observação de Dworkin sobre a temática, com a qual não é possível concordar) não é uma possibilidade, e sim, *uma necessidade*. Como já explicitado anteriormente, isso implica a superação do esquema sujeito-objeto, a partir dos dois teoremas fundamentais da hermenêutica: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. Com isso, ultrapassa-se qualquer possibilidade da existência de grau(s) zero(s) de sentido – que se sustentam naquilo que venho denominando de "ideologia do caso concreto" –, resgatando a tradição autêntica (sentido da Constituição compreendido como o resgate das promessas da modernidade) e reconstruindo, a partir dessas "premissas", em cada caso, a integridade e a coerência interpretativa do direito.

A resposta correta é uma metáfora, como o juiz Hércules de Dworkin também o é. Para tanto – e aqui vai uma advertência indispensável –, a ruptura com o "estado de natureza hermenêutica" não se dará por meio de uma delegação em favor de uma instância última, isto é, um "abrir mão do poder de atribuir sentidos em favor de uma espécie de Leviatã hermenêutico".

Dito de outro modo, se a resposta para a fragmentação do estado de natureza medieval foi a delegação de todos os direitos em favor do Leviatã representado pela soberania absoluta do Estado (o Estado Moderno absolutista superou, desse modo, a forma estatal medieval), na hermenêutica jurídica de cariz positivista, a resposta para o império dos subjetivismos, axiologismos, realismos ou o nome que se dê a tais posturas – que colocam no intérprete (juiz, tribunal) o poder discricionário de atribuir sentidos – *não pode ser, sob hipótese alguma, a instauração de uma supra-hermeneuticidade ou a delegação dessa função para uma super-norma* que possa "prever todas as hipóteses de aplicação", que, *mutatis, mutandis*, é a pretensão última das súmulas vinculantes e, ao fim e ao cabo, das teses procedimentalistas. Assim, contra o caos representado pelos decisionismos e arbitrariedades, o *establishment* propõe um "neo-absolutismo hermenêutico".

Sendo mais claro, os precedentes – do modo como são compreendidos pela dogmática jurídica (senso comum teórico) – encarnam essa instância controladora de sentidos metafisicamente, isto é, por meio delas, acredita-se que é possível lidar com conceitos sem as coisas, sem as peculiaridades dos casos concretos (o inusitado nisso é que, paradoxalmente, o império das

múltiplas respostas se instaurou, exatamente, a partir de uma analítica de textos em abstrato). As súmulas constituem uma espécie de "adiantamento de sentido", uma "tutela antecipatória de palavras"...!

Os tribunais, quotidianamente, constroem normas jurídicas, por meio de novos textos (além da construção *stricto sensu* de novos textos legais, os tribunais efetuam forte atividade corretiva, que sequer necessitam ser transformadas em súmulas, alterando o ordenamento jurídico, sem que isto cause perplexidade no imaginário dos juristas. Na realidade, tais decisões somente causam perplexidade – e só então a questão é trazida para a discussão da dicotomia jurisdição-legislação e suas consequências – *quando determinadas decisões interpretativas (seja a classificação que se dê) mostram-se em desconformidade com o teto hermenêutico preestabelecido pela doutrina e pela jurisprudência.* Ou seja, o limite do sentido e o sentido do limite ficam adstritos àquilo que o sentido comum aceita como possibilidade construtiva.

Forma-se um círculo vicioso: primeiro, admite-se discricionarismos e arbitrariedades em nome da "ideologia do caso concreto", circunstância que, pela multiplicidade de respostas, acarreta um sistema desgovernado, fragmentado; na sequência, para controlar esse caos, busca-se construir conceitos abstratos com pretensões de universalização, como se fosse possível uma norma jurídica abarcar todas as hipóteses (futuras) de aplicação.

Isso permite afirmar que, na verdade, o combate ao "estado de natureza hermenêutica" originário da discricionariedade/arbitrariedade positivista acaba não sendo um combate ao positivismo. Ao contrário, destituído de uma adequada compreensão hermenêutica, a partir dos seus dois teoremas fundamentais, qualquer forma de vinculação jurisprudencial, por mais paradoxal que possa parecer, somente reforçará o positivismo, com a consequente continuidade do caos decisionista. Ou seja, na medida em que súmulas são textos e como o positivismo interpreta textos sem coisas, qualquer tentativa de vinculação jurisprudencial/conceitual receberá uma adaptação darwiniana do senso comum teórico dos juristas.

Neste ponto, cabe outra advertência: a afirmação de que a súmula é (também) um texto deve ser compreendida a partir de um olhar hermenêutico. Destarte, quando afirmo que a súmula é um texto, quero dizer que esse texto, ao ser interpretado, deverá ensejar uma norma (sentido) que respeite, de forma radical, a coerência e integridade do direito. Caso

contrário, ela será aplicada de forma objetificada, entificadamente, isto é, será uma categoria a partir da qual se fará deduções e subsunções.

Por fim, como bem pontuado por Frederico Pessoa da Silva (2024) em coluna do Diário de Classe (Conjur):

> Hércules é Hércules, não porque sabe o que é um princípio, como interpretá-lo, identificá-lo, por saber se todo princípio se faz presente em uma regra ou se toda regra representa um princípio, ou porque sabe o que é um precedente, como identificar a sua *ratio decidendi*, ou por ter compreensão da existência entre uma separação ontológica entre texto e norma, com a consciência da necessidade de respeito aos limites hermenêuticos do primeiro. Hércules é Hércules, porque sabe a grandeza do seu fardo e dificuldade da sua tarefa; conhece suas limitações como quem conhece o reflexo do próprio rosto no espelho – e sem suco de limão. Hércules, no fundo, sabe que é só mais um idiota. Talvez, se nos déssemos conta disso na hora de "fazer a coisa certa", poderíamos começar a ver, de longe, a borda do Olimpo.

5 Considerações finais

No plano da hermenêutica construído a partir do antirrelativismo de Gadamer (1990) e da igualmente anti relativista teoria integrativa de Dworkin (1989) - cuja síntese se encontra na crítica hermenêutica do direito -, o problema dos precedentes judiciais deve ser entendido não como um "mal em si", mas na forma arbitrária como estes podem ser utilizados pelos tribunais.

Assim, no Brasil há fortes indícios de uma constante tentativa de fragmentação na doutrina dos precedentes, instrumentalizada pelo *stare decisis*, com uma vinculação do sistema por meio de mecanismos criados (repercussão geral ou elementos jurisprudenciais) para tentar abranger todas as hipóteses de requerimento com texto legal. Ou seja, confiamos em anotações textuais e esquecemos o aspecto qualitativo da decisão. Consequentemente, fortalecemos a prática decisória inautêntica, limitando-nos a produzir textos que não consideram as especificidades do caso específico.

O que é comum a todos esses mecanismos? A tentativa de um conceito primordial e universalista que contenha todas as hipóteses de aplicação e esquecendo, desta forma, o elemento hermenêutico que se manifesta em toda experiência jurídica. Ou seja, não existe manifestação jurídica que nem sempre tenha sido interpretativa.

A interpretação de um precedente (ou de qualquer outro mecanismo vinculativo) passará por um elemento de confronto interpretativo. É da divergência na interpretação de um caso específico que emerge a resposta que, nos termos da crítica hermenêutica do direito (Streck, 2014), é chamada de adequada à Constituição. Assim, os argumentos de princípio que legitimam as decisões judiciais devem oferecer restrições à interpretação do precedente judicial.

Além disso, cabe registrar o seguinte: embora setores do pensamento jurídico brasileiro gostem do sistema de precedentes - bem como de todos os seus mecanismos de vinculação -, também foi necessário que Dworkin (1989) estabelecesse as bases teóricas para falar em respostas corretas. E isto acontece por uma razão muito simples: a ligação é interpretativa e não normativa. O vínculo interpretativo ocorre a partir do que, como demonstrou Gadamer (1990), é chamado de universalidade hermenêutica (essa universalidade se expressa pelo seu caráter que não pode ir além da linguagem, pois "o ser que pode ser compreendido é a linguagem". O vínculo normativo - no modo de que estamos falando e qual é a forma pela qual a comunidade jurídica brasileira quer "assegurar" o sistema - é aquela que se pretende fazer a partir do terreno que desconsidera a radicalidade do elemento hermenêutico que transcende a experiência jurídica).

Da mesma forma que não podemos dizer nada sobre nada em nosso cotidiano -porque isso nos distanciaria da "conexão linguística» que o modo prático de estar no mundo nos traz-, na aplicação do direito não podemos decidir sobre a maneira que nos parece melhor subjetivamente. Pela lei, também não podemos "mudar os nomes das coisas". Os sentidos não são aleatórios. Não existe grau zero. Existe uma cadeia interpretativa que nos liga tanto na vida cotidiana quanto no direito. Assim, de cada decisão pode-se extrair um princípio que poderá ser aplicável a casos subsequentes. Podemos chamá-la de "orientação de vinculação interpretativa" que se constitui a partir da coerência e integridade do direito. Portanto, precedente judicial é um texto que só existe interpretativamente.

Ao entregar o "poder absoluto" de fixação de interpretações derradeiras às cortes superiores, a concepção que o precedentalismo acolhe sobre "o que é o direito" passa a ser a de que "o direito é o que os tribunais dizem que ele é". Mais do que isso: ao ignorar-se que a interpretação não é um ato de conhecimento e nem de vontade, a concepção resulta ainda mais distorcida, pois o direito passa a ser "aquilo que os tribunais dizem que as "Cortes de Vértice" disseram que é".

Em tempos de jurisprudencialização, nosso Direito carece de ser levado a sério e de juízes e tribunais comprometidos com seu caráter de genuíno empreendimento interpretativo intersubjetivamente estabelecido. Não precisamos de um juiz Hércules, mas que, aproximando-se ao seu ideal, seja capaz de encarar a interpretação do direito com responsabilidade política e sempre buscando uma resposta hermeneuticamente adequada. E que também, assim como Hércules, reconheça suas limitações sem se entregar ao subjetivismo, notadamente em tempos de modernizações autoritárias. O Direito não é, na democracia, o que os tribunais dizem que é. Afinal, o ponto fulcral não é quem dá a resposta correta, *mas como a resposta correta-adequada se dá.*

Referências

ARNAUD, André-Jean. Le courrier du CNRS. **Les sciences du droit**, abril de 1990.

DWORKIN, R. **Direitos a sério**. Barcelona: Ariel, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. London: Fontana Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1977.

GADAMER, H. **Wahrheit und methode**: registro ergänzung. Tubinga: JCB Mohr, 1990.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica**. Tradicción: Marina Gascón, Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und geltung**. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechsstaats. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio Cruz. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In*:* **Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho**, n. 14, Alicante, 1993.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O Supremo Tribunal Federal como corte constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 34 n. 135, jul./set. 1997

SILVA, Frederico Pessoa da. O juiz Hércules olhou para o espelho e disse: 'eu sou um idiota'. Consultor Jurídico, 20 de abril de 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-abr-20/o-juiz-hercules-olhou-para-o-espelho-e-disse-eu-sou-um-idiota/. Acesso em: 17/06/2024

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Capítulo 20

A Independência Judicial na Jurisprudência da Corte IDH: Parâmetros para Conter Arroubos Autoritários em Tempos de Erosão Democrática

Marcelo Roseno de Oliveira[1]

1 Introdução

Em julgamento realizado no final de 2023, ao apreciar o Caso Gutiérrez Navas e Outros *vs.* Honduras, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) reafirmou os fundamentos de sua jurisprudência sobre a garantia da independência judicial, tema que tem motivado, nos últimos anos, recorrentes denúncias de violações no âmbito do sistema de proteção da Organização dos Estados Americanos (OEA)[2].

Assim como fizera, por exemplo, ao apreciar o Caso Tribunal Constitucional *vs*. Peru, em 2001, a Corte IDH ressaltou a imprescindibilidade da atuação livre e independente do Judiciário para assegurar os regimes democráticos, refutando a possibilidade, porque inconvencional, de destituição arbitrária de magistrados mediante julgamentos políticos (deflagrados, em regra, por iniciativa de grupos majoritários contrariados), nos quais não se observe o devido processo.

A atuação da Corte IDH segue, portanto, estabelecendo bases sólidas e relevantes, no âmbito do sistema regional, para que os Estados Partes na Convenção Americana repilam, de modo firme, eventuais ataques ao livre funcionamento das instituições judiciárias e para que, no limite,

---

1 Doutor e mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza UNIFOR. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (1995), pós-graduado em Direito Público e Direito Processual Civil (UFC, 2001). É Juiz Estadual no Ceará e formador da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) e de várias escolas judiciais.

2 O tema tem assumido lugar cada vez mais relevante na pauta da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tanto assim que durante seminário internacional realizado na sede do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, por ocasião do 167º Período Ordinário de Sessões, instalado entre 20 e 29 de maio de 2024, ocupou painel específico, sob condução do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

não sejam os órgãos governamentais, políticos ou do próprio Judiciário, os patrocinadores de eventuais ameaças.

Embora o caso mais recente, envolvendo o Estado hondurenho, verse sobre fatos ocorridos em 2012 (e tenha sido julgado quando passada mais de uma década), o entendimento haurido da jurisprudência da Corte IDH assume especial importância no contexto atual, no qual vários países registram sinais (aparentes ou efetivos) da denominada "erosão democrática", que tem como uma de suas principais características, exatamente, as investidas contra a autonomia do Poder Judiciário, como ocorreu no Brasil nos últimos anos, culminando com o ataque à sede do Supremo Tribunal Federal, no dia 8 de janeiro de 2023, em meio a uma tentativa de golpe de Estado.

Ainda que se possa identificar que as investidas contra a independência judicial assumem escala global, inclusive por meio de reformas em vários países (como nos casos de Turquia, Hungria, Polônia e Israel), as quais pretendem, no limite, tolher a atuação de magistrados, assume especial relevo o fato de que, no contexto do sistema interamericano (no qual muitos países atravessaram períodos ditatoriais nas últimas décadas do século XX, com clara repercussão sobre a livre atividade da Justiça), se tem buscado repelir ameaças à liberdade de exercício da jurisdição.

Entendeu-se, no marco dos 30 (trinta) anos da investidura do Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que o estudo sobre o delineamento atual da garantia da independência judicial na jurisprudência da Corte IDH seria uma forma de abordar tema que se sabe caro ao homenageado, na condição de decano da Corte cearense e magistrado sempre atento à necessidade de resguardar o desempenho livre e altivo da jurisdição, bem assim a defesa intransigente dos direitos humanos.

Este trabalho pretende, portanto, perscrutar o conteúdo da independência judicial à luz dos principais precedentes da Corte IDH sobre o tema, destacando os fundamentos mais relevantes (os quais, como dito, foram reafirmados no julgado mais recente), e, indo adiante, busca confrontá-los com a realidade da atuação da magistratura no Brasil, tencionando identificar de que modo o sistema de proteção regional tem atuado e poderá seguir agindo como inibidor de novas violações à liberdade de juízes no âmbito da OEA, as quais aumentam em intensidade e frequência em contextos de autoritarismo e desdemocratização.

2 A evolução da jurisprudência da Corte IDH sobre o tema da independência judicial

Ainda que muitos dos julgados da Corte IDH sobre o tema da independência judicial, como se verá, dediquem acentuada atenção às violações de direitos humanos em razão de as destituições de magistrados (em regra, de tribunais constitucionais ou eleitorais) decorrerem de julgamentos políticos, nos quais não são observadas as garantias do devido processo, esse não será o principal foco da abordagem do presente estudo.

Interessa mais, à vista do objetivo traçado, examinar de que modo a Corte IDH tem delimitado o valor da independência judicial e sua imprescindibilidade para as democracias, do que, a rigor, verificar a legitimidade de julgamentos políticos (ainda que, na origem, prestigiem valores democráticos) que venham a resultar na desconstituição da investidura de magistrados.

Fixada essa premissa, tem-se que o tema da independência judicial (sob a perspectiva de possíveis violações no âmbito dos Estados Membros da OEA) tem sido recorrentemente enfrentado pela Corte IDH, cabendo resgatar alguns dos principais julgados a respeito.

Pode-se iniciar por referir o julgamento do Caso Tribunal Constitucional *vs*. Peru, em janeiro de 2001, que teve como base a destituição de 3 (três) magistrados do Tribunal Constitucional peruano, ocorrida em maio de 1997, em razão de seus posicionamentos por ocasião do julgamento de uma ação de inconstitucionalidade contra uma lei que possibilitava a reeleição presidencial.

Os destituídos haviam votado pela inaplicabilidade da referida lei ao então Presidente Alberto Fujimori (que pretendia disputar a reeleição, em 2000, para um terceiro mandato consecutivo) e foram alvo de denúncia perante o Congresso Nacional, resultando num julgamento político que culminou com a cessação de suas funções.

Ao apreciar o referido Caso, a Corte IDH delineou contornos importantes para a independência judicial, ressaltando que um dos principais objetivos da separação dos poderes é a garantia da autonomia dos juízes, e que é necessário provê-la a qualquer juiz no Estado de Direito e, em especial, aos juízes de Cortes Constitucionais, assegurando-se que não sofram pressões externas.

O julgado invoca os Princípios Básicos para a Independência da Magistratura, firmados no âmbito da ONU, em 1985, dentre os quais, o primeiro:

> La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura. (CORTE IDH, 2001, p. 41).

Merece referência, na sequência, o julgamento do Caso Apitz Barbera e outros *vs.* Venezuela, de agosto de 2008, que envolvia, no campo dos fatos, a destituição dos juízes da Corte Primeira do Contencioso Administrativo (Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras e Juan Carlos Apitz Barbera), em 30 de outubro de 2003, sob a alegação de que teriam incorrido num erro judicial inescusável, ao concederem uma medida cautelar que suspendeu efeitos de um ato administrativo que havia negado um registro de compra e venda.

Os fatos sustentados pelos denunciantes perante a Comissão Interamericana e, posteriormente, perante a Corte (e reputados provados) indicavam que a destituição decorrera, antes disso, da própria atividade judicial dos magistrados, uma vez que teriam proferido sentenças qualificadas como contrárias ao governo, ensejando, inclusive, que pessoas de altas esferas da administração tenham apoiado publicamente a desobediência às decisões, e que o Presidente da República tenha qualificado às vítimas como "vendidas aos interesses da oposição golpista" (Corte IDH, 2008, p. 39).

A Corte IDH reconheceu a violação aos direitos dos magistrados, dentre os quais o de serem julgados por um tribunal independente, e determinou a sua reintegração em cargos com remunerações, benefícios sociais e níveis equiparados aos que ostentariam caso não tivessem sido destituídos[3].

Reporta-se, em seguida, ao Caso Reverón Trujillo *vs*. Venezuela, de junho de 2009, que trata da destituição arbitrária da Juíza María Cristina Reverón Trujillo do cargo que ocupava no Circuito Judicial Penal da

3 Ainda assim, dentre os pontos resolutivos, a Corte entendeu que não teria ficado demonstrado que o Poder Judiciário da Venezuela, em seu conjunto, carecesse de independência. Interessante observar, contudo, que pouco mais de um ano depois desse julgamento, um episódio extremo de violação à independência judicial na Venezuela viria a despertar a atenção da comunidade internacional: a prisão da Juíza Maria Lourdes Afiuni, em dezembro de 2009, após deferir a liberdade a um acusado, o que desagradou o Presidente Hugo Chávez. Para um detalhado relato sobre o caso e sobre a vida, inclusive no cárcere, da Juíza Afiuni, conferir: OLIVARES, Francisco. **Afiuni, la presa del Comandante**. 4. ed. Caracas: Editorial Dahbar, 2020.

Circunscrição de Caracas, ocorrida em fevereiro de 2002, sob alegação de faltas disciplinares, dentre as quais a prática de abuso de autoridade. Apesar de obter a decretação de nulidade do ato, em outubro de 2004, o Tribunal Supremo de Justiça não ordenou a reintegração da magistrada e nem o pagamento das remunerações que deixou de perceber.

Neste julgado, a Corte IDH assentou importantes linhas definidoras da independência judicial, indicando que, diferentemente dos demais servidores públicos, os juízes contam com garantias específicas e reforçadas para o exercício autônomo de suas funções, o qual deve ser assegurado tanto em caráter institucional (em relação ao sistema judicial), como em sua vertente individual, de modo a evitar que haja possíveis restrições indevidas à função jurisdicional por parte de órgãos estranhos ao Judiciário ou mesmo por parte de magistrados com competência recursal.

Ademais, pontuou a Corte, o Estado deve assegurar que a feição de independência da magistratura inspire legitimidade e confiança suficientes por parte dos jurisdicionados e dos cidadãos, de um modo geral, numa sociedade democrática, assentando que:

> El principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona. La Corte ha considerado que el principio de independencia judicial resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive, en situaciones especiales, como lo es el estado de excepción. (Corte IDH, 2009, p. 20).

Mais uma vez, a Corte IDH invocou os Princípios Básicos das Nações Unidas para a Independência da Magistratura, de 1985, com o fim de asseverar que a garantia da independência judicial importa num adequado processo de nomeação, na inamovibilidade dos magistrados e na garantia contra pressões externas.

Quanto a esta última, a Corte ressaltou o princípio segundo o qual os juízes deverão decidir todos os casos que lhes sejam submetidos "com imparcialidade, com base nos fatos e em conformidade com a lei, sem quaisquer restrições ou influências, aliciamentos, pressões, ameaças ou intromissões indevidas, diretas ou indiretas, de qualquer setor ou por qualquer motivo" (ONU, 1985).

Cumpre rememorar, também, o Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) *vs.* Equador, apreciado em agosto de 2013, e que envolve fatos ocorridos em novembro de 2004, quando 18 (dezoito)

vogais do Tribunal Constitucional equatoriano foram arbitrariamente destituídos, mediante resolução do Congresso Nacional, sob a alegação de que suas investiduras, no ano anterior, teriam ocorrido de forma ilegal.

Dentre os afetados, 8 (oito) peticionaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na qualidade de vítimas em busca de reparação. Os julgamentos (políticos) contra os vogais foram iniciados após alguns congressistas discordarem (inclusive com moções de censura) de decisões do Tribunal Constitucional, uma das quais relacionada a dispositivos da Lei das Eleições, que versavam sobre o sistema eleitoral (método D´Hondt).

A Corte reafirmou os fundamentos adotados no Caso Reverón Trujillo, recordando que o exercício autônomo da função judicial em sua dimensão objetiva (que considera a sua face institucional) deve ser garantido como forma mesma de proteger aspectos essenciais do Estado de Direito, dentre os quais a separação de poderes, e o importante papel que cumpre a função judicial numa democracia, transcendendo a figura do juiz, e impactando, de modo coletivo, toda a sociedade.

E elaborou os seguintes delineamentos a partir da jurisprudência da Corte sobre a independência judicial:

> Teniendo en cuenta los estándares señalados [...], la Corte considera que: i) el respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial; ii) las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato, y iii) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana. (Corte IDH, 2013b, p. 61).

Nesse julgado, a Corte IDH destacou que as garantias de estabilidade e inamovibilidade dos magistrados não são absolutas, de modo que o Direito Internacional dos Direitos Humanos admite que os juízes sejam destituídos por condutas claramente reprováveis, todavia desde que comprovadas razões graves de má conduta, o que não teria ocorrido na hipótese apreciada[4].

4 O estudo sobre a evolução jurisprudencial da Corte IDH acerca da independência judicial revela que nem todas as denúncias de violação acerca da destituição de magistrados restaram acolhidas, embora os casos de improcedência sejam rigorosamente minoritários. Pode-se citar como exemplo o julgamento do Caso Rico *vs*. Argentina, em 2019, que resultou em um juízo

Atenta ao diálogo do sistema interamericano com outros sistemas regionais, recordou que os estândares fixados na jurisprudência da Corte IDH encontram previsões correlatas na Recomendação do Conselho da Europa sobre a Independência, Eficiência e Função dos Juízes – R (94) 12, de 13 de outubro de 1994 –, bem como nos Princípios e Diretrizes sobre o Direito a um Julgamento Justo e Assistência Jurídica na África – Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de julho de 2003.

Rememora-se, na sequência, o julgado do Caso Corte Suprema de Justiça (Quintana Coello e outros) *vs*. Equador, também de agosto de 2013, e que envolve fatos travados no mesmo contexto do Caso Camba Campos, todavia em relação à destituição de todos os magistrados da Suprema Corte daquele país.

A Corte IDH conferiu especial atenção, no julgamento, ao princípio da separação dos poderes, indicando guardar estreita relação com a consolidação do regime democrático, mas também com a preservação das liberdades e dos direitos humanos.

De forma incisiva, a Corte IDH sentenciou:

> El Tribunal estima que, en las circunstancias del presente caso, el haber destituido em forma arbitraria a toda la Corte Suprema constituyó un atentado contra la independencia judicial, alteró el orden democrático, el Estado de Derecho e implicó que en ese momento no existiera una separación real de poderes. Además, implicó una desestabilización tanto del poder judicial como del país en general (supra párrs. 91, 94 y 97) y desencadenó que, con la profundización de la crisis política, durante siete meses no se contara con la Corte Suprema de Justicia (supra párr. 99), con los efectos negativos que ello implica en la protección de los derechos de los ciudadanos. (Corte IDH, 2013a, p. 55).

No ensejo, a Corte IDH invocou como fundamento a Carta Democrática Interamericana, de 2001, em especial o seu artigo 3º, que define, como elementos essenciais da democracia representativa, dentre outros, "[…] el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; […] y la separación e independencia de los poderes públicos" (Corte IDH, 2013a, p. 55).

Menciona-se, também, na linha de análise jurisprudencial, o julgamento do Caso Ríos Avalos e outro *vs*. Paraguai, de agosto de 2021, que envolve a denúncia de violação de direitos ante o julgamento político e destituição, em 2003, de Bonifacio Ríos Avalos e Carlos Fernández Gadea,

---

de improcedência.

de seus cargos de ministros da Corte Suprema de Justiça daquele país, sob a alegação de mau desempenho das funções.

Os magistrados viriam a lançar mão de recursos judiciais no âmbito doméstico, tendo logrado êxito inicialmente, uma vez que as destituições foram anuladas por decisão da Sala Constitucional da Corte Suprema, de dezembro de 2009, com determinação de reintegração aos cargos, todavia tais decisões foram rechaçadas pelo Congresso Nacional, em janeiro de 2010, que chegou a advertir os ministros de que estariam sujeitos a julgamentos políticos no caso de admitirem a validade das deliberações.

Apenas 3 (três) dias depois, a Corte Suprema reviu as decisões, concluindo que careciam de validade jurídica, ensejando às vítimas a provocação endereçada à Comissão Interamericana, e, posteriormente, submetida à Corte IDH, que, ao apreciar o caso, decidiu pela ocorrência de violações a direitos das vítimas, notadamente a vulneração da independência judicial, destacando o papel das autoridades judiciais enquanto garantidoras dos direitos humanos e o risco de que tal função reste afetada nos casos de ataques ao exercício autônomo do cargo:

> […] el importante rol que las autoridades judiciales desempeñan en una democracia, en tanto se constituyen en garantes de los derechos humanos, lo que exige reconocer y salvaguardar su independencia, especialmente frente a los demás poderes estatales, pues, de otro modo, se podría obstaculizar su labor, al punto de hacer imposible que estén en condiciones de determinar, declarar y eventualmente sancionar la arbitrariedad de los actos que puedan suponer vulneración a aquellos derechos, así como ordenar la reparación correspondiente. (Corte IDH, 2021, p. 24).

Nesse mesmo julgado, a Corte IDH firmou, de modo inquestionável, a imprescindibilidade da independência judicial para a democracia e o Estado de Direito, sentenciando que sem ela o que sobra é o arbítrio:

> En definitiva, sin independencia judicial no existe Estado de derecho ni es posible la democracia (artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana), toda vez que juezas y jueces deben contar con las garantías adecuadas y suficientes para ejercer su función de resolver conforme al orden jurídico los conflictos que se producen en la sociedad. La falta de independencia y de respeto a su autoridad es sinónimo de arbitrariedad. (Corte IDH, 2021, p. 25).
>
> De esa cuenta, además de estar ampliamente garantizada a nivel internacional y regional, la independencia judicial se encuentra proclamada en las constituciones de los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, ya sea en forma

> expresa o mediante la inclusión de específicas salvaguardas dirigidas a su protección.

Reporta-se, no arremate desta seção, ao Caso Aguinaga Aillón *vs*. Equador, de janeiro de 2023, que envolve a destituição do peticionante Carlos Julio Aguinaga Aillón da condição de vogal do Tribunal Supremo Eleitoral daquele país, em novembro de 2004, por deliberação do Congresso Nacional.

A par de reafirmar a jurisprudência sobre a independência judicial, a Corte acresceu importantes fundamentos quanto à necessidade de salvaguardar a atuação livre de magistrados investidos nos organismos eleitorais, para a garantia de eleições livres e limpas e, em última análise, da própria democracia:

> […] la Corte considera pertinente señalar que la garantía de independencia judicial de los tribunales electorales resulta indispensable dentro de un sistema democrático, por cuanto estas instituciones forman parte de la columna vertebral del sistema electoral y son el mecanismo de revisión judicial que garantiza la realización de unas elecciones justas, libres y creíbles.
>
> [...]
>
> En efecto, la vulneración de la independencia de los tribunales electorales afecta no sólo a la justicia electoral, sino el ejercicio efectivo de la democracia representativa, el cual es la base del estado de derecho (Corte IDH, 2023a, p. 25-26).

Nessa linha, a Corte asseverou que a preservação da independência dos tribunais eleitorais previne a interferência indevida dos demais Poderes, constituindo uma garantia para o exercício dos direitos políticos, de modo que o processo de nomeação e destituição dos magistrados deve ser coerente com o regime democrático, ensejando que qualquer retrocesso quanto às garantias judiciais deva ser considerado inconvencional.

Em todos os julgados reportados, a Corte reconheceu violações aos direitos previstos no Pacto de São José da Costa Rica, envolvendo, isolada ou conjuntamente: a) as garantias judiciais, em especial o direito de toda pessoa a ser ouvida por um tribunal independente (artigo 8.1); b) o direito político de acesso aos cargos públicos em condições de igualdade (artigo 23.1, alínea "c"); e c) o direito à proteção judicial (artigo 25.1), na medida em que os magistrados destituídos não lograram a tutela judicial efetiva de seus direitos por meio de recursos internos.

As reparações determinadas pela Corte IDH, por outro lado, percorreram uma aparente gradação ao longo dos anos, tendo variado

desde a mera determinação de que o Estado Parte realizasse investigações acerca dos responsáveis pelas violações, como ocorreu no Caso Tribunal Constitucional *vs*. Peru, em 2001, chegando à determinação de reintegração dos magistrados a seus cargos e pagamento das remunerações de que ficaram indevidamente privados (como nos Casos Apitz Barbera e Reverón Trujillo), ou mesmo ao pagamento de indenizações quando a possibilidade de reinvestidura já não mais subsistisse (Casos Camba Campos, Quintana Coello e Ríos Avalos)[5].

3 A reafirmação das bases da jurisprudência no Caso Gutiérrez Navas e Outros *vs.* Honduras e o diálogo com a conjuntura de erosão democrática

Em julgado mais recente, de novembro de 2023, ao apreciar o Caso Gutiérrez Navas e Outros *vs*. Honduras, a Corte IDH reforçou as linhas fundantes da independência judicial na evolução de sua jurisprudência, invalidando o ato de destituição arbitrária de 4 (quatro) magistrados (José Antonio Gutiérrez Navas, José Francisco Ruiz Gaekel, Gustavo Enrique Bustillo Palma y Rosalinda Cruz Sequeira) integrantes da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça daquele país, eleitos para um mandato de 7 (sete) anos, entre 2009 e 2016, mas que foram cassados em 2012.

A situação fática envolvia decisões proferidas pelos magistrados, que teriam desagradado o Presidente da República (inclusive com questionamentos através dos meios de comunicação), de modo especial a declaração de inconstitucionalidade da Lei Especial para a Depuração Policial.

Os peticionantes, membros da Sala Constitucional, votaram para reconhecer a inconstitucionalidade da referida lei, todavia como a decisão não foi unânime, o caso foi remetido ao Plenário da Corte Suprema de Justiça e seria apreciado em 12 de dezembro de 2012, todavia 2 (dois) dias antes, em 10 de dezembro de 2012, o Congresso Nacional nomeou uma Comissão Especial para investigar a conduta dos magistrados.

Na madrugada do dia do julgamento plenário, a referida Comissão recomendou que o Congresso apreciasse os fatos, por entender que a

5 No Caso Aguinaga Aillón e no Caso Gutiérrez Navas (que será abordado na seção seguinte), a Corte IDH reconheceu vulnerado, ainda, o direito ao trabalho (artigo 26), argumento que pode ser considerado uma inovação.

resolução da Sala Constitucional não seria congruente com a política de segurança implementada pelos Poderes Legislativo e Executivo e traria um retrocesso na luta contra a delinquência.

Na mesma data, o Poder Legislativo aprovou uma moção para a destituição dos 4 (quatro) magistrados e sua imediata substituição, reputando-se que teriam adotado conduta contrária ao interesse público. Os substitutos foram escolhidos no mesmo ato, com a indicação de tomariam posse imediatamente.

A destituição, na hipótese, ocorreu sem que os magistrados tenham sido sequer notificados para apresentar qualquer manifestação e sem que tenham sido formalmente comunicados sobre as deliberações do Poder Legislativo. Embora tenham buscado reverter a medida na via judicial, não lograram êxito, tendo sua pretensão rechaçada pela mesma Corte que outrora integravam, com a particularidade de que o remédio fora encaminhado, originariamente, ao exame dos magistrados nomeados para lhes substituírem, que se escusaram de conhecer a ação, ensejando a criação de um colegiado específico para o processo.

Ao apreciar o caso, a Corte IDH reiterou os fundamentos de sua jurisprudência sobre o tema da independência judicial, recordando que um dos principais objetivos da separação de poderes num sistema republicano é a garantia da independência dos juízes e, exatamente por isso, devem ser observados procedimentos estritos para a sua investidura e eventual destituição, os quais devem guardar, em seu conjunto, coerência com o regime democrático.

Nessa linha, a Corte asseverou que a cooptação dos órgãos judiciais por outros Poderes afeta, transversalmente, toda a institucionalidade democrática, e constitui um risco para o controle do poder político e para os direitos humanos, na medida em que menospreza garantias institucionais que permitem o controle em relação ao exercício arbitrário do poder:

> En ese sentido, la Corte considera que cualquier demérito o regresividad en las garantías de independencia, estabilidad e inamovilidad de los jueces es inconvencional en cuanto su efecto se puede traducir en un impacto sistémico igualmente regresivo sobre el Estado de Derecho, las garantías institucionales y el ejercicio de los derechos fundamentales en general (Corte IDH, 2023b, p. 27).

A Corte IDH reforçou parâmetros relevantes sobre as garantias da magistratura, dentre as quais a estabilidade e a inamovibilidade, estabelecendo que eventual perda do cargo somente possa ocorrer em razão do término do mandato ou, em virtude de causas permitidas (como faltas

disciplinares graves), observando-se a necessidade de um processo que respeite as garantias judiciais, e que se revele justo, objetivo e imparcial, de acordo com a Constituição ou a lei.

Desse modo, rechaçou a Corte IDH a possibilidade de que eventual destituição, notadamente em julgamentos políticos, encontre fundamento nos posicionamentos adotados nas sentenças:

> El juicio político o la eventual destitución de quienes ejercen la judicatura no debe fundamentarse en el contenido de las decisiones que hayan dictado, en el entendido que la protección de la independencia judicial impide deducir responsabilidad por los votos y opiniones que se emitan en el ejercicio de la función jurisdiccional, con la excepción de infracciones intencionales al ordenamiento jurídico o comprobada incompetencia. (Corte IDH, 2023b, p. 29).

Sustentou a Corte a necessidade de evitar que a livre destituição de autoridades judiciais possa fomentar a dúvida objetiva sobre a possibilidade efetiva que tenham para exercer suas funções sem medo de represálias, o que se justifica diante do próprio papel que desempenham:

> Todo lo anterior se sustenta en el importante rol que quienes ejercen la judicatura desempeñan en una democracia como garantes de la protección de los derechos humanos. Esto exige reconocer y salvaguardar su independencia, especialmente frente a los demás poderes estatales a fin de evitar interferencias en su rol de juzgar y, en su caso, ordenar la reparación de actos arbitrarios de los otros poderes del Estado. (Corte IDH, 2023b, p. 28).

E acresce a Corte IDH, nesse julgado, um elemento razoavelmente novo em suas abordagens sobre a independência judicial, destacando que protegê-la assume uma relevância especial "[…] en el contexto mundial y regional actual de erosión de la democracia, en donde se utilizan los poderes formales para promover valores antidemocráticos, vaciando de contenido las instituciones y dejando solo su mera apariencia" (Corte IDH, 2023b, p. 27).[6]

A referência aos contextos mundial e regional de erosão democrática (e sobre o lugar ocupado pela garantia da independência judicial nesses âmbitos) deve merecer, de fato, atenção especial, uma vez que um dos principais sinais de enfraquecimento dos regimes democráticos na atualidade é, exatamente, a tentativa de cooptar o Judiciário.

Como aponta Przeworski (2020, p. 28-29), mesmo para os que adotam, como ele, uma ideia minimalista de democracia – definida como

6 O argumento aparecera, também, no Caso Aguinaga Aillón *vs*. Equador, de janeiro de 2023.

"um arranjo político no qual as pessoas escolhem governos por meio de eleições e têm uma razoável possibilidade de remover governos de que não gostem" –, não se pode desconsiderar que algumas características podem ser tratadas alternativamente, dentre as quais a independência do Judiciário, que se apresenta como uma restrição contramajoritária ao governo majoritário, de modo que: "[…] o desgaste da independência judicial será uma prova imediata de que alguma coisa está errada", ou de que se esteja, de fato, diante de uma crise.

Levitsky e Ziblatt (2018, p. 15-17), por sua vez, lembram que as democracias podem morrer pelas mãos de generais (como golpes de Estado clássicos), mas também de líderes eleitos, que subvertem o processo que os levou ao poder e minam, lentamente e em etapas que mal chegam a ser visíveis, o regime democrático, mantendo "um verniz de democracia enquanto corroem a sua essência".

Para cumprir o propósito de subverter a democracia, líderes autocratas precisam "capturar" os árbitros (dentre os quais, o sistema judiciário), tê-los a seu lado, permitindo uma imposição da lei de forma seletiva, "punindo oponentes e favorecendo aliados":

> Para autoritários potenciais, instituições judiciárias e policiais representam, assim, tanto um desafio quanto uma oportunidade. Se elas permanecem independentes, têm a capacidade de denunciar e punir abusos governamentais. Este é o trabalho do árbitro, impedir fraudes. Não obstante, se controladas por sectários, essas instituições podem servir aos objetivos do aspirante a ditador, protegendo o governo de investigações e processos criminais que possam levar ao seu afastamento do poder. O presidente pode infringir a lei, ameaçar direitos civis e até violar a Constituição sem ter que se preocupar com a possibilidade de tais abusos serem investigados ou censurados. Com tribunais cooptados mediante alteração de sua composição e autoridades policiais rendidas, os governos podem agir com autoridade. (Levitsky; Ziblat, 2018, p. 81-82).

As reformas judiciais, alterando as composições de tribunais, são medidas comumente utilizadas por líderes autocratas, como pontuam Levitsky e Ziblatt (2018, p. 83), ao recordarem que governos "incapazes de afastar juízes independentes podem contorná-los através de mudanças na composição da corte", citando exemplos do aumento do número total de membros da Corte Constitucional da Hungria e do Tribunal Constitucional da Polônia, embora não deixem de anotar que, em casos extremos, a própria eliminação das Cortes e a criação de novas pode ser adotada, como ocorreu na Venezuela.

Tais indicativos revelam a importância de que a jurisdição internacional possa representar um freio, um mecanismo de contenção aos arroubos de autocratas que investem contra a independência do Poder Judiciário, na perspectiva de subjugá-lo, capturá-lo, e, assim, evitar que possa representar um "entrave" ao arbítrio.

4 A importância de guarnecer a independência judicial no contexto do sistema interamericano em face do avanço da erosão democrática: percepções sobre o caso brasileiro

O exame da jurisprudência da Corte IDH nos diversos casos reportados, envolvendo denúncias de violações em vários Estados, como Peru, Venezuela, Equador, Paraguai e Honduras, demonstra alguns sinais comuns:

1. o primeiro diz respeito aos cenários de fragilidade, instabilidade ou ruptura democráticas em que se encontrou terreno fértil para menoscabar a independência judicial; nesse campo, parece haver uma via de mão dupla: ao mesmo tempo em que cenários de tibieza institucional favorecem ataques contra a independência judicial, a só existência deles se apresenta como um indício de baixos coeficientes de democratização;
2. o segundo remete à própria vulnerabilidade das garantias da magistratura, de modo que mesmo quando previstas nas ordens jurídicas internas, foram rápida e facilmente descartadas diante de juízos políticos, nos quais se desprezou o devido processo;
3. o terceiro envolve o fato de que os diversos julgamentos políticos de magistrados, não obstante os esforços de que se lhes conferisse verniz de legalidade formal e legitimidade, pretendiam, em tudo e por tudo, impor retaliações a juízes em face de suas decisões, contrárias aos interesses das maiorias de plantão; representavam, conforme destacado em voto apartado dos Juízes Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot e Rodrigo Mudrovitsch, no Caso Gutiérrez Navas, a aplicação de uma "sanción encubierta"; e
4. o quarto, por fim, diz com a clara ineficiência dos remédios jurídicos domésticos para a reversão das violações, notadamente porque os ambientes de destituição acabaram por influenciar a

atuação dos órgãos judiciais, reforçando a importância de que operem os mecanismos da jurisdição internacional.

Identificar esses pontos comuns instiga a iniciativa de confrontá-los com a realidade brasileira, notadamente em face do Estatuto da Magistratura, fundado no regime jurídico constitucional encartado nos arts. 93 e 95, da Constituição Federal, e na vetusta, porém resistente, Lei Orgânica da Magistratura Nacional, herança da ditadura civil-militar de 1964/1985.

Nessa linha, uma reflexão ainda que meramente superficial pode conduzir à conclusão de que, em *terrae brasilis*, mesmo com senões, a aferição do coeficiente de liberdade, autonomia e independência judiciais parece estar alguns níveis acima dos de seus parceiros na OEA.

Para alcançar tal entendimento, basta ter presentes as garantias constitucionais da magistratura (CF, art. 95), dentre as quais merecem especial referência, para os fins do presente estudo, a vitaliciedade e a inamovibilidade, dado que a sua observância atua como verdadeira salvaguarda para o fim de evitar destituições e remoções arbitrárias.

É certo que apenas a previsão de tais garantias no texto da Constituição Federal poderia não se revelar integralmente eficaz para evitar violações, a exemplo do que ocorreu em alguns países que foram palcos dos casos reportados nas seções anteriores, nos quais, mesmo diante de arcabouços normativos garantidores da estabilidade da magistratura, não se logrou impedir o cometimento de ilegalidades flagrantes.

Mas, no caso brasileiro, para além de serem restritas as previsões normativas de destituição de magistrados em juízos políticos, como ocorre, por exemplo, com o julgamento, pelo Senado, de ministros do Supremo Tribunal Federal, tais hipóteses pressupõem denúncia por crime de responsabilidade, e, ainda assim, observado o devido processo para a apuração, não se cogitando em cessação de funções que encontram fundamento em meras decisões proferidas, eventualmente tidas como indicativas de violadoras do interesse público, das políticas dos demais Poderes ou da prática de má conduta, como registra a casuística da Corte IDH[7].

7 Em âmbito local, o episódio mais recente que se aproxima daqueles enfrentados pela Corte IDH, relativamente à destituição arbitrária de magistrados, parece ser, sem dúvida, o da aposentadoria compulsória de 3 (três) Ministros do Supremo Tribunal Federal: Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Victor Nunes Leal, em janeiro de 1969, por atuação do governo ditatorial do Presidente Costa e Silva, logo após a edição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, que suspendera, em seu art. 6º, as garantias da vitaliciedade e da inamovibilidade, e conferira

Ademais, mesmo no âmbito dos órgãos correcionais (notadamente do Conselho Nacional de Justiça), podem ser reputados rigorosamente excepcionais os casos de sanções disciplinares por força de decisões proferidas, havendo-se construído, ao contrário, o firme entendimento de que o controle disciplinar não pode interferir no livre convencimento do magistrado, cabendo recordar que, no limite, a punição, em âmbito administrativo, importará na aposentadoria compulsória do magistrado.

Merece referência, ainda, no campo interno, a previsão expressa do princípio da independência no Código de Ética da Magistratura Nacional (Resolução-CNJ nº 60/2008), de inspiração nos Princípios de Conduta Judicial de Bangalore[8], e ilustrado pelos seguintes deveres:

> Art. 4º Exige-se do magistrado que seja eticamente independente e que não interfira, de qualquer modo, na atuação jurisdicional de outro colega, exceto em respeito às normas legais.
>
> Art. 5º Impõe-se ao magistrado pautar-se no desempenho de suas atividades sem receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos.
>
> Art. 6º É dever do magistrado denunciar qualquer interferência que vise a limitar sua independência.
>
> Art. 7º A independência judicial implica que ao magistrado é vedado participar de atividade político-partidária.

Ainda que se tenha presente, portanto, que o arcabouço normativo interno, no caso brasileiro, confira maior rigor à garantia da independência judicial, o que acaba sendo reforçado pelo próprio desenho institucional da carreira da magistratura (aplicável a todos os ramos do Judiciário), não se pode descurar da necessidade de permanente vigilância, tendo em vista mesmo o histórico recente de investidas contra o Poder Judiciário, em

---

poderes ao Chefe do Executivo para demitir, remover, aposentar ou colocar em disponibilidade magistrados. Tratou-se, ainda assim, de situação travada em meio a um regime de exceção, com claro comprometimento das garantias institucionais. No contexto da aposentadoria/cassação, outros 2 (dois) Ministros acabariam se retirando: Gonçalves de Oliveira e Lafayette de Andrada. Após as 5 (cinco) aposentadorias, sobreveio o Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969, que estabeleceu, novamente, em 11 (onze) vagas a composição do STF, revogando a formação com 16 (dezesseis), fixada por meio do Ato Institucional nº 02, de 27 de outubro de 1965. Sobre os episódios em referência, conferir: RECONDO, Felipe. **Tanques e togas**: o STF e a ditadura militar. São Paulo, Companhia das Letras, 2018.

8 Dentre os Princípios de Bangalore, o primeiro contemplado é exatamente o da independência, asseverando-se que: "A independência judicial é um pré-requisito do estado de Direito e uma garantia fundamental de um julgamento justo. Um juiz, consequentemente, deverá apoiar e ser o exemplo da independência judicial tanto no seu aspecto individual quanto no aspecto institucional" (ONU, 2008, p. 45).

especial, o Supremo Tribunal Federal, durante a experiência autoritária do governo Jair Bolsonaro, ou, mesmo após ele, com a aprovação, pelo Senado Federal, da Proposta de Emenda à Constituição nº 08/2021, que limita poderes do STF, notadamente quanto à prolação de decisões monocráticas, ainda pendente de apreciação na Câmara dos Deputados.

O nível de atenção parece se justificar, ademais, em vista do fato de que, o cenário de fragilidade institucional, identificado como comum aos países que foram palcos de destituições arbitrárias de magistrados, em regra, não se apresenta ostensiva e abruptamente em contextos de erosão democrática, tanto assim que se lhes constitui um dos elementos fundantes. Desse modo, as vulnerabilidades podem estar presentes mesmo quando paira um estado de legalidade, todavia frente a uma realidade, conforme alerta a Corte IDH, de esvaziamento das instituições, que se mantém com sua mera aparência.

É certo que o exame dos limites da independência judicial em âmbito doméstico, notadamente quanto aos tribunais superiores, exigiria aprofundar estudos sobre a atuação política do Supremo Tribunal Federal, seus limites e autocontenção[9], num contexto de crescentes questionamentos à atuação da Corte e de polarização calcificada[10], os quais findariam extrapolando os propósitos do presente estudo, todavia, ainda assim, atentando-se aos objetivos traçados, não se pode negar que, entre idas e vindas, a sua livre atuação tem se sustentado, revelando-se como fator de estabilidade democrática e de garantia do Estado de Direito no Brasil.

5 Conclusão

O exame da evolução da jurisprudência da Corte IDH sobre a independência judicial revela que a jurisdição internacional pode representar um mecanismo relevantíssimo para conter arroubos autoritários direcionados a afrontar a autonomia e a livre atuação do Poder Judiciário, operando em contextos de fragilização institucional, no qual restam vulneráveis garantias como a vitaliciedade e a inamovibilidade dos magistrados.

---

9 Conferir a propósito: ARGUELHES, Diego Werneck. **O supremo**: entre o direito e a política. Rio de Janeiro: História Real, 2023.

10 Conferir a propósito do tema quanto à realidade brasileira: NUNES, Felipe. TRAUMANN, Thomas. **Biografia do abismo**: como a polarização divide famílias, desafia empresas e compromete o futuro do Brasil. Rio de Janeiro: Harper Collins Brasil, 2023.

Para além do aspecto sancionador, é de se ter em conta o caráter pedagógico dos diversos julgados examinados (numa linha do tempo entre 2001 e 2023), de modo a despertar os Estados Membros da OEA sobre a necessidade de salvaguardar, de modo efetivo, o livre convencimento de seus juízes, impedindo que venham ser julgados e punidos (ainda que de forma encoberta) por força do conteúdo de suas decisões.

O avanço do cenário de erosão democrática, em âmbito regional e mundial, sem dúvidas, potencializa a relevância dos mecanismos de controle impostos pela Corte IDH, de cuja atuação podem ser extraídas importantes balizas para o comportamento dos Estados Membros, as quais, acaso efetivas, assumem a condição de fatores essenciais para a manutenção da democracia e do Estado de Direito.

Ainda que a análise do caso brasileiro revele a existência de travas mais efetivas do que a de outros países no âmbito da OEA, o cenário se mostra desafiador, a reclamar vigilância permanente, seja pelas investidas autoritárias em face do Supremo Tribunal Federal, seja pela própria necessidade de autocontenção da Corte, colocada cada vez mais como protagonista da agenda política do país, a qual se situa, contudo, num cenário de polarização calcificada, a exigir redobrado apego à institucionalidade e moderação.

Referências

ARGUELHES, Diego Werneck. **O Supremo**: entre o direito e a política. Rio de Janeiro: História Real, 2023.

BRASIL. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965.** Mantém a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm. Acesso em 29 jun. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.** São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/

ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em: 29 jun. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969**. Altera a composição e competência do Supremo Tribunal Federal, amplia disposição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 e ratifica as emendas constitucionais feitas por Atos Complementares. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-06-69.htm. Acesso em: 29 jun. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 60, de 19 de setembro de 2008.** Institui o Código de Ética da Magistratura Nacional. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/127. Acesso em: 29 jun. 2024.

CORTE IDH. **Caso Aguinaga Aillón *vs.* Equador**: sentença de 30 de janeiro de 2023. 2023a. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/928987151. Acesso em: 29 jun. 2024.

CORTE IDH. **Caso Apitz Barbera e outros *vs.* Venezuela**: sentença de 5 de agosto de 2008. 2008. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/883974483. Acesso em: 29 jun. 2024.

CORTE IDH. **Caso Corte Suprema de Justiça (Quintana Coello e outros) *vs.* Equador**: sentença de 23 de agosto de 2013. 2013a. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/883974435. Acesso em: 29 jun. 2024.

CORTE IDH. **Caso Gutiérrez Navas e Outros *vs.* Honduras**: sentença de 29 de novembro de 2023. 2023b. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/980572019. Acesso em: 29 jun. 2024.

CORTE IDH. **Caso Reverón Trujillo *vs.* Venezuela**: sentença de 30 de junho de 2009. 2009. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/883975678. Acesso em: 29 jun. 2024.

CORTE IDH. **Caso Rico *vs.* Argentina**: sentença de 2 de setembro de 2019. 2019. Disponível: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/883974285. Acesso em: 29 jun. 2024.

CORTE IDH. **Caso Ríos Avalos e outro *vs.* Paraguai:** sentença de 19 de agosto de 2021. 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/883975438. Acesso em: 29 jun. 2024.

CORTE IDH. **Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) *vs.* Equador**: sentença de 28 de agosto de 2013. 2013b. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/883974198.

Acesso em: 29 jun. 2024.

CORTE IDH. **Caso Tribunal Constitucional *vs.* Peru**: sentença de 31 de janeiro de 2001. 2001. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/883974976. Acesso em: 29 jun. 2024.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

NUNES, Felipe. TRAUMANN, Thomas. **Biografia do abismo**: como a polarização divide famílias, desafia empresas e compromete o futuro do Brasil. Rio de Janeiro: Harper Collins Brasil, 2023

OLIVARES, Francisco. **Afiuni, la presa del Comandante**. 4. ed. Caracas: Editorial Dahbar, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Princípios Básicos relativos à Independência da Magistratura**. 1985. Disponível: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/princbasicos-magistratura.pdf. Acesso em: 29 jun. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Tradução de Marlon da Silva Malha e Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

RECONDO, Felipe. **Tanques e togas**: o STF e a ditadura militar. São Paulo, Companhia das Letras, 2018.

Capítulo 21

A Redução do *Quantum* Apenatório para Aquém do Mínimo Legal: uma Medida de Direito e de Justiça

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha[1]

Uma das grandes discussões nos foros criminais pátrios é a possibilidade da redução da pena abaixo do mínimo legal por medida de política criminal e em homenagem à proporcionalidade e à razoabilidade que devem nortear as decisões judiciais.

Sobre o tema, o Superior Tribunal Militar, em decisão plenária inédita datada de 29 de maio de 2012,[2] inaugurou no Judiciário Castrense esta possibilidade. O acórdão restou assim ementado:

Apelação. Delitos tipificados no art. 150 e no art. 195, ambos do CPM. Prescrição do delito de abandono de posto. Parcial provimento do recurso defensivo. Aplicação de cânones constitucionais com vistas à redução de pena aquém do mínimo legal.

Três militares abandonam o lugar de serviço e, nas imediações da Organização Militar, adentram festa infantil, uniformizados e armados, procurando por mulheres. Civis abeiram-se a um dos soldados, que se apartara dos demais, para alertar de sua inconveniente presença; entretanto, os civis são surpreendidos com agressões dos outros dois soldados que repentinamente se aproximaram. Agrega-se aos atos violentos perpetrados a utilização das armas que, segundo testemunhas, fora utilizada com veemência para intimidar os civis. Condutas delitivas que se subsumam à tipificação do art. 195 e do art. 150, ambos do CPM, em concurso.

---

1 Ministra e Ex-Presidente do Superior Tribunal Militar. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora honoris causa pela Universidade Inca Garcilaso de la Vega – Lima, Peru. Mestra em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica de Lisboa- Portugal. Professora Universitária. Autora de diversos livros e artigos jurídicos no Brasil e no exterior.

2 STM - *Apelação nº 11.18-2009.7.10.0010/CE* Relator: Ministro Fernando Sérgio Galvão e Revisora: Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. DJe de 25/06/2013. Por certo, várias turmas de Tribunais *ad quem* estaduais e federais e do Superior Tribunal de Justiça já haviam decidido neste sentido, contudo, no Plenário, o Superior Tribunal Militar foi pioneiro.

Recurso interposto abordando a inexistência do fato e a insuficiência probatória (in dubio pro reo) e, mais especificamente, direcionado à inexistência de exame de corpo de delito, à insuficiência do reconhecimento de pessoas como prova absoluta de imputação de responsabilidade penal e à prejudicialidade dos depoimentos dos ofendidos por ausência de isenção. Teses defensivas restaram rechaçadas.

Sobressai do feito demonstração da necessidade de um especial equacionamento, na sistemática penal militar, dos pressupostos atinentes ao princípio constitucional da proporcionalidade.

O preceito secundário do art. 150 do CPM está preso à passado específico e, sob esse contexto, algumas circunstâncias sobressaem como destoantes à dosimetria de pena imposta aos Acusados, implicando adoção de critério especial para aplicação ao caso específico. Exsurge, pois, o princípio da proporcionalidade ajustado ao da individualização da pena como consectários de critérios de política criminal. Na espécie, ressalta-se o uso do princípio da proporcionalidade para, in casu, diminuir significativamente a pena mínima imposta aos Réus, a fim de aplicá-la em correspondência aos fatos concretos dentro do contexto social da atualidade.

Declaração da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na forma intercorrente, em favor de todos Recorrentes, no tocante à pena imposta acerca do delito de abandono de posto.

Provimento parcial do Recurso Defensivo para reduzir a pena imposta pelo Juízo "a quo" aquém do mínimo legal, atendendo preceitos de ordem constitucional, ajustados à contextualização dos fatos, aos resultados do delito e aos aspectos históricos que repercutem no tipo penal, com vistas à efetivação de uma política criminal de vanguarda.

Decisão majoritária. Aplicação do art. 80, § 1º, inciso II, do RISTM. (sem grifos no original).

Neste artigo, despiciendo trazer à lume como incremento aos aspectos doutrinários a serem tratados, as condutas ilícitas perpetradas pelos sujeitos ativos da ação penal *retro*, quais sejam; o abandono de posto ou lugar de serviço e a organização de grupo para a prática de violência, ambos tipificados nos artigos 195 e 150 do Código Penal Militar, porquanto o objeto de relevo dos autos, tanto na época do julgamento quanto na presente análise, centrou-se na redução da pena mínima.

Sobre o tema, cediço que a possibilidade de diminuí-la há muito vem sendo objeto de discussão em face da persistente divergência doutrinária e do inconformismo dos advogados, defensores e magistrados que pleiteiam

a aplicação das atenuantes a que fizer jus o acusado, ainda que resulte na fixação da sanção em patamar inferior ao previsto pelo legislador como o menor, ou mesmo, a validade da minoração do parâmetro quando excessivo ou exacerbado no caso concreto.

Efetivamente, impõe-se ao julgador ao avaliar a prática do injusto penal, fixar dosimetria apenatória condizente ao agravo, de modo a obstar o despotismo e a excessiva intervenção do Estado na liberdade individual, sob o risco de regressão à teoria da retribuição.

Bem pontua Ferrajoli:

> [...] a história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos, porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um.[3]

Foucault em obra reverenciada – *Vigiar e Punir*[4] - dá conta desse barbarismo ao esquadrinhar a análise do poder político e suas pedagogias disciplinares. A parcimônia da resposta estatal, legado do iluminismo, legitima o sistema punitivo ao sopesar os direitos fundamentais e a tutela social. Ela tem por escopo "*impedir o mal da vingança arbitrária e desmedida operada pela vítima, ou pelas forças solidárias a ela, bem como o excesso punitivo do Estado*".[5]

A mensurabilidade da reprimenda ao ilícito demanda proporcionalidade que transcende valorações meramente legalistas, fundadas unicamente na *ratio legis*. Cite-se, uma vez mais, o jurista italiano:

> [...] dissociada a quantidade da primeira da qualidade do segundo e reconhecida a inevitável heterogeneidade entre uma e outro, não existem critérios naturais, senão somente critérios pragmáticos baseados em valorações ético-políticas ou de oportunidade para estabelecer a qualidade e a quantidade da pena adequada a cada delito.[6]

A compreensão da problemática perpassa colocações de ordem moral. Pressupõe, nas palavras de Carla Fuckner e Larissa Corrêa:

---

3 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 320.

4 *Vide*: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: o nascimento da prisão***.** Tradução: Ligia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1977.

5 CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil***.** 3. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2001, p. 150.

6 FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit*, p. 320.

> [...] a predeterminação do tipo e da medida mínima e máxima da sanção para cada delito, pelo legislador; a determinação da medida da pena pelo magistrado no caso concreto, que muitas vezes é imbuída de espaços de discricionariedade; e, por derradeiro, a pós-determinação, na fase de execução, da duração e do prolongamento da pena atribuída.[7]

Na lide que originou o precedente objeto deste artigo acadêmico, tinha-se como menor patamar sancionatório previsto pelo art. 150 do CPM a reclusão de 4 (quatro) anos; ao ver do relator e da revisora inadequado, sem embargo da conduta dos agentes amoldar-se ao tipo constante da Denúncia.

O dilema que se colocou então foi: a pena mínima fixada abstratamente pelo legislador para punir a "organização de grupo para a prática de violência" poderia ser superada especificamente naquele processo, à vista da verdadeira afronta à justa punição e, consequentemente, à própria individualização?

Estava-se diante de situação na qual a sanção legal é considerada razoável, em tese, mas, *in concreto*, seus efeitos revelaram-se desmensurados. Por consequência, se o critério normativo não fosse desafiado, nomeadamente por se tratar de pena privativa de liberdade, infligir-se-ia aos réus sofrimento maior do que o ocasionado pelo agravo penal por eles perpetrado.

Nesse diapasão, fez-se mister a redução da reprimenda aquém do mínimo estatuído em homenagem aos princípios da proporcionalidade, da isonomia, da razoabilidade e da individualização da sanção. E não se cogite em ofensa à legalidade, posto sua aplicação dar-se *in favor rei*. Tal postulado, concebido como limitação à *potestas*, guarda correlação direta com o ideário da liberdade, assim, invocá-lo para defender a impossibilidade de determinação da pena injusta é medida de Direito. Diria Zaffaroni, Alagia e Slokar: "*o limite máximo é resultado de uma desconfiança que recai sobre o sistema penal, mas o limite mínimo é uma desconfiança do sistema penal sobre o juiz. É nada mais que um limite quantificador*"[8].

De fato, o apenamento mínimo previsto na *legis* deve ser concebido, não como barreira à minoração do *quantum* sancionatório, mas como um referencial punitivo por parte do Estado. Há que se proceder à exegese do texto normativo de forma a possibilitar maior eficácia aos direitos

---

7 A possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade abaixo do mínimo legal: uma visão garantista. *In*: *Revista de Direito Univille***.** Dez/2011, nº1. Joinville, Santa Catarina, p. 96.

8 ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Raúl. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, p. 995.

fundamentais. Na análise do caso concreto deve o magistrado, levando em conta a previsão legislativa, decidir pelo correto, adequado e, sobretudo, pelo judicialmente justo. [9]

Nem se argumenta que, se é possível afastar a reprimenda estatal por entendê-la exacerbada e romper com a menor pena-base, poder-se-ia, igualmente, agravá-la além do estatuído como limite máximo. Debalde. A analogia em matéria penal só pode ser utilizada em benefício do sujeito ativo.

Nesse norte, a Suprema Corte Canadense julgou inconstitucional a apenação abstratamente fixada em um mínimo de sete anos para o delito de tráfico de drogas, no caso *R. vs. Smith*, no qual um réu de vinte e sete anos de idade, reincidente e que retornava da Bolívia com quantidade de cocaína no valor de mais de cem mil dólares, restou condenado a sete anos de prisão. Utilizando como fundamentação "*paradigma hipotético*", a saber: um estudante de dezenove anos, primário e sem antecedentes, que traficou pequena quantidade de entorpecente, concluiu o *Justice Lamer* que o parâmetro estipulado pela lei como menor, era cruel e inusitado pela sua elevação.[10] A decisão pautou-se na Seção 12 (doze) da Carta de Direitos e Liberdades Canadense, a qual prevê que "*a todos é dado o direito de não se sujeitar a qualquer tratamento e punição cruel ou incomum*".[11] Como consequência, declarou-se a inconstitucionalidade do mínimo abstrato da Lei de Drogas daquele Estado.

No feito julgado pelo STM, não se questionou a verticalidade fundamentadora da reprimenda do art. 150 do CPM em face da *Lex Magna*, mesmo porque temerária a apreciação judicial *ex officio*, em sede incidental, da proporcionalidade das valorações apenatórias do Poder Legislativo, ressalvadas as situações nas quais a desconformidade seja flagrante, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.

---

9 VARGAS, Jorge de Oliveira; MOTTA, Felipe Heringer Roxo da. *A inconstitucionalidade e ilegalidade da Súmula 231 do STJ*. Acesso em 5/3/2012. Disponível em *http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16306-16307-1-PB.pdf*, p. 9.

10 A decisão restou assim ementada:
"A Corte Suprema declara, por maioria, que o mínimo de sete anos previsto no art. 5(2) da Lei de drogas é contrário ao artigo 12 da Carta por constituir uma pena cruel. A Corte afirma que um objetivo federal válido não é uma garantia de constitucionalidade. Se este objetivo perturba os direitos constitucionais, as autoridades devem demonstrar que se trata de um limite razoável em uma sociedade livre e democrática e que as liberdades são violadas o menos possível. A Corte recorda que o mínimo de sete anos se aplica independentemente da quantidade, do tipo de estupefaciente e do objetivo dos indivíduos envolvidos; é a potencialidade da punição permitida que é cruel (R. v. Smith, 1987, 1 R.C.S. 1045, 34 C.C.C. [3d] 97, R.J.P.Q. 87-318).

11 Na língua original: *"12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment."*

Não obstante, tanto o legislador como o julgador deverão sempre guardar obediência aos princípios máximos da Carta Política. Com base nessa premissa, é possível extrair não apenas a possibilidade, mas, principalmente, a plena obrigatoriedade da Judicatura, em situações reais, de valorar hipóteses vulneradoras do *espiritu* da Constituição.

A razão de parte da doutrina e jurisprudência preconiza que as atenuantes não têm o condão de rebaixar a sanção aquém do mínimo legal reside no fato de o Código Penal comum não determinar as frações correspondentes, desautorizando ir além dos moldes definidos para a infração. Tal situação não ocorreria com as causas de aumento e de diminuição da pena, que têm as respectivas majorações e reduções predeterminadas.

No Código Penal Castrense a preocupação foi maior, prevendo o legislador no art. 73, frações mínimas e máximas para a atenuação sancionada. Impôs, outrossim, que a incidência das causas atenuantes deve obedecer aos limites da pena cominada ao delito. Nesse mesmo conspecto, a estatuição do §2º do art. 69 do *Codex*. [12]

Sem descurar da necessidade do fiel cumprimento de lei legitimamente estabelecida, é corolário da Justiça o *suum quique tribuere*, inexoravelmente imbricado à questão fática sob a qual a regra incide.

Impossível para o poder legiferante vislumbrar todos os eventos e nuances plausíveis da vida em sociedade. Por isso, a legislação não deve promover cisões entre a *lex* e o seu aplicador.

Em cuidadosa distinção entre validade e influência real ou eficácia da norma, Luis Recaséns Siches propugna:

> lo que produce realmente la observancia de la norma no es la norma misma en cuanto entidad ideal, en cuanto a puro deber ser, sino el hecho psicológico de que los hombres se la representan en su conciencia. El factum concreto de esta representación es lo que puede actuar como motivo psicológico, induciendo al sujeto a un comportamiento coincidente con la norma. [13]

De extremo relevo, portanto, o atuar do magistrado, não só como intérprete da lei, mas, sobretudo, como viabilizador de sua eficácia. Daí porque, há de se lhe permitir valorá-la com equidade.

---

12 "*Art. 69. omissis.*
§ 2º. *Salvo o disposto no art. 76, é fixada dentro dos limites legais a quantidade da pena aplicável".*

13 SICHES, Luis Recaséns. *Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico – La filosofia del derecho en el siglo XX.* México: Ediciones Coyoacán, p. 124.

No âmbito do Direito Penal especial, o próprio Código Substantivo Militar explicita as hipóteses nas quais a reprimenda poderá ser fixada abaixo do mínimo cominado – as causas de diminuição. Inquestionável, pois, autorizar o *Codex* Especial, em linhas gerais, a imposição de sanção inferior à prefixação legal.

Poder-se-ia questionar o que diferencia as causas de diminuição de pena, das atenuantes, se relativamente às primeiras é possível rebaixar o mínimo abstrato?

Os argumentos em sentido contrário articulam com a ideia de constituírem as causas de aumento e diminuição verdadeira tipicidade por extensão posto integrarem a estrutura típica do delito; pelo que, ao julgador só caberia seguir a orientação legislativa.

Ora, o mero fato de o legislador ter optado em situar, topograficamente, as causas de diminuição em parágrafo do próprio artigo no qual previu o tipo penal, se revela insuficiente para autorizar, melhor se diga, desautorizar, a aplicação da mesma causa quando ela receber titulação diversa – natureza de atenuante – e constar de dispositivo específico.

Exemplificativamente, no Direito Penal Castrense nota-se que a minorante contida no §1º do art. 205 do CPM estabelece que o juiz poderá reduzir a sanção, de um sexto a um terço, "*se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima [...].*" Dita causa de diminuição encontra semelhante previsão no art. 72, inciso III, alínea *"c"*, do mesmo Código como circunstância atenuante. Leia-se:

> Art. 72. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
>
> III- ter o agente:
>
> c) cometido o crime sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

Evidente está, o lapso de justificativa plausível que autoriza a obstrução ao quebrantamento do mínimo legal, devido à ausência de hierarquia entre as causas de diminuição e as atenuantes. Afinal, majorantes e minorantes não possuem, em abstrato, maior peso jurídico do que as demais circunstâncias.

Indo além, o *Codex Milicien*, estabelece no art. 76 que a incidência das causas de diminuição não adstringe o julgador aos limites da pena cominada ao crime. Nestes termos, tal preceituação não equivaleria a um reconhecimento expresso da *ratio* de poder-se quebrantá-la diante de

circunstâncias especiais? Afinal, por que obstaria a *legis* o atuar judicial frente à realidade fática peculiar que, por sua própria natureza, não poderia ser ativista pelo poder legiferante?

Por certo, o verdadeiro escopo do mínimo legal consiste na impossibilidade de previsão normativa para todas as circunstâncias que possam convergir concretamente. Por isso:

> [...] um outro motivo também aponta para [...] a redução da pena mínima, qual seja a incapacidade do legislador de estabelecer molduras rígidas que atendam sempre à necessidade de adaptação do sistema penal a graves problemas de ordem prática que são enfrentados não tão raramente pelos juízes e para os quais a lei não oferece solução adequada.[14]

Aliadas a esse argumento, razões teóricas diversas exsurgem. A primeira diz respeito ao já citado princípio da legalidade, concebido como instrumento de proteção do cidadão diante da moldura punitiva, a justificar, tão somente, os limites máximos das sanções[15]. A segunda refere-se à ressocialização como finalidade principal da reprimenda; e a terceira cinge-se à afirmativa de que a culpabilidade não seria a medida da sanção, senão seu limite[16].

Nessa esteira, estatui o artigo 5º, item 6, do Pacto de São José da Costa Rica, que vigora no ordenamento jurídico pátrio com *status* supralegal; *litteris:*

> As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

No precedente referido, o apenamento – reclusão de 4 (quatro) anos – demandava adequação não contemplada pelo Poder Legislativo, mas necessária e conforme aos preceitos constitucionais. [17]

---

14 MASSUD, Leonardo. *Da Pena e sua Fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal.* São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 197.

15 Nesse sentido, os entendimentos de Sousa e Brito e Hassemer, para os quais, respectivamente, "*se o limite máximo da culpa não pode ser em caso algum ultrapassado, já 'em casos extremos' o princípio da legalidade não impede que o seu limite mínimo não seja respeitado*" e "*as limitações do princípio da certeza só se podem fazer em favor do acusado*". SOUSA BRITO, José. *Medida da pena no novo código penal, 1984,* p. 580 e 581 *Apud:* RODRIGUES, Anabela. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção).* Dissertação (Doutoramento em Ciências Jurídico-criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 1995, p. 516. HASSEMER, Winfried. *Introdução* aos fundamentos do direito penal. Tradução: Paulo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 337.

16 MASSUD, Leonardo. *Op. cit.*, p. 197.

17 Na lição de Inocêncio Mártires Coelho: *"[...] na tarefa de concretizar a Constituição [...] o aplicador do direito, para fazer justiça à complexidade e magnitude da sua tarefa, deverá considerar não apenas os elementos resultantes da interpretação do programa normativo, que é expresso pelo*

E foi por situações deste jaez que o Tribunal de Justiça de São Paulo propôs, em audiência pública quando da elaboração do anteprojeto do novo Código Penal Comum, a alteração ao art. 59 para autorizar a aplicação da pena aquém do menor patamar abstratamente estabelecido.[18]

Mas, muito antes, na vanguarda do Direito, a Superior Corte Federal em Acórdão da lavra do eminente Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, decidira:

> EMENTA: RESP - PENAL - PENA - INDIVIDUALIZAÇÃO - ATENUANTE - FIXAÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL.
>
> *O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5º, XLVI) materialmente, significa que a sanção deve corresponder* às características *do fato, do agente e da vítima, enfim, considerar todas as circunstâncias do delito.*

---

*texto da norma, mas também aqueles que decorram da investigação do seu âmbito normativo, elementos que também pertencem à norma, e com igual hierarquia, enquanto representam o pedaço da realidade social que o programa normativo 'escolheu' ou, em parte, criou para si, como espaço de regulação. Em síntese, no dizer de Müller, o teor literal de qualquer prescrição de direito positivo é apenas a "ponta do iceberg"; todo o resto, talvez a parte mais significativa, que o intérprete-aplicador deve levar em conta para realizar o direito, isso é constituído pela situação normada. In: Curso de Direito Constitucional***.*** MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 100-101.

Em idêntico entendimento, o voto vencido na Apelação Criminal nº 275492-5, julgada pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em 16/6/2005: *"A tarefa do juiz, na sentença, é a de individualizar a pena. Mas se a pena mínima não puder ser ultrapassada (em virtude de um posicionamento doutrinário e jurisprudencial equivocado, claramente presunçoso e inconstitucional), colocar-se-á numa vala comum incontáveis condenados que contam com situações diferentes. Isso implica séria violação ao princípio da igualdade (assim como profundo desrespeito ao valor justiça, que é o valor meta do Estado Constitucional e Democrático de Direito)".*

18 O legalismo exacerbado leva, muitas vezes, juízes e tribunais a situações inusitadas nas quais, feitos são julgados com definições jurídicas diversas à do tipo incidente, para se aplicar pena mais branda. Tal prática nada mais é do que a quebra da pena mínima por vias transversas.

"Com efeito, de grande intensidade, a fixação da pena representa a transição entre todo o espectro abstrato do direito e a concretude da sua execução. É o instante no qual se materializa a sua teleologia. É quando o direito mostra o seu porquê. Como, então, o Judiciário aplicará a pena sem transformar-se num órgão autômato ou num mero apêndice do Legislativo, sem que o arbitrium regulatum confunda-se com as convicções e juízos pessoais dos magistrados, preservando, assim, a separação dos Poderes, ínsita ao chamado Estado Democrático de Direito? De outro lado, até onde poderá caminhar o Legislativo na sua tarefa de fornecer diretrizes ao Judiciário sem engessá-lo ou sem avançar na tarefa deste que é a de dar a cada um o que é seu?" MASSUD, Leonardo. *Op. cit.* p. 14-15.

Desta cultura judicial resulta projetar-se, o processo penal, *"em duas perspectivas absolutamente opostas: ou se ganha tudo, absolvendo-se o réu, ou se perde tudo, na medida em que a condenação será sempre sinônimo de privação de liberdade. Dessa maneira, a própria postura defensiva não passa, na quase totalidade dos casos, pela busca e/ou demonstração de elementos que possam ajudar na mitigação da pena. Algumas vezes, até, há um verdadeiro conflito lógico ou estratégico em sustentar, ao mesmo tempo, as razões para a absolvição – em seu sentido lato – e os motivos para uma redução da pena em caso de condenação [...]." Idem.* p. 181.

> *A cominação, estabelecendo grau mínimo e grau máximo, visa a esse fim, conferindo ao juiz, conforme o critério do art. 68, CP, fixar a pena "in concreto". A lei trabalha com o gênero. Da espécie, cuida o magistrado. Só assim, ter-se-á direito dinâmico e sensível à realidade, impossível de, formalmente, ser descrita em todos os pormenores. Imposição ainda da justiça do caso concreto, buscando realizar o direito justo. Na espécie "sub judice", a "pena base" foi fixada no mínimo legal. Reconhecida, ainda, a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d).*
>
> *Todavia, desconsiderada porque não poderá ser reduzida. Essa conclusão significaria desprezar a circunstância. Em outros termos, não repercutir na sanção aplicada. Ofensa ao princípio e ao disposto no art. 59, CP, que determina ponderar todas as circunstâncias do crime".* [19] (sem grifos no original).

Tal como colocado, é imprescindível utilizar-se de norte axiológico para implantar na punição o ideal de justiça, objetivo maior do devido processo legal.[20]

Disso resulta que, a despeito de o Superior Tribunal de Justiça, *a prima facie,* ter pacificado a matéria no âmbito jurisprudencial ao editar a Súmula 231 do STJ [21], o tema remanesce controverso. Por oportuno, esclareça-se que o Direito Sumular não se sobrepõe aos postulados constitucionais, o da isonomia por excelência, cujo axioma funda-se em "tratar desigualmente os desiguais, na proporção de suas desigualdades", uma vez que as súmulas, à exceção da vinculante, não legislam positivamente, não podendo relativizar normas e princípios magnos. A prevalência da súmula 231 na jurisdição penal ordinária tornou letra morta o art. 65 do Código Penal Comum que dispõe sobre as circunstâncias que **sempre** (*litteris)* atenuam a pena.[22]

Paulo Bonavides ressalta a necessidade de tratar-se os princípios como Direito, uma vez que *"tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal*"[23].

---

19 STJ - *REsp 151837/MG.* Relator Ministro Fernando Gonçalves, Relator para o Acórdão Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 28/5/1998, DJ 22/6/1998, p. 193.

20 DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p. 44.

21 A Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 15.10.1999, dispõe que "*incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".*

22 Conforme sustentou o Desembargador Aramis Nassif, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *verbis: "A palavra "sempre" empregada no art. 65, caput, do Código Penal [...], não é excepcionada em nenhuma passagem do direito positivo brasileiro. Assim, sempre é sempre e a interpretação não pode, com a máxima vênia, ser feita em prejuízo do acusado." Apelação Crime nº 70026901249*, de 14/4/2010.

23 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1994, p. 238. Acorde suas palavras: "*O princípio da proporcionalidade, abraçado [...] ao princípio da interpretação conforme a Constituição, [...] ao invés de deprimir a missão do legislador ou a*

Dúvidas não restam acerca da necessidade de se assegurar a proporcionalidade, razoabilidade, isonomia e individualização sancionatória, esta última consagrada pelo art. 5º, inciso XLVI, da CF/88 e, portanto, clausulada como *petrea,* no apenar judicial.[24]

Acentue-se que individualizar no vernáculo é distinguir, particularizar, adaptar às necessidades ou circunstâncias específicas do indivíduo[25].

Discorrendo sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci preleciona:

> a individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da "mecanizada" ou "computadorizada" aplicação da sanção penal, que prescinda da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto[26].

Acorde o Ministro Vicente Leal, a individualização da sanção hodierna esbate-se com o *jus puniendi* do passado, "*quando a fixação da pena se situava no plano do puro arbítrio do juiz, evoluindo, por conseguinte, para um sistema rígido, sem qualquer consideração sobre a pessoa do apenado e as circunstâncias particulares do delito*"[27]. Hoje, não há como dissociá-la dos axiomas principiológicos insculpidos na Carta da República.

Imperiosa, então, a atuação da Judicatura, consciente de que o legislador ordinário, ao editar a norma repressiva, levou em consideração

---

sua obra normativa, busca jurisprudencialmente fortalecê-la, porquanto na apreciação de uma inconstitucionalidade o aplicador da lei, adotando aquela posição hermenêutica, tudo faz para preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respectivo autor". *Idem,* p.388. Segundo Celso Ribeiro Bastos, o princípio da proporcionalidade há de ser compreendido como um guia à atividade interpretativa, que apresenta grande liberdade de atuação, tendo em vista os fins a serem atingidos e a exigibilidade da escolha destes. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 175.

24 Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt: "*o princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno." Tratado de Direito Penal: Parte Geral.* 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24.

25 HOUAISS, Antônio; e VILLAR, Mauro de Sales. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, 1ª. Ed. Rio de Janeiro, Objetiva, 2009, p. 1075.

26 NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 30.

27 ARAÚJO, Vicente Leal. *Princípio da individualização da pena*. Publicado em 7/12/2006. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8388. Acesso em 13/3/2012.

um contexto social hipotético, desvinculado da realidade vivenciada pelo agente no momento do crime. [28]

Para ilustrar, precedente do Superior Tribunal Militar, o qual, diante do evidente rigor de gravame previsto pelo artigo incidente à lide *sub judice*, pautou-se em prol da equidade e deixou de aplicar a causa de aumento de pena. *Vide:*

> EMENTA: APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. PECULATO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ESTELIONATO. APLICAÇÃO DOS FINS SOCIAIS DA LEI. CRIME CONTINUADO.
>
> 1. Sargento intendente do Exército que mediante inserção de dados falsos em Boletim Interno induz em erro a Administração Militar, possibilitando pagamentos de forma indevida a outrem e a si próprio.
>
> 2. Para que não se configure a tipicidade do crime de peculato (art. 303 do CPM) é necessário que o militar tenha se apropriado ou desviado indevidamente a res, da qual tem a posse ou detenção, em razão de seu cargo ou comissão, o que não ocorreu no caso em tela, haja vista ter o acusado desviado os valores por meio de senha que tinha a título precário, por delegação de quem detinha o cargo.
>
> 3. Continuidade delitiva. Reconhece-se a continuidade delitiva quando infrações da mesma espécie e da mesma forma de proceder forem praticadas uma após a outra, não havendo razão para impor requisitos que a lei não impõe para a concessão do benefício como a necessidade de as infrações haverem sido cometidas no intervalo mínimo de um mês entre elas.
>
> 4. Art. 5º da LICC. Ao aplicar a lei o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige. Assim, plenamente possível a não aplicação de uma causa de aumento de pena quando se percebe que a condenação será por demais rigorosa, excluindo o militar da Força. Trata-se de decisão de política criminal e de equidade.
>
> 5. Sursis com período de prova aumentado em razão do desvalor da ação do agente que, trabalhando com valores, deve ficar sob maior observação do juízo criminal.

28 Pontua Alberto Silva Franco: *"Uma sociedade marcada por profunda exclusão social não se compatibiliza com o perfil de um juiz apegado ao texto da lei, insensível ao social, de visão compartimentada do saber, autossuficiente e corporativo. E, acima de tudo, com um juiz que ainda não teve a percepção de que sua legitimação não se apoia na vontade ou nas leis de mercado, mas substancialmente na sua função central de garantidor dos direitos que atribuem dignidade ao ser humano e dos valores axiológicos incorporados aos modelos sociais que têm a democracia como uma garantia irrenunciável".* **O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização**. *In*: MESSUTI, Ana; ARRUBLA, Sampedro (Org.). *La Administración de Justicia en los Albores del tercer Milenio*. Buenos Aires: Editorial Universidade, 2001, p. 99.

> Rejeitada preliminar de nulidade arguida pela Defesa. Unanimidade. Apelo conhecido e provido parcialmente. Maioria.[29] (sem grifos no original)

A propósito, o Ministro Cezar Peluso, no julgamento da repercussão geral do RE 597270/RS, conquanto tenha reconhecido a inadmissibilidade da fixação sancionatória abaixo do mínimo legal com base em atenuante genérica, consignou ser simpático à tese de que, "além das minorantes especiais taxativamente previstas, as circunstâncias concretas de cada caso, que não se confundem com as atenuantes genéricas, podem, [...], reduzir a pena aquém do mínimo legal. São circunstâncias excepcionais de cada caso concreto".

Acrescentou que as "circunstâncias particulares [...] demonstram que, se não forem consideradas, ofendem a individualização da pena e, mais do que isso, ofendem o devido processo legal, em termos substantivos, porque influi na questão de tratamento justo de cada caso".[30]

Naqueles autos, o Acórdão prolatado observou os estritos termos da súmula vinculante nº 10 do STF [31], acatando na literalidade o *canon* inscrito no art. 97 da Lei Maior.

Sem embargo, entendeu a Corte por bem sopesar as particularidades processuais, em prol da consonância entre conduta e reprimenda.

Não é demais frisar que:

> Quem tem contato com o caso concreto é o magistrado e não o legislador, por isso este não tem a capacidade de prever todas as possibilidades que podem ser desdobradas de todas as condutas tipificadas. Há casos em que é necessário fixar a pena abaixo do mínimo legal para adequá-la à culpabilidade do agente, sendo que a legislação não pode ser uma barreira para atingir tal objetivo, pois, se assim fosse, estaria em choque com a Constituição [...][32].

Segundo Francisco de Assis Toledo:

> O legislador estabelece as sanções passíveis de serem aplicadas aos acusados de infração penal e estabelece parâmetros para a fixação judicial da pena, em concreto. Dentro desses parâmetros, goza o juiz de relativa liberdade. Todavia, nessa importantíssima tarefa de estabelecer,

---

29 *Apelação nº*: *12-64.2007.7.07.0007* (2009.01.051312-4/PE). Relator: Ministro Marcos Martins Torres e Revisora: Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. DJe: 08/06/2011.

30 *Repercussão Geral por Questão de Ordem no RE 597270 QO-RG/RS*. Tribunal Pleno, Relator: Ministro Cezar Peluso. DJe 5/6/2009.

31 *"Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."*

32 VARGAS, Jorge de Oliveira; MOTTA, Felipe Heringer Roxo da. *Op.cit*. p. 10/11.

> em cada caso, as conseqüências jurídico-penais de determinado crime, em concreto, o juiz, além das regras legais preestabelecidas, não pode deixar de observar certos princípios fundamentais, expressos ou implícitos no ordenamento jurídico.[33]

À evidência não é o julgador refém de legislação que, mesmo legítima e constitucional, seja um empecilho à prolação de uma decisão justa e o force a adotar fundamento diverso de sua convicção, obstando-o a "dar a cada um o que é seu"**.** Obstruir a quebra da pena mínima em casos singulares, revestidos de excepcionalidade e que foram detidamente valorados pelo juiz, afronta a independência dos Poderes da República.[34]

É fato o magistrado da contemporaneidade não mais restringir-se a ser " *la bouche de la loi*", tal qual preconizado pelo pensamento liberal de Montesquieu. Antes:

> [...] o juiz hoje tem como função máxima resolver o caso concreto demandado ao Poder Judiciário, por meio da interpretação e aplicação das leis, em conformidade com o processo formal previsto.

Embora o positivismo defenda que o magistrado deva ser um mero aplicador da norma, ou seja, um seguidor dos ditames descritos em regras abstratas e gerais criadas e impostas pelo Poder Legislativo, a função judicante vai muito além por ser a única capaz de analisar o caso concreto e distribuir, de fato, a justiça[35].

Hodiernamente, consabido alçar à reprimenda função propedêutica e reabilitadora[36]. Com sapiência pontua José Frederico Marques: "o condenado precisa sentir que existe um equilíbrio entre o dano que

---

33 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios que regem a aplicação da pena.** Disponível em *http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero7/artigo1.htm.* Acesso em 22/8/2011.

34 Na lição de Rogério Greco, a sanção será necessária se inexistir outra forma de reprovação e, principalmente, de prevenção do delito. Daí porque, a pena deve ser, qualitativa e quantitativamente, necessária. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal.* Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p.111.

35 CORTEZ, Cynthia Coelho. *A validade da Súmula 231 do STJ e as consequências de sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro*. Monografia de conclusão do curso de Direito do Centro Universitário de Brasília – CEUB, Brasília, 2012, p. 54.

36 Ainda, deve-se determiná-la conforme o grau de culpabilidade, "[...] porque deste modo se consegue a finalidade político-social de restabelecer a paz jurídica perturbada e de fortalecer a consciência jurídica da comunidade impondo ao autor do delito uma sanção que tenha 'merecido', vale dizer, uma sanção que corresponda à gravidade do seu crime. Mas o que é 'merecido' não é algo escrito com precisão no firmamento de um conceito metafísico de culpabilidade, o qual inclusive com a ajuda de um telescópio seria difícil de interpretar; senão o resultado de um processo psicossociológico valorativo mutável, de uma valoração da comunidade desde um princípio não se pode determinar em relação à magnitude penal de um modo exato, senão que somente possui realidade empírica no âmbito de uma certa margem de liberdade." ROXIN, Claus. Culpabilidad y prevención em derecho penal. Tradução: Francisco Muñoz Conde, Madrid: Reus, S.A, p. 96/97.

produziu e o castigo que a sociedade lhe inflige, pois de outra forma o culpado se transformaria em vítima, e o credor em devedor."[37]

A apenação criteriosa possibilita a reparação do agravo como uma resposta adequada à criminalidade, ela apazigua os ânimos da sociedade e previne futuras condutas típicas por meio do exemplo, reafirmando na consciência dos cidadãos o preceito proibitivo.[38]

Irônico, para dizer o mínimo, que o julgador possa absolver ante o princípio da insignificância ou bagatela, e não possa condenar abaixo do menor patamar. Afinal, quem pode o mais, pode o menos.

Como alertou o ilustre Desembargador mineiro Amilcar de Castro há décadas passadas: "o legislador faz a lei, mas lei não é direito; lei é norma geral, impessoal, enquanto o direito é necessariamente pessoal, particular."[39]

Decerto, escreve Cynthia Cortez:

> [...] o juiz faz parte do processo, e sua importância se dá pelo fato de ser o operador e não apenas o aplicador da lei e do direito, sendo o responsável pela tomada de decisões legais emitidas pelo poder decisório que lhe atribui o Estado. O juiz, como agente político do Estado, tem o dever de analisar a demanda judicial e defender as normas constitucionais, frente a uma evidente violação da legislação infraconstitucional, como ocorre no caso da Súmula 231 do STJ – a qual viola importantes princípios constitucionais, uma vez que não permite ao aplicador do direito quebrar a pena mínima prevista em abstrato – embora essa fosse a pena mais justa e proporcional ao dano causado.[...]

No Estado Democrático de Direito vigente no Brasil, a missão do juiz criminal, em síntese, é a de compatibilizar o Estado de Direito ao Estado Social que lhe é subjacente, respeitando os direitos do acusado e assim garantir o respeito à dignidade da pessoa humana e da estrita legalidade do processo.[40]

---

37 MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 1. ed. vol. 3. Campinas: Millennium, 1999, p. 152.

38 Cesare Beccaria, na obra *Dos Delitos e das Penas*, publicada no ano de 1764, sabiamente pontuou que "[...] O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos [...]". Edição Ridendo Castigat Mores Versão para eBook eBooksBrasil.com Fonte Digital www.jahr.org1995, p.61. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf. Acesso 03/07/2020.

39 CASTRO, Amilcar. *Direito Internacional Privado.* 2. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1968, v. 1, p. 43.

40 CORTEZ, Cynthia Coelho. *Op. cit.*, p. 55/56.

E é por essa razão e não outra, que a Suprema Corte norte-americana edificou a teoria dos poderes implícitos, a partir dos notáveis julgamentos de *McCulloch vs. Maryland e Myers vs. Estados Unidos,* comumente invocados pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro. Trata-se de doutrina basilar da hermenêutica constitucional segundo a qual, quando a Constituição Federal concede os fins, provê os meios. [41]

O corolário do decisório no STM, como se antecipou no início do presente texto, foi o Relator e a Revisora reconhecerem ser a pena mínima de 4 anos imposta pelo legislador na Apelação nº 11.18-2009.7.10.0010/CE, exacerbada e, nessa medida, tida por injusta. Nesse compasso, considerando a efetivação de uma política criminal estreitamente ligada aos ditames do princípio da proporcionalidade, tendo em conta o contexto fático no qual se desenvolveu a ação delitiva, bem como as baixas consequências advindas da conduta delituosa: a ausência de dano a bens, a inexistência de lesões expressivas nas vítimas e a inocorrência de disparo de arma de fogo, deu-se parcial provimento ao Recurso defensivo para abater da pena base capitulada pelo art. 150 CPM a fração de ½, ou seja, a metade, e condenar os réus a 2 anos e não o dobro previsto no tipo como patamar mínimo. Por óbvio, houve divergência na Corte, contudo, prevaleceu o voto médio que findou por quebrantá-la.

Dúvidas não restam dever o *jus puniendi* estatal, no contexto contemporâneo, contemporizar a sanção às condutas concretas dos agentes. O *quantum* apenatório a ser fixado exige prolação acurada do magistrado que atrai para si o dever de tutelar a sociedade, nela incluídos os agentes criminosos, partícipes que são do Contrato Social.

A carga coativa da pena e o fim perseguido pela cominação criminal não deverão ser desproporcionais ao mal causado pelo delito, como advertira em tempos pretéritos Carrara. Nesse caminhar, se a condenação se configurar mais gravosa do que a própria conduta delituosa, o juiz, em acatamento aos cânones de direitos humanos e a principiologia da Carta Política deve, serenamente, refutá-la. Até porque se a lei não serve à Justiça, desserve à sociedade.

41 *Apud*: *HC 91.661-PE*. Relatora Min. Ellen Gracie. DJe 3/4/2009.

Referências

ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Raúl. **Derecho Penal: parte general.** 2. ed. Buenos Aires: Ediar.

ARAÚJO, Vicente Leal. **Princípio da Individualização da Pena.** Publicado em 7/12/2006. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8388. Acesso em 13/3/2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Edição Ridendo Castigat Mores. eBooksBrasil.com Fonte Digital www.jahr.org1995, p. 61. Disponível em http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf. Acesso em 03/07/2020.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1994.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASTRO, Amilcar. **Direito Internacional Privado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1968, v. 1.

CORTEZ, Cynthia Coelho. **A validade da Súmula 231 do STJ e as consequências de sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro.** Monografia de conclusão do curso de Direito do Centro Universitário de Brasília – CEUB, Brasília, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously.** Harvard University Press, 1978.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** o nascimento da prisão. Tradução: Ligia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1977.

FUCKNER, Carla e CORRÊA, Larissa. A possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade abaixo do mínimo legal: uma visão garantista. **Revista de Direito Univille**, Joinville, n. 1, dez. 2011.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio:** uma visão minimalista do direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal.** Tradução: Paulo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2005.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro, Objetiva, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 1ª. ed. vol. 3. Campinas: Millennium, 1999.

MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação:** finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MESSUTI, Ana; ARRUBLA, Sampedro (Org.). **La Administración de Justicia en los Albores del Tercer Milenio.** Buenos Aires: Editorial Universidade, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES, Anabela. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção).** Dissertação (Doutoramento em Ciências Jurídico-criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 1995.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal.** Tradução: Francisco Muñoz Conde, Madrid: Reus, S.A.

SICHES, Luis Recaséns. **Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico***:* La filosofia del derecho en el siglo XX. México: Ediciones Coyoacán.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios que regem a aplicação da pena.** Disponível em http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero7/artigo1.htm. Acesso em 22/8/2011.

VARGAS, Jorge de Oliveira; MOTTA, Felipe Heringer Roxo da. **A inconstitucionalidade e ilegalidade da Súmula 231 do STJ.** Acesso

em 5/3/2012. Disponível em http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16306-16307-1-PB.pdf, p. 9.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

BRASIL. **Código penal.** Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**.**

BRASIL. **Código penal militar.** Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação nº 11.18-2009.7.10.0010/CE** Relator: Ministro Fernando Sérgio Galvão e Revisora: Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. DJe : 25/06/2013.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação nº: 12-64.2007.7.07.0007 (2009.01.051312-4/PE)**. Relator: Ministro Marcos Martins Torres. Revisora: Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. DJe:08/06/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91.661-PE.** Relatora: Ministra Ellen Gracie. Data de Publicação: 03/04/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral por Questão de Ordem no RE 597270 QO-RG/RS**. Tribunal Pleno. Relator: Mininstro Cezar Peluso. Data da Publicação: 05/06/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 151837/MG*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Relator para o Acórdão: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 28/5/1998, DJ 22/6/1998.

BRASIL. Tribunal De Justiça do Estado do Paraná. *A***pelação Crime nº 275492-5***,* 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação:16/06/2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime nº 70026901249,** Data de Publicação: 14/04/2010.

CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. **Caso R. v. Smith, 1987, 1 R.C.S. 1045, 34 C.C.C. [3d] 97, R.J.P.Q.** *87-318.*

Capítulo 22

Incongruências no Código de Processo Civil de 2015: Codificar é Preciso, Interpretar não é Preciso

Mantovanni Colares Cavalcante[1]

1 Introdução

Os códigos trazem em si a vocação de se sobrepor às demais leis que cuidam de temas afins, embora estejam hierarquicamente no mesmo patamar de qualquer lei federal que regule aspectos não abrangidos pela codificação de determinada especialidade do Direito, como é o caso da processual[2]; afinal, os códigos são igualmente leis federais, veículos introdutores de normas reservadas à União em sua competência legislativa[3].

Essa percepção da sobreposição dos códigos é resultado de nossa *tradição* ou *família* a qual pertencemos no mundo jurídico, o *civil law*, um sistema de origem conservadora com predominância da lei (e posteriormente dos códigos), tendo por referência maior o *corpus juris civilis* do Direito Romano, em contraposição ao *commom law*, cuja característica mais acentuada é a do uso dos precedentes de tribunais[4].

---

1 Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor de Direito Processual da Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor conferencista da pós-graduação do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Membro do Conselho Técnico da Revista de Direito Tributário Contemporâneo, editada pela Revista dos Tribunais – Thomson Reuters. Juiz de Direito do Estado do Ceará, titular da 4ª Vara da Fazenda Pública.

2 É o caso da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009), da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980) e tantas outras que regulam determinadas matérias processuais não previstas no Código de Processo Civil.

3 Constituição Federal: "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...]".

4 John Henry Merryman afirma existir três grandes *sistemas do Direito* no mundo ocidental – os quais ele prefere chamar de *tradições* – que são o *civil law*, o *common law* e o *socialist law*, sendo que esse último seria um novo sistema, de natureza híbrida, no sentido de que o Direito seria um instrumento da economia e da política social. O c*ivil law* é o resultado da formação de três subsistemas: o direito romano (*roman civil law*), o direito canônico (*canon law*) e o direito

Daí o cuidado, até hoje, nos países de tradição do *civil law*, quanto à elaboração de um código, não somente por sua extensão em termos de regras, mas pela necessária congruência quanto à terminologia e às classificações dos institutos jurídicos nele contidos, além da estrutura a ser dotada de conexões internas que se complementam ao invés de apontarem contradições.

O cuidado há de ser redobrado quando a codificação cuida de temas ligados ao Direito Público, pelo evidente interesse social e coletivo nessa perspectiva[5]; o Direito Processual, convém lembrar, se insere nessa categoria, uma vez que é "informado pelos princípios que regulam o Direito Público", destaca Afranio Silva Jardim[6].

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 acabou por deixar passar algumas incongruências em seu texto, quando da tramitação do projeto de lei que desaguou na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, apesar dos esforços da Comissão de Juristas, responsável pela elaboração do anteprojeto, instituída em 2009 pelo Senado Federal, por seu então presidente Senador José Sarney, presidida pelos juristas Luiz Fux e Teresa Arruda Alvim, que tiveram a elogiável iniciativa de realizar audiências públicas em algumas cidades do país, colhendo sugestões de processualistas de cada região[7].

---

comercial (*comercial law*). Já o *commom law* está ligado aos precedentes (*The Civil Law Tradition – An Introdution to the Legal System of Western Europe and Latin America.* Second Edition. Stanford, California: Stanford University Press, 1985).

5 A motivação maior para a escolha desse tema decorre do fato de que esta obra tem por fim homenagear o magistrado cearense Fernando Luiz Ximenes Rocha, desembargador decano do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará; quando de sua função como presidente do Tribunal, tive o privilégio de ser juiz auxiliar da presidência, em período de muito aprendizado no Direito Público, materializado em decisões por ele pronunciadas no exercício da jurisdição peculiar a cargo de um presidente de tribunal, como por exemplo as de suspensão de eficácia de medidas judiciais envolvendo o Poder Público.

6 *Da publicização do processo civil.* Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1982. p. 88. Esse livro contém precioso estudo histórico do Processo quando ao desenvolvimento de sua natureza, desde as teorias privatísticas, passando pelas modernas – inclusive a do processo como relação jurídica e posteriormente a de categoria autônoma no Direito –, até chegar à natureza pública do Direito Processual.

7 Recebi o honroso convite de participar da audiência pública realizada em minha cidade natal, Fortaleza, Ceará, mediante o Ofício nº 034/2010, da Comissão de Juristas "Novo CPC", que ocorreu do dia 5 de março de 2010, ao lado dos processualistas Marcelo Guerra, Leonardo Cunha e Fredie Didier, tendo em vista que Fortaleza foi a única cidade do Nordeste escolhida pela Comissão. Naquela ocasião, defendi a necessidade de um exame minucioso no projeto de lei a ser elaborado, quanto a possíveis incongruências terminológicas, classificatórias e estruturais, apontando exemplos no Código de Processo Civil então em vigor, na expectativa de que não se repetissem certas falhas ali contidas.

A importância na percepção dessas incongruências decorre do fato de que *codificar é preciso, interpretar não é preciso*. Mais adiante explicarei essa afirmação, fruto de uma apropriação do conhecido lema *navegar é preciso, viver não é preciso*.

2 Um código novo, não um novo código

O Código de Processo Civil de 2015 surgiu no cenário jurídico movido pela necessidade de modernização da lei processual civil mais relevante, tendo como pano de fundo a simbologia de superação de uma época, firmada pelo chamado *Código Buzaid*[8] e seu indissociável vínculo de uma quadra histórica de repressão[9]; o Parlamento desejava uma virada de página, em seu papel aglutinador de forças políticas democráticas da geração pós-constituinte do final dos anos 1980, responsável pela Constituição Federal de 1988.

Entretanto, convém não esquecer que, muito antes desse momento, se deu a então chamada minirreforma do processo civil, que se transformou numa macrorreforma, ao longo de 15 anos aproximadamente, permeada inclusive por uma reforma do Poder Judiciário nacional, veiculada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, com reflexos na legislação processual. A reforma teve início no ano de 1992, com a tentativa de simplificação da prova pericial, mediante a Lei nº 8.455/1992, contabilizando-se, até o início do ano de 2007, nada menos do que 40 (quarenta) normas que delinearam um *novo processo civil brasileiro*, considerando-se as 35 (trinta e cinco) leis que alteraram o Código de Processo Civil, 1 (uma) Medida Provisória e mais 4 (quatro) leis extravagantes[10].

---

8 Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Esse Código acabou por ser conhecido pelo nome de seu maior responsável, o então ministro da Justiça Alfredo Buzaid, processualista da Escola Paulista de Processo, integrante do grupo de estudos da Universidade de São Paulo - USP, influenciados por Enrico Tullio Liebmann, que chegou a ministrar aulas nas Arcadas como professor visitante.

9 Refiro-me ao período iniciado pelo golpe de Estado ocorrido em 1964, no qual se deu a deposição do presidente João Goulart, pois a partir daquele ano iniciou-se uma ditadura militar, que perdurou até 1985.

10 Quem tiver interesse no tema, há ótimos livros abordando as mudanças pensadas e realizadas nesse período; dos que li, destaco os seguintes: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Malheiros, 1995; PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1995; BERMURDES. *A reforma do Código de Processo Civil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do rito sumário na reforma do CPC.* São Paulo: Saraiva, 1996; NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o Processo Civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996; MARINONI, Luiz Guilherme e DIDIER JR, Fredie (coord.). *A segunda etapa da reforma processual civil.* São Paulo: Malheiros, 2001; CUNHA, Leonardo José Carneiro

Nessa esteira das mudanças, realizaram-se intensos estudos em diversas instituições de notória conceituação, perfilhando-se dentre elas o Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP e a Escola Nacional de Magistratura, contando com a experiência de notáveis processualistas[11], em debates nos quais se procurou detectar os pontos de estrangulamento do sistema processual e a adoção de remédios legislativos visando aplacar as enfermidades instrumentais da codificação, cujos grandes timoneiros a conduzir as mudanças legislativas foram Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro[12]. Sem esses dois processualistas, seria improvável a modernidade atual do Processo.

A criação do instituto da antecipação da eficácia da tutela jurisdicional[13] é um dos exemplos a retratar como a reforma foi necessária e sábia. Pode-se mesmo atribuir a tal mecanismo processual a qualificação de *divisor de águas* no oceano das postulações, pois dificilmente se poderia imaginar a chegada de um tempo onde ao juiz seria dado o poder-dever de *antecipar a execução* da sentença antes mesmo dela existir, num alargamento extraordinário daquilo que outrora se chamou de *execu*ção provisória, afastando definitivamente do cenário processual civil a imposição da coisa julgada como condição de eficácia da sentença[14].

---

da. *Inovações no processo civil – comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001.* São Paulo: Dialética, 2002; WAMBIER, Luiz Rodrigues e ALVIM, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; DINAMARCO. Cândido Rangel. *A reforma da reforma.* São Paulo: Malheiros, 2002; WAMBIER, Luiz Rodrigues e ALVIM, Teresa Arruda e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários sistemáticos à Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006.* São Paulo: Saraiva, 2007.

11 Muitos estudiosos ofertaram seus conhecimentos em busca de um Direito Processual Civil mais adequado às exigências de celeridade e efetividade do Processo. Nunca é demais lembrar que esses avanços se devem em grande parte à comissão encarregada de estudos para a melhoria do sistema processual, formada por Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correia de Carvalho Júnior, Luís Antonio de Andrade e Sérgio Bermudes, reforçada posteriormente por Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro.

12 Cândido Rangel Dinamarco, em seu primeiro livro sobre a reforma do Processo Civil, elaborou essa dedicatória que bem resume a importância desses juristas na criação do novo Direito Processual Civil brasileiro: "A SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA e ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, idealistas que com talento e sabedoria souberam conduzir a reforma do Código de Processo Civil e, tanto quanto a sua obra, têm seus nomes inscritos na história do processo civil brasileiro" (*A reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Malheiros, 1995). No segundo livro sobre a reforma, ele colocou a mesma dedicatória do anterior, somente acrescentando no início: "Mais uma vez a [...]" (*A reforma da reforma.* São Paulo: Malheiros, 2002).

13 A chamada *antecipação da tutela* foi introduzida pela Lei nº 8.952/1994, com ajustes posteriores, veiculados na Lei nº 10.444/2002.

14 O tema foi por mim analisado em dois trabalhos: "A antecipação da tutela e o novo sistema de eficácia da sentença". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo : Dialética, 2003. n. 4; e "As tutelas de eficácia no direito processual civil". *Revista Dialética de Direito Processual*. São

Inegável, pois, os vários frutos colhidos dessas alterações legislativas entre 1992 até meados do ano 2007. É possível afirmar, sem receio, que se chegou a um refinamento no Direito Processual Civil brasileiro como nunca antes experimentado.

Por isso mesmo, dúvida não tenho de que a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 trouxe um código novo; todavia, não se pode dizer que ali se tem um novo código, no sentido de ruptura com uma estrutura processual e seus fundamentos teóricos.

Exatamente por isso, considerando que a codificação espelha um avanço histórico, sem abandonar a tradição e as teorias abraçadas ao longo do tempo – nesse sentido ouso discordar de Alfredo Buzaid, para quem a legislação processual não se prende a tradições, por ser regramento técnico[15] –, impõe-se a um código de processo civil a efetiva *congruência sistêmica*, ou seja, a relação harmônica das partes de um todo[16], mantendo-se a coerência do sistema processual, que tem no código seu referencial mais importante.

Daí a necessidade de uma uniformidade teórica, científica e lógica no trato das terminologias, classificações e estrutura da codificação processual civil.

Paulo : Dialética, 2008. n. 64.

15 Consta na exposição de motivos do projeto que gerou o Código de Processo Civil de 1973, do então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, que "[...] o processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei; há de ter, pois, tantos atos quantos sejam necessários para alcançar a sua finalidade. Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser adotado exclusivamente de meios nacionais, tendentes a obter a atuação do direito. As duas exigências antitéticas que concorrem para terceirizá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça" (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. I. t. II. p. 625). Nos arquivos do Senado Federal, o texto difere um pouco, com o destaque para a observação de que *o processo civil é eminentemente técnico.* Além disso, ao invés de *nacional,* o termo ali utilizado é *racional*, o que parece mais lógico no contexto da explanação. Destaque-se: "[...] o processo civil é um instrumento jurídico eminentemente técnico, preordenado a assegurar a observância da lei; por isso há de ter tantos atos quantos sejam necessários para alcançar a sua finalidade. Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser adotado exclusivamente de *meios racionais*, tendentes a obter a atuação do direito. As duas exigências antitéticas que concorrem para terceirizá-lo são a rapidez e a justiça. Conciliam-se essas tendências, estruturando-se o processo civil de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça" (Anteprojeto do Código de Processo Civil. Apresentado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios do Interior, pelo Professor Alfredo Buzaid. Rio Grande do Sul : 1964. S. Documentação Biblioteca do Ministério da Justiça. Registrado na Biblioteca do Senado Federal sob o nº 1.507 do ano de 1982).

16 Essa é uma das definições do termo *congruência*, do Dicionário Houaiss.

3 A necessária congruência terminológica, classificatória e estrutural

A linguagem, todos sabemos, é fundamental no Direito, ainda mais no âmbito do Direito Processual, por sua utilização como mecanismo de efetivação de direitos no âmbito da jurisdição, devendo-se escolher as palavras com atenção para não gerar dúvida ou confusão entre institutos diferenciados.

É o caso da *tutela provisória*, considerando que o Código de Processo Civil de 2015, ao dizer que ela se fundamenta na *urgência* ou na *evidência* (art. 295), definiu duas espécies de tutelas de urgência, quais sejam, a cautelar e a antecipada, ambas podendo ser concedidas em caráter antecedente ou incidental (parágrafo único do art. 295).

Essa classificação indica, de modo claro, que a tutela provisória de urgência (cautelar ou antecipada) não guarda qualquer identidade com a tutela da evidência, até mesmo porque consta determinação expressa no sentido de que "[a] tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo" (art. 311). A *evidência* autorizadora da concessão dessa tutela provisória ocorre quando se tem um desses requisitos do mencionado art. 311: a) abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte (inciso I), b) aplicação de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (inciso II), c) quando se trata de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito (inciso III), ou d) a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável (inciso IV).

Só que, por um descuido semântico, ao se referir à tutela de urgência, o Código prevê no art. 300 a concessão da medida quando houver elementos que *evidenciem* a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Eis um exemplo de incrongruência terminológica. Com tantas expressões que poderiam ser utilizadas nesse trecho da regra – tais como "elementos que tornem claros" ou "elementos que tornem manifestos" –, o legislador valeu-se de um termo (*evidenciar*) que gera uma correlação com a outra espécie de tutela: a da *evidência.*

Outro exemplo de incongruência terminológica, essa com alto impacto na própria estrutura do Código, é a do uso do termo *precedente*, considerando ser uma das colunas de sustentação da codificação processual

de 2015 a tentativa de implantar no Brasil a cultura de aplicação de teses vinculantes fixadas em tribunais, em casos idênticos e posteriores.

O Código utiliza a palavra *precedente* em seis ocasiões, inclusive em duas delas já ocorreram alterações nas normas veiculadoras do termo[17]. Assim, somente por quatro vezes permanece o uso da palavra, mas em nenhuma dessas quatro vezes o legislador se preocupou em fixar um *conceito* ou mesmo indicar *características* que possam identificar de modo claro a natureza do que seria um precedente. Pior, há uma incongruência ao se abordar esse tema.

É que, numa passagem do Código, tem-se a indicação de que o significado de precedente seria o de julgamento que motiva a criação de súmula, cujo enunciado corresponde à jurisprudência dominante de um tribunal[18].

Em outro trecho, em reforço a essa ideia, percebe-se que um *precedente* não seria a súmula, muito menos a jurisprudência, tanto que esses dois fenômenos são destacados em separado quando se fala em fundamentação de decisão judicial que invoca *precedente* ou enunciado de súmula, ou que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou *precedente* invocado pela parte[19].

Todavia, quando o Código de Processo Civil determina que os tribunais devam dar publicidade a seus *precedentes*, não se sabe se o legislador está se referindo somente ao julgamento que gerou a jurisprudência dominante e posteriormente a súmula[20] ou, num espectro mais largo, às diversas formas de julgamento, decorrentes de técnicas que resultam em fixação de teses, tais como a) em controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, b) na edição de súmulas vinculantes e súmulas em geral, c) no julgamento de recursos especial e

17 O inciso IV do art. 988 do CPC/2015 teve sua redação alterada pela Lei nº 13.256/2016, e foi retirada a palavra *precedente* de seu teor. Essa mesma Lei revogou o inciso II do art. 1.042 do CPC/2015, que continha a palavra *precedente*.

18 CPC/2015: "Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação".

19 CPC/2015: "Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

20 §§ 1º e 2º do art. 926 do CPC/2015, transcritos anteriormente em nota de rodapé.

extraordinário repetitivos, d) no julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, e e) no julgamento de incidente de assunção de competência[21].

A incongruência terminológica, nesse caso, alcança até mesmo uma desarmonia conceitual, por ocasionar a seguinte dúvida: afinal, *precedente* seria o julgamento que vai gerar uma futura criação de súmula, ou seria qualquer um dos julgamentos realizados sob as diversas técnicas para fixação de teses?

Na minha concepção, conforme já defendi na seara doutrinária, entendo inadequado o uso do termo *precedente* no Brasil, considerando nossa tradição do *civil law* e a própria estrutura do Direito Processual em suas vinculações normativas (Constituição Federal e leis processuais); na verdade, o Código de Processo Civil de 2015 materializou de modo definitivo o *efeito transindividual da jurisdição*, mediante o regramento de diversas técnicas que atribuem força vinculante a teses firmadas em tribunais, induzindo juízes e tribunais a aplicar essas teses em todos os casos semelhantes que lhes são submetidos (art. 927).

Esse produto, tese vinculante, é elaborado num único julgamento, cujos meios de produção se valem de diversas ferramentas, como os incidentes – assunção de competência (art. 947) e resolução de demandas repetitivas (art. 976) – e o julgamento de recursos repetitivos, no caso, o extraordinário e o especial (art. 1.036). A aplicação da tese vinculante é efetivada em várias etapas do processo, nas múltiplas modalidades de decisões, sejam elas de natureza provisória (art. 311), ou mesmo mediante um julgamento liminar do pedido (art. 332), ou ainda por ocasião do reexame obrigatório da sentença pelo tribunal, independentemente de recurso (art. 496). Exatamente por isso, prefiro a expressão *tese vinculante*, ao invés de *precedente*[22].

Outro ponto de incongruência no Código, de extrema importância, diz respeito à classificação dos *atos do julgador*, ao afirmar

21 CPC/2015: "Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados".

22 Os critérios definidores da força normativa dos precedentes e seus parâmetros de intensidade. In: *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência.* Paulo de Barros Carvalho (coord.). Priscila de Souza (org.). São Paulo: Noeses, 2023.

que os julgamentos proferidos pelos tribunais recebem a denominação de *acórdão*[23]; os pronunciamentos dos juízes, ao seu turno, são as a) *sentenças*, que põem fim à fase cognitiva do procedimento comum ou extingue a execução, fundamentadas nos arts. 485 e 487; b) as *decisões interlocutórias*, pronunciamentos de natureza decisória que não se enquadrem na categoria de sentença; e c) *despachos*, que são todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte[24].

Entretanto, a partir da edição da Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, que modificou o processamento de recursos no âmbito dos tribunais, criou-se a figura do provimento de recurso pelo relator, sem a necessidade de submeter a matéria ao colegiado, cujo pronunciamento ficou conhecido pela expressão *julgamento singular*.

Esse ato do julgador foi mantido pelo Código atual, valendo-se das terminologias *decisão monocrática* (incisos I e II do art. 1.011, § 3º do art. 1.024 e § 1º do art. 1.026) e *decisão unipessoal* (§ 2º do art. 1.024 e art. 1.070).

Por isso, não se pode falar somente em *acórdão* em relação aos julgamentos nos tribunais, considerando a espécie de pronunciamento denominada *decisão monocrática* ou *decisão unipessoal*.

Do mesmo modo, *outras espécies* de pronunciamentos do juiz deveriam estar apontadas no art. 203, considerando que o Código trouxe novidades em relação a julgamentos por meio de decisões, quais sejam, I) a decisão que extingue parcela do processo (parágrafo único do art. 354) e II) a decisão que resolve parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles a) mostrar-se incontroverso, ou b) estiver em condições de imediato julgamento (art. 356), inclusive com a incidência do fenômeno da *coisa julgada*, mesmo não sendo sentença (§ 3º do art. 356).

Um pronunciamento judicial que não se enquadra na classificação incompleta do Código de Processo Civil – ao se referir somente às

23 CPC/2015: "Art. 204. Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais".

24 CPC/2015: "Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487 , põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. § 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º. § 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte. § 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário".

sentenças, às *decisões interlocutórias* e aos *despachos* –, é aquele resultante do julgamento de embargos de declaração firmado pelo juiz de primeiro grau, ao acolher ou rejeitar esse recurso[25]. Nessa hipótese, não se pode dizer que se cuida de *decisão interlocutória* e muito menos de *sentença*, ainda que os embargos de declaração sejam acolhidos e passem a *integrar* a sentença já pronunciada anteriormente.

A meu ver, esse pronunciamento indica uma nova espécie, de natureza específica, de julgamento de recurso pelo juiz de primeiro grau.

Em consequência, visando uma congruência classificatória, os arts. 203 e 204 do Código de Processo Civil de 2015 deveriam ter redação abaixo sugerida.

> Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em:
>
> I - sentença, que é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução, ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais;
>
> II - decisão de julgamento parcial de extinção, que é a extinção de parcela do processo, na hipótese do parágrafo único do art. 354;
>
> III - decisão de julgamento parcial do pedido, ao resolver parcialmente o mérito, quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, ou estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 356;
>
> IV - julgamento de recurso, ao acolher ou rejeitar embargos de declaração interpostos no primeiro grau de jurisdição;
>
> V - decisão interlocutória, que consiste em todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre nas hipóteses dos incisos I a IV;
>
> VI - despacho, que consiste em todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, que não se enquadrem nas hipóteses dos incisos I a V, podendo inclusive ser substituído por ato meramente ordinatório, a ser praticado de ofício pelo servidor e revisto pelo juiz, quando necessário.
>
> Art. 204. Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais.

25 CPC/2015: "Art. 1.022. Cabem embargos de declaração *contra qualquer decisão judicial* para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material. [...]"; "Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em *petição dirigida ao juiz*, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo. [...]"; " Art. 1.024. *O juiz julgará os embargos* em 5 (cinco) dias" (destaquei em *itálico*).

> Parágrafo único. Decisão monocrática ou unipessoal, equiparável ao acórdão, é o julgamento pronunciado pelo relator, ao se valer das incumbências previstas nos incisos III, IV e V do art. 932.

Quanto à estrutura de determinados institutos processuais, observa-se um descuido sistêmico por ocasião da redação do Código de Processo Civil de 2015.

É o que se percebe, a título de exemplo, no tocante ao art. 494 do Código de Processo Civil, ao apontar duas hipóteses de alteração da sentença pelo próprio juiz, a saber, a) para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo (inciso I); e b) por meio de embargos de declaração (inciso II).

Em se tomando como exaustiva essa regra, até por conta da redação da própria norma (Publicada a sentença, o juiz *só* poderá alterá-la), tem-se uma estrutura rígida de alteração da sentença, a não permitir qualquer outra espécie de modificação pelo juiz fora das hipótese do art. 494.

Ocorre que o próprio Código prevê, em artigos dispersos, outras situações que possibilitam a alteração de sentença, sob a modalidade de *juízo de retratação.*

O primeiro deles diz respeito ao indeferimento da petição inicial, na situação em que o autor apela, cabendo ao juiz, se assim o entender, reformar sua própria sentença (art. 331).

A segunda hipótese de juízo de retratação em julgamento ocorre na sentença de julgamento de improcedência liminar do pedido (art. 332) autorizando-se o juiz a pronunciar liminarmente uma sentença, ou seja, antes da citação do réu, se o pedido contrariar: a) enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (inciso I), b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (inciso II), c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso III), ou d) enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local (inciso IV).

Igualmente, será possível pronunciar liminarmente sentença de pedido, quando se verifica, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição (§ 1º do art. 332), constatando-se aí uma incongruência terminológica, pois a sentença será de mérito, mas não de análise de pedido (inciso I do art. 487) e sim de decisão envolvendo decadência ou prescrição (inciso II do art. 487).

A terceira hipótese de juízo de retratação em sentença é a do pronunciamento sem análise do mérito, ou seja, ao se aplicar uma das situações previstas no art. 485 do Código de Processo Civil de 2015, concedendo-se ao juiz a oportunidade de se retratar, ao se interpor a apelação (§ 7º do art. 485).

Por isso, a fim de se manter a unidade estrutural em face dessas relevantes alterações, o art. 494 do Código de Processo Civil deveria ter a redação que se sugere em seguida.

> Art. 494. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:
>
> I - para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo;
>
> II - por meio de embargos de declaração;
>
> III - em juízo de retratação, decorrente da interposição de apelação contra as seguintes sentenças:
>
> a) que indefere a petição inicial, com base no art. 331;
>
> b) de improcedência liminar do pedido, nas hipóteses do art. 332;
>
> c) de resolução do mérito ao decidir liminarmente sobre a ocorrência de decadência ou de prescrição, nos termos do § 1º do art. 332;
>
> d) de pronunciamento sem julgamento de mérito, nas hipóteses do art. 485.

4 Codificar é preciso, interpretar não é preciso; ou...navegar é preciso, viver não é preciso

Encerro com toques literários a abordagem das incongruências do Código de Processo Civil de 2015, inclusive por saber que literatura é uma das paixões do homenageado da obra da qual faz parte este texto.

José Calvo González, em livro indispensável no estudo da intersecção entre o Direito e a Literatura[26], lembra que a narrativa tem a vantagem de se fazer compreender, sendo por isso um elemento de nítida segurança, pois sempre haverá uma *promessa de significado* na ficção literária[27].Essa promessa é a de percorrer uma trajetória para se chegar a um fecho; isso se faz igualmente na narrativa própria do campo do Direito, daí a pertinência ao se fazer o entrelaçamento entre a Literatura e o Direito.

---

26 *El escudo de Perseo: la cultura literaria del derecho.* Granada: Editorial Comares, 2012.

27 "[T]oda ficción [...] contiene siempre una promesa de sentido" (ob. cit., p. 23).

Diante de leitoras e leitores provalmente prenhes de espanto, após a leitura do título deste texto, no qual afirmo que *codificar é preciso, interpretar não é preciso*, essa promessa de significado parece desaguar numa quebra de segurança, pois a conclusão a que se chega é a seguinte: como assim, é necessário fazer códigos, mas não é necessário interpretar esses mesmos códigos?

Cumpre-me revelar neste momento que a provocação foi proposital, ao me valer do conhecido adágio *navegar é preciso, viver não é preciso*. É que muitos atribuem tal frase a Fernando Pessoa, além de captar significado desse lema como se o Poeta estivesse a dizer que *não é necessário viver, mas somente navegar*.

São equívocos a merecer o devido esclarecimento.

O primeiro equívoco é de autoria do lema *navegar é preciso, viver não é preciso*. O adágio consta numa passagem literária em prosa, e não em poema, que assim começa: "Navegadores antigos tinham uma frase gloriosa: 'Navegar é preciso; viver não é preciso'. Quero para mim o espírito [d]esta frase, transformada a forma para a casar como eu sou: Viver não é necessário; o que é necessário é criar [...]". Esse é somente o trecho inicial de um escrito de 14 a 15 linhas, não constando em nenhuma fonte confiável como sendo do acervo de Fernando Pessoa. A propósito, Maria Aliete Galhoz, ao reproduzir essa prosa, adverte que se trata de uma *nota solta, não assinada*, denominada de *Palavras de Pórtico*[28]. Ou seja, a pequena crônica ou ensaio pode ser de Fernando Pessoa, ou pode não ser.

Mesmo sem a certeza da autoria da prosa, é incrível como ela é constantemente citada, até hoje, como sendo do Poeta. Ainda que seja, ao destacar a frase *navegar é preciso, viver não é preciso* – isso se percebe logo no início do escrito – há a advertência do próprio Pessoa de que esse adágio vem da antiguidade; ele simplesmente comenta o lema, em seguida.

No *Livro do Desassossego* constam duas referências à expressão *navegar é preciso, viver não é preciso*; elas integram textos/pensamentos de Fernando Pessoa, assinados pelas mãos de Bernardo Soares, um de seus *autores fictícios*[29], alguns dos quais o Poeta denominava de *heterônimos*[30].

28 É o consta em seu livro *O eu profundo e outros eus.* A referência aqui indicada consta na página 15 da 15ª edição, da Nova Fronteira, de 1980.

29 Jerónimo Pizarro e Patricio Ferrari, após exaustiva investigação, percorrendo "as 30 mil folhas do espólio pessoano, à procura do que poderíamos denominar *vestígios ficcionais*, isto é, nomes inventados ou nomes reais ficcionados", chegaram a "136 figuras que surgem no espólio de Fernando Pessoa como autoras de textos ou com funções atribuídas" (*Eu sou uma antologia: 136 autores fictí*cios. Lisboa: Tinta da China, 2013. p. 14 e 15).

30 O próprio Fernando Pessoa esclarece que os heterônimos são "desdobramentos de personalidades

Todavia, em ambas as passagens do livro, esse *semi-heterônimo*[31] ressalta que a frase é uma fórmula dos *argonautas*, daí que jamais se poderia atribuir ao Poeta a feitura desse lema[32].

Uma certeza, então, se impõe: o adágio *navergar é preciso, viver não é preciso* não é de Fernando Pessoa. Na verdade, a lição remonta à época de Plutarco, onde Pompeio teria externado a coragem para enfrentar as tempestades marítimas, confiante em suas embarcações[33].

Daí se percebe outro equívoco cometido ao longo do tempo, esse de natureza interpretativa, qual seja, o de atribuir o termo *preciso* como sinônimo de *necessário*, pois a partir da origem do lema se pode atribuir o correto sentido ao termo *preciso*, pois Plutarco não o utilizou como sinônimo de *necessário*; se assim o fosse, ter-se-ia a *falsa* ideia de que a frase pretendia dizer o seguinte: mais importante do que a vida seria a navegação, podendo-se até morrer para aquele fim (*navegar é necessário, viver não é necessário*). Ocorre que a palavra *preciso* está empregada em

---

ou, antes, invenções de personalidades diferentes", acrescentando que "[p]or qualquer motivo temperamental que me não proponho analisar, nem importa que analise, construí dentro de mim várias personagens distintas entre si e de mim, personagens essas a que atribuí poemas vários que não são como eu, nos meus sentimentos e ideias, os escreveria", arrematando que "[...] pus no Caeiro todo o meu poder de despersonalização dramática, pus em Ricardo Reis toda a minha disciplina mental, vestida da música que lhe e própria, pus em Álvaro de Campos toda a emoção que não dou nem a mim nem à vida" (PESSOA, Fernando. Os heterônimos e os graus de lirismo. *Os outros eus.* Fernando Pessoa – obras em prosa. Volume único. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1986. p. 85, 87 e 94). No dizer de Jerónimo Pizarro e Patricio Ferrari, heterônimo "é um termo tardio, de 1928, para designar apenas três grandes ficções: Alberto Caeiro, Álvaro de Campos e Ricardo Reis" (ob. cit., p. 17).

31 Os heterônimos mais famosos de Fernando Pessoa, suas *três grandes* ficções, como destacado na nota de rodapé anterior, são Alberto Caeiro, Álvaro de Campos e Ricardo Reis. Bernardo Soares, por sua *pouca biografia*, é considerado um *semi-heterônimo*.

32 "Diziam os argonautas que navegar é preciso, mas que viver não é preciso. Argonautas, nós, da sensibilidade doentia, digamos que sentir é preciso, mas que não é preciso viver" (parte final do pensamento 124); "Reproduzimos assim, na espécie dolorosa, a fórmula aventureira dos argonautas: navegar é preciso, viver não é preciso" (quarto parágrafo do pensamento 306). PESSOA, Fernando. *Livro do Desassosego.* 2. ed. Org. Richard Zenith. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 146 e 289.

33 "A frase (citada também no Trecho 306) não era dos marinheiros capitaneados por Jasão; Pessoa terá usado a palavra 'argonauta' em sentido lato, para significar navegadores antigos [...] Maria Aliete Galhoz descobriu, nas *Vidas Paralelas* de Plutarco, a fonte primitiva da frase 'Navegar é preciso, viver não é preciso. Foi dita por Pompeio quando, apesar de uma grande tormenta, ordenou que as suas naus partissem em direcção a Roma, com o trigo que tinham carregado na Sicília, na Sardenha e em África. Pessoa terá descoberto a frase num artigo de Joseph Addison publicado na revista 'The Spectator' [Nº 507, de 11 de Outubro de 1712] e incluído numa colectânea possuída por Pessoa, que assinalou a frase" (p. 516, em anotação ao pensamento 124 da obra citada na nota de rodapé anterior. O Livro do Desassossego, que começou a surgir em 1913, tomou diversas formas; Fernando Pessoa, em vida, publicou unicamente doze trechos dessa obra, que viria a ser publicada por inteiro somente em 1982 pela Editora Ática, conforme destaca Richard Zenith, organizador da edição brasileira).

seu aspecto técnico, a demonstrar que a navegação já alcançara naqueles idos de Plutarco o foro da cientificidade, de modo que existia *precisão* nos instrumentos e habilidades de conduzir naus.

Assim, a interpretação mais adequada me parece ser *navegar é seguro*, *viver é inseguro*. Eis o recado. No tempo da Escola de Sagres, aliás, que abraçou o lema, navegar era algo tido como seguro, e incerta seria a própria vida.

Nessa perspectiva, mostra-se congruente – palavra bastante utilizada ao longo de minhas ideias – a comparação que fiz, ao dizer: *codificar é preciso, interpretar não é preciso*...

O Direito, sabe-se, dentre tantas camadas de linguagem que o definem, contém a da proposição de ser uma ciência; por isso mesmo, a hermenêutica sempre esteve entranhada no universo jurídico, considerando que o Direito é uma *ciência da compreensão*, como afirma Ovídio Baptista da Silva, ao lembrar que "sabemos, embora nem todos tenham a disposição de confessá-lo, que o direito é uma ciência da cultura, que labora com verdades contingentes, situando-se muito distante da matemática e muito próximo das ciências históricas; que o Direito, afinal, é uma ciência da *compreensão* [...]"[34].

Assim, com a frase por mim adaptada a partir do enunciado feito por Plutarco, o que eu quis dizer foi o seguinte: para se fazer um código, há de ser *preciso* nas terminologias, nas classificações e na estrutura do texto normativo. É que, a partir daí, será feita a interpretação, com a construção de sentidos, e na atividade interpretativa nem sempre se tem a *precisão*. Paciência, isso faz parte do percurso hermenêutico do Direito.

Entretanto, a interpretação será algo mais próximo à *precisão* na medida em que o código a ser interpretado traga a congruência terminológica, classificatória e estrutural, ou seja, haverá uma redução de riscos no tratamento do mar da subjetividade da interpretação, se a referência dessa trajetória – o código – tiver o máximo de *precisão*.

Codificar é preciso, interpretar não é preciso. Eis o lema a ser adotado no manejo dos instrumentos jurídicos de elaboração e interpretação dos códigos; afinal, na mesma passagem do *Livro do Desassossego* na qual o adágio de Plutarco é destacado por Fernando Pessoa, consta essa lição do Poeta: "um barco parece ser um objeto cujo fim é navegar; mas o seu fim não é navegar, senão chegar a um porto"[35].

---

34 *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 28.

35 Ob. cit., p. 289.

Referências

ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Apresentado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios do Interior, pelo Professor Alfredo Buzaid. Rio Grande do Sul: 1964. S. Documentação Biblioteca do Ministério da Justiça. Registrado na Biblioteca do Senado Federal sob o nº 1.507 do ano de 1982.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Os critérios definidores da força normativa dos precedentes e seus parâmetros de intensidade. In: **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência.** Paulo de Barros Carvalho (coord.). Priscila de Souza (org.). São Paulo: Noeses, 2023.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. A antecipação da tutela e o novo sistema de eficácia da sentença. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, 2003. n. 4.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. As tutelas de eficácia no direito processual civil. **Revista Dialética de Direito Processual.** São Paulo: Dialética, 2008. n. 64.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil.** São Paulo: Malheiros, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma.** São Paulo: Malheiros, 2002.

GALHOZ, Maria Aliete. livro **O eu profundo e outros eus.** 15. ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1980.

GONZÁLEZ, José Calvo. **El escudo de Perseo**: la cultura literaria del derecho. Granada: Editorial Comares, 2012.

JARDIM, Afranio Silva. **Da publicização do processo civil.** Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1982.

MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law Tradition – An Introdution to the Legal System of Western Europe and Latin America.** Second Edition. Stanford, California: Stanford University Press, 1985.

PESSOA, Fernando. **Livro do Desassosego.** 2. ed. Org. Richard Zenith. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

PESSOA, Fernando. Os heterônimos e os graus de lirismo. **Os outros eus.** Fernando Pessoa: obras em prosa. Volume único. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1986.

PIZARRO, Jerónimo; FERRARI, Patricio. **Eu sou uma antologia:** *136 autores fictícios.* Lisboa: Tinta da China, 2013.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Capítulo 23

Processo Penal e Democracia: a (Suposta) Teoria dos Princípios Diante dos Limites Semânticos do Texto, por Ocasião do Agravo em Recurso Extraordinário 848.107/DF[1]

Felinto Alves Martins Filho[2]
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima[3]

1 Introdução

Em 25 de março de 2023, transitou em julgado tema de especial relevância no direito penal e que diz respeito diretamente à restrição à esfera de liberdade e aos limites da jurisdição constitucional. Foi julgado perante o Supremo Tribunal Federal (STF) o Recurso Extraordinário 848.107, originário do Distrito Federal, no qual se discute o momento inicial da contagem dos prazos de prescrição da pretensão executória.

Reconhecida a prescrição da pretensão executória da pena, um crime com materialidade e autoria reconhecidas, mesmo por decisão definitiva, não resultará ao sujeito a imposição de uma pena, daí a importância da segurança jurídica na fixação de seus marcos. A prescrição da pretensão executória encontrar-se regulada no inciso primeiro do artigo 112 do Código Penal brasileiro, segundo o qual transitada em julgada a decisão para a acusação, inicia-se o prazo de prescrição, tendo-se por base a pena aplicada, mesmo que na pendência de recursos da defesa.

A prescrição com trânsito em julgado possui para o acusado a vantagem de ter, como parâmetro de aferição, a pena imposta na sentença, individualizada, e não a pena máxima abstrata prevista nos tipos penais, como ocorre para a prescrição antes do trânsito em julgado. Por outro

1 O presente artigo decorre de estudo iniciado e publicado originalmente na VIII Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia, 2021, anteriormente à decisão do Supremo Tribunal Federal.

2 Doutorando em Direito Constitucional Pela Unifor. Advogado. Bolsista Funcap.

3 Professor titular do PPGD/Unifor. Procurador do Município de Fortaleza.

lado, há intensa resistência em diversos tribunais quanto à aplicação do dispositivo, considerado por muitos como uma *benesse* causadora de impunidade, por permitir contagem de prazo menor e mais vantajoso para o acusado, mesmo não havendo total inércia por parte do Estado. Parece claro que tal argumento resulta muito mais de concepções valorativas individuais - de preferência moral -, do que em produto de uma exigência de exercício de racionalidade, onde se articule dogmática jurídica com o caráter civilizatório no concreto do direito penal e do direito processual penal.

A questão teve reconhecida a repercussão geral, a demonstrar a sua relevância política e jurídica para os direitos dos cidadãos[4]. Os argumentos utilizados por juízes e tribunais resistentes à aplicação do art. 112, I, no entanto, não reivindicam uma controvérsia interpretativa. Mesmo aqueles que resistem à aplicação do instituto, alegam conhecer claramente o seu teor gramatical, mas sugerem a superação da metodologia interpretativa que se valha da literalidade da lei.

O discurso de superação do "mero teor literal" desenvolveu-se em uma crescente no Brasil a partir da importação da crítica ao positivismo jurídico, supostamente responsável, ou ao menos impotente, para afastar as atrocidades do período nazista na Alemanha, que segundo alegam ainda os seus críticos teria se dado mediante a chancela da legalidade estrita em detrimento da moral. A partir da derrocada do nazismo, diversos autores e a própria jurisprudência alemã reivindicam uma superação do positivismo e a necessidade de interpretações que transcendessem "a letra da lei".

Estes argumentos, criticáveis na sua terra natal, foram incorporados não só perante parte da ciência jurídica brasileira, mas sobretudo pela jurisprudência. Dois autores são apontados como principais marcos teóricos do chamado pós-positivismo, Robert Alexy e Ronald Dworkin, por suas contribuições à chamada teoria dos princípios, que comporiam o conceito de direito ao lado das regras. Neste artigo, parte-se da hipótese de que, para além da crítica que se poderia fazer a esses dois autores, o que não será objeto principal do trabalho, verifica-se uma indevida aplicação de suas premissas.

Em especial, os argumentos lançados nas decisões que afastam o teor literal do art. 112, inciso I, rejeitam a aplicação do dispositivo com uma motivação que viola até mesmo "as regras da carga de argumentação"

4 A repercussão geral consiste em instituto processual no qual o Supremo Tribunal Federal decide casos semelhantes com eficácia multiplicadora para todos.

propostas por Robert Alexy em sua "teoria da argumentação jurídica". Valendo-se de pesquisa do tipo bibliográfica e exploratória, na primeira parte do artigo é apresentada a ideia de superação da legalidade reivindicada na decisão, a partir do chamado pós-positivismo e a suposta superação do positivismo jurídico.

Na segunda parte, expõe-se as bases dogmáticas e político-criminais da prescrição, dividindo-se suas espécies, para delimitação da prescrição da pretensão executória da pena, objeto de discussão nas decisões de primeira instância e no recurso extraordinário com repercussão geral decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Na terceira parte, analisa-se a compatibilidade das regras de carga argumentativa da teoria de Alexy com os argumentos expostos como controvertidos no recurso extraordinário 848.107/DF, seguindo-se à conclusão.

O que se analisa é a legitimidade da controvérsia que gira em torno da não aplicação do teor literal do art. 112, I. É tarefa da ciência do Direito, em especial da doutrina, o constrangimento epistemológico dos tribunais, sobretudo quando decisões que impactam a esfera de liberdade são tomadas com a superação do teor literal das normas de forma expressa pelos julgadores. Por isso, acredita-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal, inobstante tenha ele o direito de errar por último na hierarquia Judicial, não encerra, senão abre o diálogo doutrinário.

O homenageado nesta obra, o professor e desembargador Fernando Ximenes, demonstra em sua carreira a conveniência de caminhar juntas a academia e magistratura. A técnica revelada em seus votos denota preocupação constante com reflexão doutrinária, em gesto de responsabilidade para com a toga, compreendendo que a judicatura não se legitima com o mero exercício do poder, mas com a qualidade dos argumentos. Em suas contribuições ao estudo do Processo Penal, destacam-se as reflexões acerca das deficiências legislativas em matéria recursal, em seu "Breves notas sobre o recurso-crime em sentido estrito[5]" e a sensível abordagem da necessária compatibilização do instituto da prisão antes do trânsito e julgado com a Constituição de 1988 em seu "A Constituição e a prisão cautelar"[6]. É, portanto, inspirados nessa perspectiva reflexiva, de especial relevância social, que abordaremos o tema deste artigo.

5 Revista dos Tribunais | vol. 768/1999 | p. 469 - 475 | Out / 1999.

6 Revista dos Tribunais | vol. 749/1998 | p. 502 - 519 | Mar / 1998.

2 A Fórmula de Radbruch e a suposta superação do positivismo jurídico

Em uma recente decisão acerca do marco inicial de prescrição da pretensão executória da pena, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no Rio de Janeiro, assim se manifestou: "[...] agride a essência do instituto da prescrição a compreensão de que apenas por adoção de interpretação literal do art. 112, inc. I do CP, se possa ignorar que o que ela sanciona é a inércia atribuível única e exclusivamente ao Estado [...]" (TRF2, 2021). Com esse argumento, afastou-se o reconhecimento da extinção da punibilidade executória de uma pena imposta ao acusado, mesmo diante de sua ocorrência, contrariando frontal e expressamente a aplicação do que determina a legislação em vigor.

As decisões judiciais que rejeitam a aplicação do disposto no art. 112 do Código Penal, em seu inciso I, reivindicam a necessidade de superação do teor literal do dispositivo legal. Não há dúvidas acerca do significado das palavras ou um desacordo teórico hermenêutico, o que se tem é a expressa discordância sobre aquilo que a lei determina e a reivindicação do poder de aplicação do que se entende ser mais justo, mesmo diante de clara desconformidade com os limites semânticos do texto.

A questão não parece tratar da distinção entre texto e norma, como apresentada por Müller[7]. A superação do texto legal não se dá apenas pela construção de uma norma que lhe dê significado jurídico. Observando-se os argumentos lançados nas decisões, mostra-se inequívoco não só o que diz o texto legal, mas também o conteúdo da norma que dele se extrai. Demonstra-se saber ali o que o legislador pretendeu estabelecer como marco inicial de contagem da prescrição da pretensão executória - claramente, o trânsito em julgado da decisão para a acusação – mas, seja quanto ao texto, ou mesmo a norma jurídica dela derivada, os juízes discordam.

Após as terríveis atrocidades cometidas durante a ascensão do partido nacional-socialista alemão, comandado por Adolf Hitler, a doutrina jurídica caminhou para uma ampla discussão acerca das possibilidades de contenção à violação de direitos humanos por parte do sistema jurídico. Há uma ideia generalizada entre juristas de que seria preciso colocar limites às ditaduras das maiorias, já que o partido e seu *Führer*[8] seriam

7 **Teoria estruturante do Direito**. Tradução: Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. 2. ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 192.

8 Palavra alemã que em português tem significação de líder, do verbo *führen*, ou seja, liderar, conduzir.

frutos do processo democrático, pelo menos em sua concepção formal-majoritária. Da perspectiva prática, surgem cortes constitucionais com a competência de limitação ao arbítrio legiferante a partir da força normativa da constituição[9].

Sob a perspectiva teórica, o alvo principal de ataques por uma suposta legitimação ou mesmo impotência diante do período de ascensão nazista seria a doutrina juspositivista[10]. Curioso notar é que um dos mais significativos exemplos do abandono do positivismo jurídico como perspectiva de, enfim, "ser possível a realização da justiça, até então presa pela formalidade legal" veio de nazista Roland Freisler[11], para quem:

> Esta revolução [do nacional-socialismo alemão] é - e, deste ponto de vista, apostamos nela estas observações - é também uma revolução do Direito, para que possamos superar a justiça formal, a inimiga da verdadeira justiça.

O discurso de necessária superação do juspositivismo esteve presente tanto no Tribunal Constitucional Federal Alemão como nas folhas dos escritos de filósofos do Direito. Não seria mais aceitável, segundo a crítica, uma separação entre o Direito e a moral, como pregam os positivistas, alega-se. O Brasil não ficou de fora dessa influência. Luiz Fux, atualmente ministro do STF, quando ainda pertencente ao Superior Tribunal de

---

9 SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. [*S. l.: s. n.*], 2009. p. 35.

10 ARAÚJO, C. P. de. **Nazismo e o conceito de não positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2015.

11 FREISLER, Roland. **Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken.** Berlin: Industrieverlag Spaeth & Linde, 1938, p. 8. No original: *Diese Revolution ist – und von diesem Blickpunkt aus wollen wir sie in den folgendenAusführungen betrachten – auch eine solche des Rechts; damit wir sie zur Überwinderin der Formalgerechtigkeit, die der Feind der wahren Gerechtigkeit ist.* Karl Loewenstein (Law in the Third Reich. **Yale Law Journal**, vol. 45, No. 5, Mar. 1936, p. 811) compartilha e registra o panorama geral do abandono do positivismo por intelectuais e aplicadores do Direito durante o período de instalação e consolidçaão do nazismo na Alemanha.: *Taking the responsibility for the action, Herr Hitler later on justified it as "an act of self-defense of the state." As a revolutionary incident, the "liquidation" of political enemies would transcend juridical explanation. The government, however, went so far as to create a legal justification for its purely political action. The law of July 3, 1934, concerning measures of self-defence of the state, states in its single article. "The measures taken on June 30, July 1 and 2, in order to suppress treasonable attacks, are declared legal." The statute is a unique example of an indemnity act emanating from the same person who sought indemnification. Herr Hitler himself, in the Reichstag speech of July 13, declared: "In this hour, I was responsible for the fate of the German nation and thereby the Supreme Law-Lord (Hoechster Gerichtsherr) of the German people." This retroactive legislation and justification is more interesting for the lawyer than the executions themselves. It means that the "Führer" and his group are beyond the rule of law, legibus solutus in the proper sense of the term. One of the leading jurists of the regime, Dr. Freisler, admitted that the action had no basis in written law, and the crown jurist of the Third Reich, Herr Carl Schmitt, qualified the act as one of "genuine jurisdiction not subject to justice but supreme justice in itself (.....) Law is no longer an objective norm but a spontaneous emanation of the 'Führer's' will". Positive law is valid only so far as it corresponds with the political intentions of one man.*

Justiça (STJ), decidiu, em sede de Recurso Especial, semelhante questão na qual alegou que "a exegese pós-positivista imposta pelo atual estágio da ciência jurídica impõe na análise da legislação infraconstitucional o crivo da principiologia da Cata Maior"[12].

Dimitri Dimoulis assevera que "no debate brasileiro, a abordagem do PJ [positivismo jurídico] encontra rejeição.", e complementa o autor, "[...] isso ocorre muitas vezes de forma puramente retórica, com emprego de expressões de desprezo contra o positivismo que é apresentado como uma visão teoricamente ultrapassada e politicamente perigosa."[13]. A rejeição ao positivismo, pontua Dimoulis, é baseada em um espantalho da teoria, sua versão fantasiosa e sem correspondência com o fato de haver diversos postulados teóricos denominados positivistas, com diferentes concepções, o que inviabiliza a crítica unitária[14].

Esse é um ponto relevante do embate teórico a consignar. Os críticos do positivismo o acusam da adoção de diversas premissas que, na verdade, não são comuns a todos os positivistas. Nas palavras de José Sendín Mateos, em sua tese de doutorado sobre a obra de Kelsen [15]:

> Igual que ocorre com la teoría del Derecho natural, el positivismo jurídico es una corriente de pensamiento jurídico muy proteica em cuanto a enfoques y variantes se refiere, lo que impide que puede presentarse como un bloque compacto de douctrina.

Alguns criticam o mecanicismo legalista; outros, ao contrário, apontam como pecado positivista, justamente a discricionariedade que leva ao arbítrio. Nesse mesmo sentido, Joseph Raz adverte que a causa das maiores controvérsias e desentendimentos acerca do positivismo jurídico se dá pela falta de delimitação do objeto. Em outras palavras, não há consenso sobre o que seja positivismo e qual seja a premissa que o crítico pretende denunciar[16]. Hans Kelsen faz a mesma advertência, quando lembra que o positivismo jurídico pode significar muitas coisas distintas e que é, inclusive, em grande parte, distinto do positivismo Filosófico[17].

---

12 MARTINS FILHO, F. A. **Jurisdição e democracia: contribuições à compreensão dos limites ao poder de decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 20.

13 DIMOULIS, D. **positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 179.

14 RAZ, J. **The authority of law: essays on law and morality**. New York: Oxford University Press Inc, 1979. p. 150.

15 MATEOS, J. A. S. **La filosofía moral de Hans Kelsen**. Madrid: Marcial Pons, 2017. p. 32.

16 RAZ, 1979, p. 37.

17 KELSEN, H. Was ist juristischer Positivismus. **JuristenZeitung**, [*s. l.*], v. 15–16, p. 465–469, 1965. p. 465.; MARTINS FILHO, 2020, p. 15.

O alerta é importante, embora contenha certo exagero a afirmação de que é impossível delimitar a doutrina positivista. Recorrendo-se à enciclopédia de Filosofia do Direito da Universidade de Stanford, encontramos a definição de positivismo jurídico com a controvérsia enfrentada por Leslie Green, autor de uma criteriosa definição. Para o autor, o positivismo jurídico não implica em uma teoria de decisão judicial, mas apenas em análise descritiva de seu objeto, a norma jurídica[18]. Em síntese, o que há em comum entre os positivistas consiste na separação descritiva e conceitual entre Direito e moral[19], embora nenhum positivista tenha negado, em qualquer tempo, que o direito e a moral devam se encontrar ou que o direito não deva ser justo[20]. Há uma distinção metodológica entre as dimensões reais e ideais do Direito.

Dentre os autores mais influentes, Gustav Radbruch é também, certamente, um nome de relevo. Ao criticar os excessos legalistas do positivista exegético de cuja doutrina teria sido adepto em uma primeira fase, após a experiência nazista passa à condição de crítico do positivismo e a defensor da necessidade de simetria entre o Direito posto e o ideal de justiça. A influência de Radbruch[21] e de sua fórmula segundo a qual o direito extremamente injusto não é direito teve amplo alcance.

Adepto da fórmula de Radbruch, Robert Alexy é reconhecido como um dos nomes mais emblemáticos da doutrina que reivindica a superação do positivismo na atualidade. Em seu livro "O conceito e validade de direito", Alexy sustenta, em relação positivismo, que se trata de doutrina ultrapassada, o que despertou rápida e contundente resposta de Joseph Raz[22]. Alexy possui forte presença na jurisprudência nacional. No famoso caso Ellwanger[23], julgado perante o STF brasileiro, fez-se abundante referência, seja diretamente à figura de Robert Alexy, seja em invocação de seus postulados, como a proporcionalidade e teoria dos princípios, de forma que "a jurisprudência brasileira absorveu o discurso chamado

18 LESLIE GREEN. **Legal positivism**. [*S. l.*], 2018. Disponível em: https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=legal-positivism. Acesso em: 20 jan. 2019.

19 Ressalva-se a corrente que prega o chamado positivismo normativo, ético o prescritivo.

20 Ver, por todos: COLEMAN, J. **Hart´s postscript: essays on the postscript to The concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

21 RADBRUCH, G. **Filosofia do Direito**. Tradução: L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: G.C gráfica de Coimbra Ltda, 1997.

22 RAZ, J. The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. **Oxford Journal of Legal studies**, [*s. l.*], 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=999873. Acesso em: 12 jan. 2019.

23 Habeas corpus 82.424/RS, julgado perante o STF.

'pós-positivista' como eco de parte da Academia, sobretudo nas figuras de Robert Alexy e Ronald Dworkin" [24].

Robert Alexy, em verdade, procura dar concretude à referida fórmula de Radbruch, segundo a qual o direito extremamente injusto carece de validade. A teoria de Alexy encampa a distinção qualitativa entre regras e princípios desenvolvida especialmente por Ronald Dworkin. Por sua vez, Dworkin apresenta em seu artigo "modelo de regras" uma oposição ao então dominante positivismo, em especial na versão de H.L.A Hart.

Alexy e Dworkin não são os únicos críticos do positivismo, mas dois dos mais difundidos e citados na jurisprudência brasileira. Segundo Dworkin, o positivismo jurídico não descreve adequadamente o Direito, que na formulação de H.L.A Hart, consistiria no conjunto de regras primárias e secundárias. Conforme ainda a descrição de Dworkin, para o juspositivista, quando o aplicador da norma não encontra uma regra para a solução de um caso, seja em razão de uma lacuna ou da textura aberta de algumas regras, recorreria então a seu poder discricionário para solucionar a questão.

Nesse caso, não havendo regra apta a fornecer uma clara solução ao caso e podendo o juiz fazer uso do seu poder discricionário em um sentido forte[25], não haveria uma resposta correta para o caso, tampouco obrigação jurídica determinada. Dworkin rejeita essa tese, criticando a discricionariedade judicial resultante dos conceitos positivistas. O que Dworkin pretende refutar é o arbítrio positivista (segundo sua visão) diante da discricionariedade.

Ao que interessa a este trabalho, porém, importa observar que a teoria da argumentação jurídica de Alexy, embora comumente invocada para superar textos legais, não dispensa o peso do respeito a seus limites semânticos, não apenas exigindo uma justificativa para o seu afastamento na argumentação, como também algo a ser sopesado na análise da proporcionalidade. O mesmo se diga quanto a Dworkin, que pretendia, com sua crítica ao positivismo, afastar a discricionariedade judicial. O fato é que embora existam grandes distinções entre esses dois teóricos, ambos são invocados conjuntamente para uma legitimação pós-positivista de superação ao direito produzido pelo Parlamento. Antes da análise do discurso que rejeita a aplicação da prescrição da pretensão executória da

24 MARTINS FILHO, 2020, p. 21.

25 DWORKIN, R. The model of rule. **University of Chicago Law Review**, [*s. l.*], v. 35, 1967.

pena tendo-se como marco inicial o trânsito em julgado, é necessário dizer uma palavra acerca do instituto e seus fundamentos.

3 A prescrição e seus fundamentos

O instituto da prescrição em matéria penal encontra fundamento na ideia utilitarista que impõe finalidades político-criminais ao Direito Penal, rejeitando a função meramente retributiva das penas. Fala-se, no âmbito do estudo das funções do Direito Penal, em prevenção e retribuição, decompondo-se esta última em prevenção geral e especial, negativa e positiva. A ideia de pura retribuição, rechaçada pela maior parte da doutrina[26], tem origem na filosofia kantiana e seu imperativo categórico.

Com as funções preventivas relacionadas ao utilitarismo, prescreve-se a ilegitimidade de um Direito Penal de mera retribuição, apenas aceitando como compatível com um Estado Liberal a intervenção na liberdade individual, aquela que seja justificada na proteção eficiente de bens úteis para a sociedade. Daí decorre a função de prevenção que enxerga no Direito Penal uma finalidade subsidiária na proteção de bens jurídicos[27].

A função da pena como garantidora da mera expectativa normativa é minoritária na literatura[28]. A prevalente ideia de exclusiva proteção de bens jurídicos de forma subsidiária significa ainda adesão ao princípio da intervenção mínima, segundo o qual o Direito Penal somente deve agir na proteção de bens jurídicos de maneira fragmentária e subsidiária. Isto é, apenas se exige a intervenção estatal por meio do direito penal quando outros ramos do Direito, tais como o civil e administrativo, não forem capazes de regular satisfatoriamente a questão[29].

A prevenção divide-se, como dito, em prevenção geral, consistente no comando para que todos os membros da sociedade atentem para o conteúdo normativo e aos valores que a norma penal veicula, e prevenção geral negativa, indicando quais os bens jurídicos protegidos e que, portanto, não devem ser violados; já a prevenção geral positiva indica quais os rumos

26 ROXIN, C. **Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la teoria del delito**. Trad. Dieged. Madrid: Civitas, 1997.

27 CAMARGO, A. L. C. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultura Paulista, 2002. p. 173.

28 Ibid., p. 174.

29 **Estudos de direito penal**. Trad. Luísed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 52.

que a sociedade deve tomar [30]. Quer-se, com a norma, indicar que uma mudança de mentalidade deva ocorrer.

Com a prevenção especial, a finalidade do direito penal atinge o indivíduo que praticou um crime. A prevenção especial, por sua vez, também se divide em prevenção especial negativa e positiva. Com a ideia de prevenção especial negativa, visa-se a impedir o praticante da infração penal a que venha a cometer novos crimes. Assim, a função da pena consiste na retirada do indivíduo do ceio social para que novos crimes praticados sejam prevenidos. Já a prevenção especial positiva visa a chamada ressocialização, pretendendo a reforma do indivíduo. Tais teorias combinam-se entre si, não havendo uma predominância entre elas. Entende-se que a pena criminal deve cumprir, em algum grau, todas essas funções: retribuição e prevenção; geral e especial; positiva e negativa[31]. É sob os fundamentos de que o Direito Penal deve cumprir uma função benéfica que a prescrição se impõe.

A prescrição em matéria penal visa a atender as finalidades da pena. Ao conceber que o direito penal deve cumprir a sua missão e deve ter alguma utilidade, indica que com o passar dos anos, a inércia estatal faz com que as funções da pena percam sua eficácia e os prejuízos sociais e individuais sejam ponderados como de maior peso, optando-se, por questões político-criminais, pela não punição.

Há distinção na lei penal entre a prescrição antes do trânsito em julgado de sentença final condenatória, ou seja, aquela que se opera antes do julgamento definitivo dos recursos, e prescrição após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Os prazos de prescrição estão estabelecidos no Código Penal em seu artigo 107 e seguintes.

A legislação penal brasileira prevê também algumas circunstâncias que fazem com que o prazo de prescrição não tenha curso, são as causas suspensivas e interruptivas da prescrição. Ocorrendo as primeiras, o prazo deixa de ter curso; ocorrendo causa interruptiva, entende-se que o Estado está agindo regularmente na persecução penal e, portanto, o prazo de prescrição interrompe-se reiniciando do começo. É o caso, por exemplo, do recebimento da denúncia por parte do juízo.

---

30 CAMARGO, 2002, p. 176.

31 COELHO, E. M. **Prescrição penal como limite ao poder-dever punitivo estatal**. [*S. l.*], 2020. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4185/371372511. Acesso em: 2 maio 2021. p. 341.

Para determinados tipos de crimes, cabe ressaltar, não há possibilidade de *benesse* pelo decurso do tempo. Não ocorre prescrição para delitos taxativamente determinados pela própria Constituição. São imprescritíveis o racismo, bem como a ação de grupos armados, civis ou militares, conforme preveem os incisos XLII e XLIV do artigo 5º da Constituição Federal. O legislador regulamentou a matéria de forma clara e exaustiva, permitindo o benefício, de forma regrada, bem como proibindo a sua ocorrência para os casos que considerou de maior gravidade.

Por outro lado, há vozes em discordância do instituto da prescrição, alegando que se trata de instrumento de impunidade. Conforme argumenta Christiano Santos, a prescrição é um fator criminógeno, estimulando a prática de crimes na confiança da impunidade[32]. A tese segundo a qual a crença na prescrição e, portanto, na impunidade, estimula a prática de crimes, é de difícil demonstração empírica. Em primeiro lugar, seria preciso demonstrar o conhecimento da lei penal e dos marcos de prescrição por parte de criminosos.

Em segundo lugar, as balizas legais tornam imprevisíveis os prazos prescricionais. É possível, por exemplo, conhecer em abstrato em quanto tempo um delito pode chegar à prescrição, mas não controlar os atos estatais, imprevisíveis, como o recebimento da denúncia e sentença, fatores que interrompem o prazo de prescrição. O fato é que embora passível de críticas, o instituto da prescrição é escolha democrática com previsão legal e mesmo constitucional.

No caso da legislação brasileira, o ponto da polêmica e objeto de análise consiste na previsão de prescrição da chamada pretensão executória da pena, a que ocorre após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e que terá por parâmetro a pena concretamente aplicada ao sujeito. Dessa forma, sendo a pena aplicada individualmente menor que a previsão máxima legal, muitos crimes que seriam punidos com o transcurso do tempo de prescrição em abstrato, restam impunes. A prescrição retroativa, no entanto, encontra-se expressamente proibida no Código Penal, no que diz respeito à pena concreta, quando possui como marco inicial a data do cometimento do crime.

32 SANTOS, C. J.; CPF:12533429899; HTTP://BUSCATEXTUAL.CNPQ.BR/BUSCATEXTUAL/VISUALIZACV.DO?ID=K4227462D0. A prescrição penal como fator criminógeno: possibilidade e necessidade de reformas no sistema jurídico-criminal brasileiro. [*s. l.*], 2008. Disponível em: http://tede2.pucsp.br/tede/handle/handle/8387. Acesso em: 2 maio 2021.

Tamanha a controvérsia do tema que no caso conhecido como Mensalão, o então ministro Joaquim Barbosa elevou a pena de um dos condenados sob o argumento de que, em assim não procedendo e aplicada uma pena mais branda, o crime estaria prescrito, se verificada a prescrição retroativa, ou seja, contada para os marcos anteriores àquela decisão. Na Ação Penal nº 470, julgada perante o Supremo Tribunal Federal, o ministro Joaquim Barbosa, ao exasperar as penas pretendendo evitar prescrição, foi repreendido por seu colega de Tribunal, o ministro Ricardo Lewandowski.

A prescrição da pretensão executória da pena, da forma como regulada no Código Penal, encontra dispositivo que desperta polêmica maior. Além da perda do direito de punir por parte do Estado pelo decurso do tempo, no caso da prescrição da pretensão executória, o marco temporal para aferir-se o início desta causa se dá com o trânsito em julgado apenas para a parte acusadora.

A opção do legislador foi no sentido de que o trânsito em julgado para a acusação é marco inicial da prescrição da pretensão executória. Não deve indicar uma sensação cômoda de dever cumprido a simples condenação, quando um recurso da defesa é admitido. Vale ressaltar que sobretudo os recursos para o STF e para o STJ apenas discutem matéria jurídica, e não mais revisão de provas.

Os filtros dos recursos aos tribunais superiores podem fomentar o julgamento em tempo hábil, pois ainda que não enfrentado o mérito, os recursos rejeitados e que não comportarem mais recursos propiciarão o trânsito em julgado para todas as partes. Passa-se à análise dos argumentos que visam afastar a aplicação do teor literal do art. 112, inciso I do Código Penal e o instituto da prescrição da pretensão executória da pena a partir do trânsito em julgado para a acusação.

4 A controvérsia exposta no recurso extraordinário 848.107/DF, Estado de Direito e argumentação jurídica

O STF concentra a atribuição de realizar controle concentrado de constitucionalidade das leis e também controle difuso. No controle difuso, ou por via recursal, matérias constitucionais podem ser levadas ao crivo do Supremo para que decida se a legislação está em conformidade com a norma constitucional. O regime democrático (formal) não pode, assim, impor ilimitadamente o desejo das maiores, ficando sujeito às balizas dos direitos fundamentais.

No entanto, o que se verifica da controvérsia acerca da aplicabilidade do art. 112, inciso I, é que não há uma clara contrariedade entre o texto legal e a Constituição, mas uma resistência em aplicar o dispositivo com base em uma possibilidade, segundo parecem entender os tribunais críticos do dispositivo, de se proceder a uma correção de injustiça na aplicação do direito posto.

No recurso extraordinário, ventila-se artificialmente questão constitucional invocando a necessidade de interpretação conforme à Constituição para harmonizar o art. 112, I, do Código Penal, com o interesse público social. Aponta-se no recurso que após o julgamento do habeas corpus nº 84.078 de Minas Gerais, julgado perante o STF, ao concluir o Tribunal que a execução da pena exige trânsito em julgado, não seria possível aceitar o trânsito em julgado somente para a acusação, na forma do art. 112.

O argumento invoca um precedente que não possui relação com o texto do art. 112 e decorre de conformação constitucional da presunção de inocência com dispositivos e decisões que pretendem a execução antecipada da pena imposta. Seja como for, nem mesmo sob a luz de um autor que prega a existência de princípios ao lado das regras e que defende a possibilidade da correção interpretativa do Direito pelo aplicador, seria possível fundamentar esse ato de duvidosa legitimidade democrática. A controvérsia colocada em sede de repercussão geral em recurso extraordinário não deveria, sequer, ser pauta de julgamento, pois não há divergência interpretativa e nem mesmo a invocação de um conflito com o texto constitucional. O que se tenta fazer consiste em um controle de conveniência e conformação política.

Mesmo para Radbruch, em sua famosa fórmula, não há autorização para que a legislação tida por inconveniente e que os juízes com ela não concordem pudesse ter afastado seu teor literal para aplicação do que entendem mais justo. Isso porque, mesmo para Radbruch, apenas o direito em extrema injustiça perde a sua validade ou característica de Direito, e não qualquer injustiça[33]. Ainda no século XX, a tensão entre lei, poder e justiça se acentua nos embates entre Carl Schmitt, Hans Kelsen e Herman Heller. Nesse sentido, recorda Pompeu[34] que Carl Schmitt sustentara o primado do poder político sobre a segurança jurídica e o estado de direito,

33 RADBRUCH, 1997.

34 POMPEU, G. V. M. Estado social, desenvolvimeto humano e sustentabilidade na América Latina. *In*: DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA INTERAMERICANA. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 225–256. p. 241.

o que contrariava a concepção de Estado e de Constituição sustentada pelo positivista Kelsen.

Da mesma forma, Robert Alexy - para quem a argumentação jurídica é um caso especial do discurso prático geral e quem sistematiza a fórmula de Radbruch em sua teoria da argumentação jurídica - apresenta critérios de avaliação do discurso em sede de decisão judicial a partir da exigência de respeito a uma carga argumentativa por ele disposta mediante requisitos discursivos. De fato, Alexy permite em situações especiais e excepcionais a violação dos limites literais do texto, o que é encampado pela decisão analisada.

Por outro lado, conforme explicado por um dos mais expressivos discípulos de Alexy e adepto de sua teoria argumentativa, Martin Borowski[35], após expor os critérios de validade do Direito que, segundo ele, são adotados pelos positivistas, argumenta que

> Los conceptos del Derecho defendidos por los positivistas pueden y deben restringirse a estos dos critérios de validez. Sólo quien defienda um concepto de validez no positivista debe aplicar el tercer critério, es dicer, el critério de la corrección material da norma. Uma norma es correcta materialmente, cuando está justificada desde el punto de vista moral. Los no positivistas por lo general no exigen una completa corrección material, sino sólo, que no se traspasse um determinado umbral de injusticia.

Afastando-se de intepretações por subsunção, Alexy elenca alguns desafios próprios da decisão judicial, tais quais: 1) a vagueza de determinadas disposições legais 2) a antinomia entre normas 3) a lacuna jurídica e 4) a possibilidade de decidir, em casos especiais, contra o teor literal da lei [36]. A teoria de Alexy recebe as críticas de Manuel Atienza, que aponta tanto contradições conceituais como o fato de que, "*tanto la argumentación judicial como la argumentación dogmática tene que darse dentro del marco que fija el Derecho positivo*."[37].

Embora aceite ponderações, Alexy é claro ao impor um maior peso às decisões nas quais se argumenta a favor da aplicação da norma em seu teor literal e à soberania do legislador. Assim como Radbruch, é somente

35 BOROWSKI, M. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 166.

36 ALEXY, R. **Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica**. Trad. Manued. Peru: Palestra Editores SAC, 2007. p. 28.

37 ATIENZA, M. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**. 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 193–194.

o direito extremamente injusto e irracional que permite a quebra de sua literalidade. Segundo Alexy [38]:

> Para asegurar la vinculación de esta discusión con el Derecho vigente, hay que exigir que los argumentos que expresan una vinculación tengan *prima facie* un mayor peso. Si un proponente (P) apela, en favor de su propuesta de solución, al tenor literal o a la voluntad del legislador histórico, y el oponente (O) en cambio aduce un fin racional en favor de una propuesta de solución divergente, entonces los argumentos de P deben prevalecer, a no ser que O pueda aducir no sólo buenas razones em favor de sus afirmaciones, sino también buenas razones en favor de que sus argumentos son más fuertes que los de P. En la duda, tienen preferencia las razones de P. La siguiente regla de carga de la prueba en la argumentación rige por tanto como regla pragmática.

Nesse sentido, ainda que a decisão que afasta o teor literal da lei, como no caso de não aplicação do disposto no art. 112, inciso I do Código Penal, pretenda seguir critérios que permitam uma correção interpretativa, aos moldes dos neoconstitucionalistas pós-positivistas, não basta simplesmente alegar que o teor literal não deve ser aplicado ou mesmo que a sua aplicação é injusta ou inconveniente. Somente razões especiais e excepcionais poderiam afastar o teor literal da norma, o que não aparece no caso julgado, vulnerando o Estado de Direito.

5 Conclusão

O legislador brasileiro fez uma opção, decidiu que o marco temporal da prescrição da pretensão executória ocorre com o trânsito em julgado para o órgão de acusação. Essa opção legislativa não conflita com qualquer dispositivo constitucional e deve ser respeitada, sob pena de violação ao Estado de Direito. Aqueles que com o dispositivo não concordarem têm sempre a opção de levar a questão ao crivo do debate político, apresentando projeto de lei ou votando em quem encampe esta bandeira.

Um dos argumentos utilizados sobretudo pelo ministro Toffoli, no julgamento de mérito, foi o de que o STF havia decidido - como se se trata-se de uma grande inovação jurídica - que a pena criminal somente pode ser cumprida pelo acusado após o trânsito em julgado para ambas as partes, em homenagem à presunção de inocência. Estaríamos diante então da impossibilidade de execução da pena com possibilidade de prescrição em curso. Ocorre que com o acórdão condenatório o prazo prescricional se interrompe, iniciando nova contagem. Essa é uma opção do legislador para

38 ALEXY, 2007, p. 342.

que a partir daquela data, havendo recurso, ainda que somente da defesa, o Estado realize pronunciamento em sua atividade jurisdicional em prazo razoável.

O resultado do julgamento pelo STF, no entanto, foi no sentido de "declara-se a não recepção pela Constituição Federal da locução "para a acusação", contida na primeira parte do inciso I do art. 112 do Código Penal, conferindo a ela interpretação conforme à Constituição para se entender que a prescrição começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para ambas as partes."

O caso do art. 112, I, do Código Penal, não apresenta dificuldade na compreensão da norma, mas polêmica moral instaurada por resistência contra o que diz o texto. Os argumentos expostos nas decisões judiciais e aceitos como relevantes a ponto de pautarem um julgamento com repercussão geral em recurso extraordinário, por si, violam até mesmo as regras de argumentação dos críticos do (suposto) legalismo, como Robert Alexy, que como acima transcrito, exige o enfrentamento do peso do teor literal da lei, mesmo admitindo, em situações excepcionais, a violação destes limites.

Referências

ALEXY, R. **Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica**. Trad. Manued. Peru: Palestra Editores SAC, 2007.

ARAÚJO, C. P. de. **Nazismo e o conceito de não positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2015.

ATIENZA, M. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**. 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

BOROWSKI, M. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CAMARGO, A. L. C. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultura Paulista, 2002.

COELHO, E. M. **Prescrição penal como limite ao poder-dever punitivo estatal**. [*S. l.*], 2020. Disponível em: http://revista.unicuritiba.

edu.br/index.php/RevJur/article/view/4185/371372511. Acesso em: 2 maio 2021.

COLEMAN, J. **Hart´s postscript: essays on the postscript to The concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

DIMOULIS, D. **positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DWORKIN, R. The model of rule. **University of Chicago Law Review**, [*s. l.*], v. 35, 1967.

FREISLER, Roland. **Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken.** Berlin: Industrieverlag Spaeth & Linde, 1938

KELSEN, H. Was ist juristischer Positivismus. **JuristenZeitung**, [*s. l.*], v. 15–16, p. 465–469, 1965.

LESLIE GREEN. **Legal positivism**. [*S. l.*], 2018. Disponível em: https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=legal-positivism. Acesso em: 20 jan. 2019.

MARTINS FILHO, F. A. **Jurisdição e democracia: contribuições à compreensão dos limites ao poder de decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MATEOS, J. A. S. **La filosofía moral de Hans Kelsen**. Madrid: Marcial Pons, 2017.

MÜLLER, F. **Teoria estruturante do Direito**. Tradução: Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. 2. ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

POMPEU, G. V. M. Estado social, desenvolvimeto humano e sustentabilidade na América Latina. *In*: **Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 225–256.

RADBRUCH, G. **Filosofia do Direito**. Tradução: L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: G.C gráfica de Coimbra Ltda, 1997.

RAZ, J. The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. **Oxford Journal of Legal studies**, [*s. l.*], 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=999873. Acesso em: 12 jan. 2019.

RAZ, J. **The authority of law: essays on law and morality**. New York: Oxford University Press Inc, 1979.

ROXIN, C. **Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la teoria del delito**. Trad. Dieged. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, C. **Estudos de direito penal**. Trad. Luísed. São Paulo: Renovar, 2006.

SANTOS, C. J. **A prescrição penal como fator criminógeno:possibilidade e necessidade de reformas no sistema jurídico-criminal brasileiro**. [*s. l.*], 2008. Disponível em: http://tede2.pucsp.br/tede/handle/handle/8387. Acesso em: 2 maio 2021.

SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: F**ilosofia e teoria constitucional contemporânea.** [*S. l.: s. n.*], 2009.

XIMENES, Fernando. **Revista dos Tribunais,** v. 768/1999, p. 469 - 475, out. 1999.

XIMENES, Fernando. **Revista dos Tribunais,** v. 749/1998, p. 502 - 519, mar. 1998.

Capítulo 24

Alteração de competência por cooperação judiciária e os desafios para a definição do juízo responsável pela prática dos atos

Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão[1]

1 Introdução

A demanda pela efetividade da prestação jurisdicional é um dos grandes pilares do Código de Processo Civil. Esse objetivo tem motivado uma revisão de vários aspectos do Direito Processual, incluindo seus fundamentos mais essenciais. A questão da competência judicial emerge como um desses elementos que voltou ao centro dos debates, impulsionado pela necessidade de aprimoramento e adaptação às crescentes demandas por eficiência no sistema jurídico.

A cooperação judiciária nacional incorporou-se de maneira harmoniosa ao atual sistema normativo processual, porém, ainda requer aprofundamento para alcançar uma interação sistêmica mais coesa com os demais institutos do processo, especialmente em relação a pontos como a competência. No entanto, quando se pretende rediscutir elementos tão basilares do sistema processual como o princípio do juiz natural e o sistema de competência, é natural encontrar resistências.

O cerne da questão de pesquisa reside em determinar se é viável modificar a competência relativa e absoluta por meio da cooperação judiciária. Essa questão central se desdobra em vários problemas secundários que serão abordados no caminho do desenvolvimento, entre os quais: quais fundamentos podem justificar a mudança de competência por cooperação judiciária? Quais atores participam da construção da decisão de mudança de competência? Quais os critérios para definir o juízo que ficará responsável pelos processos objetos da cooperação?

---

1 Doutorado e mestrado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professor universitário da graduação na Universidade de Fortaleza e da pós-graduação em diversas Instituições de Ensino Superior. Membro da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo - ANNEP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Secretário Geral Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Trata-se de um problema que começa a se manifestar de maneira mais intensa ante o avanço das experiências concretas de cooperações judiciárias celebradas. Com a paulatina incorporação da cooperação judiciária à rotina dos tribunais, é inevitável que seus limites comecem a ser explorados e testados. Como se trata de um instituto em franco desenvolvimento, as dúvidas são naturais, o que evidencia a atualidade e relevância do tema.

A compreensão das regras de competência no sistema judiciário é fundamental para garantir a efetividade da prestação jurisdicional. Essas regras estabelecem os limites da atuação de cada juiz em determinados casos, com vistas a assegurar a imparcialidade e a segurança jurídica no processo judicial. Ante, porém, as transformações tecnológicas e sociais, torna-se necessário reavaliar e adaptar essa compreensão tradicional, a fim de promover a eficiente na gestão da competência jurisdicional.

A estrutura deste artigo é composta por quatro tópicos. Primeiramente, discutimos a necessidade de uma nova perspectiva sobre a competência judicial em um diálogo com o princípio da competência adequada. Em seguida, exploramos a viabilidade de alterações na competência por via da cooperação judiciária. Pela maior divergência, será aberto um tópico específico para estudar a modificação da competência absoluta por cooperação. Posteriormente, abordamos a definição de critérios para orientar a alteração de competência por cooperação judiciária, com inspiração no *Multidistrict Litigation*.

2 A necessidade de uma nova compreensão sobre a competência judicial

A compreensão tradicional das regras de competência no direito brasileiro segue uma lógica rígida e hermética. Um dos desdobramentos dessa perspectiva é o caráter excludente da competência. Por ele, uma vez estabelecida a competência de um juiz para determinada causa, ele se torna o responsável único e exclusivo por todos os atos do processo, desde o início até o seu término[2]. Essa definição acarreta, por consequência, a

2 "A função jurisdicional, que é uma só a atribuída abstratamente a todos os órgãos do Poder Judiciário, passa por um processo gradativo de concretização, até chegar-se à determinação do juiz competente para determinado processo: através de regras constitucionais e legais que atribuem a cada órgão o exercício da jurisdição com referência a dada categoria de causas (regras de competência), excluem-se os demais órgãos jurisdicionais para que só aquele deva exercê-la, em concreto". (GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo:

incompetência dos demais juízes, impedindo que atuem nos processos que não estão a eles vinculados[3].

Na linha dessa compreensão isolada, na hipótese de se configurar uma hipótese legal de modificação de competência no caso concreto, a orientação excludente se mantém. O juízo originário perde totalmente a competência, que é transferida para outro juízo. Esse novo juízo, então, assume a responsabilidade única e exclusiva por todos os atos do processo daí em diante.

Como se percebe, essa é uma concepção bastante fragmentada da jurisdição, que se levada ao extremo pode gerar situações anacrônicas que comprometem a eficiência da prestação jurisdicional.

Esse modelo atendia razoavelmente à realidade vivenciada até o século XX, pois se adequava às imposições da tramitação de processos em autos de papel que imperava na época. A comunicação estava limitada pela documentação física das informações processuais e a gestão judicial do acervo em tramitação era rudimentar, ante a impossibilidade de compreensão sistemática dos dados em tempo real. Nesse contexto, a interação dos juízes era quase que obrigatoriamente efetivada de maneira formal e burocrática.

Essa conjuntura foi superada, no entanto, com o advento do processo judicial eletrônico, o que assentiu no acesso integral e ininterrupto aos autos de qualquer processo, uma comunicação mais rápida de informações, um alcance territorial quase ilimitado para as interações, possibilitando abordagens mais interativas, simples, céleres e personalizadas.

Assim, na realidade atual, o exercício isolado e exclusivo da competência não se revela a maneira mais eficiente de prestar a jurisdição. O isolamento do juiz na condução de um processo não é mais sustentável. Esta compreensão tradicional das regras de competência impede a maximização do potencial do exercício jurisdicional. A atuação isolada do juiz, em muitos casos, cria obstáculos para uma prestação jurisdicional mais completa, eficiente e célere.

Revista dos Tribunais, 2011, p. 45).

3 É nesse sentido a análise de Antonio do Passo Cabral: "Essas características importam no fracionamento, divisão e isolamento mútuo entre os órgãos jurisdicionais, contribuindo para o engessamento das competências e falta de coordenação. Em nosso entendimento, esses traços são ineficientes e imobilizam as formas processuais sobre a competência, e portanto incongruentes com o que se espera da jurisdição contemporânea" (CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 29.).

O princípio da eficiência, que orienta a Administração Pública e o Poder Judiciário, indica a necessidade de se demandar por um aprimoramento da gestão processual com foco na otimização de procedimentos e recursos físicos e de pessoal (art. 37 da Constituição Federal de 1988 da CF/88 e art. 8.º do CPC)[4]. Cabe ao juiz primar pela eficiência na realização dos atos processuais, procurando a consecução dos melhores resultados com o menor dispêndio de energia possível. A intensificação e o aprimoramento da interação dos órgãos do Poder Judiciário conformam um dos caminhos para o incremento da eficiência da prestação jurisdicional.

É nesse contexto que a reestruturação e ampliação da cooperação judiciária nacional, efetivada pelo CPC/2015, evidencia mais intensamente as potencialidades abertas com a superação do entendimento tradicional de competência única e exclusiva. Vale destacar que a revisão do entendimento da competência é necessária, independentemente da cooperação, não sendo apenas um ajuste para sua existência. A cooperação judiciária se expressa somente como uma maneira de materializar a moderna compreensão da competência.

Essa matéria possui uma questão de fundo essencial: o respeito ao juiz natural e à segurança proporcionada pelas regras de competência[5]. Existe um receio natural de que a flexibilização dessas regras institua áreas de vulnerabilidade, suscetíveis a usos indevidos. É essencial compatibilizar essa segurança com os ganhos de eficiência resultantes dos atos de cooperação judiciária, especialmente nos casos que envolvem alteração de competência.

O princípio do juiz natural integra o sistema de garantias do devido processo legal brasileiro. Ainda que não exista uma referência expressa na Constituição, ele é extraído da conjugação de dois incisos do art. 5º da Constituição, quais sejam: o inc. LIII, que dispõe que "*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*" e o inc. XXXVII que estabelece que "*não haverá juízo ou tribunal de exceção*".

---

4 Antonio do Passo Cabral define eficiência processual nos seguintes termos: "[...] entende-se por eficiência o exercício ótimo das prerrogativas estatais para a consecução do interesse público, na tentativa de obter o maior grau de realização das finalidades que o ordenamento jurídico estabelece para a conduta estatal com a maior qualidade e os menores gastos e custos possíveis, tanto para o Estado quanto na perspectiva das garantias dos administrados" (CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 205).

5 Essa preocupação é inclusive destacada de forma expressa pela Resolução n.º 350/20 do CNJ, em seu art. 1º, I: "a cooperação ativa, passiva e simultânea entre os órgãos do Poder Judiciário, no âmbito das respectivas competências, observados o princípio do juiz natural e as atribuições administrativas (arts. 67 a 69, CPC)"

Esse princípio foi inicialmente desenvolvido como uma resposta à definição arbitrária e casuística de julgadores pelos governantes, utilizada como artifício para direcionar, direta ou indiretamente, o resultado desejado de um conflito. Assim, o princípio do juiz natural se manifesta, como tantas outras garantias processuais, em um meio de proteção frente ao arbítrio estatal na atividade jurisdicional, assegurando impessoalidade e imparcialidade.[6]

Uma das maneiras de tornar a definição do juiz natural mais objetiva é por meio da limitação do exercício do poder jurisdicional, ou seja, do estabelecimento de competências que atribuem legitimidade para o exercício deste poder.[7] O juiz competente, conforme regras do processo, é o juiz natural.[8] Assim, as regras de competência integram o próprio conteúdo do devido processo legal.[9]

Como se percebe, a lógica essencial por trás das regras de competência é garantir que o juiz não escolha a causa que irá julgar e que uma das partes não escolha o juiz que irá julgar seu processo. A elaboração dogmática desse instituto conduziu a se identificar três elementos fundamentais dos critérios de divisão de competência: eles devem ser prévios, gerais e abstratos[10]. A anterioridade garante que as regras de competência estejam estabelecidas antes do fato que gerou o processo, evitando que a escolha seja influenciada por interesses relacionados ao caso. A generalidade assegura que tais regras se apliquem universal e impessoalmente, sem discriminação ou privilégios. A abstração implica que os critérios de competência sejam formulados de maneira genérica, evitando escolhas casuísticas. De forma complementar, sustenta-se ainda a necessidade da transparência e controlabilidade das regras de definição da competência[11].

---

6 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria geral do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 451.

7 CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 134.

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 331.

9 "Toda essa exigência de competências pré-definidas por normas de acordo com a Constituição - não passíveis de disposição, transferência ou moldagem de forma diersa -, nada mais é do que uma manifestação do devido processo legal, que impõe que o poder seja exercido por procedimento regulado por lei, e conduzido por uma autoridade natural - i. e., previamente individualizada, constituída, e cujos poderes de ação e atuação sejam delimitados objetiva e abstratamente em lei." (BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 219, p. 13-41, maio 2013).

10 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e competência**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 60.

11 CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e

Essas balizas são indiscutivelmente relevantes, mas não impõem uma rigidez excessiva para que se materializem na prática. Pelo contrário, essas diretrizes admitem situações de menor aleatoriedade na definição do juízo competente, sem comprometer as premissas fundamentais do princípio do juiz natural. Existem situações em que um ou mais desses parâmetros não se manifestam em toda sua intensidade e, ainda assim, resguardam seu núcleo essencial.

Logo, o princípio do juiz natural não impede hipóteses de modificação de competência, reestruturações da organização judiciária, a existência de comarcas com vara única, a criação de varas especializadas, modulação temporal nas regras de distribuição para reequilíbrio de demanda entre unidades, a prerrogativa de foro de função, o juízo plantonista, grupos de descongestionamento, juízes volantes de apoio, Núcleos de Justiça 4.0, o foro de eleição etc. Os exemplos que a prática oferece são muitos e raramente questionados, mas, inegavelmente, importam em certa flexibilização à visão mais rígida do princípio do juiz natural. Ainda que em menor intensidade, tais situações encontram amparo nos critérios anteriormente indicados.

A alteração de competência por cooperação judiciária nacional também atende aos critérios do juiz natural, inclusive de modo mais objetivo do que boa parte dos exemplos mencionados. Ademais, esse instituto agrega ao juiz natural um viés de eficiência ao permitir a definição de um juiz mais adequado ao caso concreto[12].

Apesar da alteração na realidade pelo avanço da tecnologia e da atualização da legislação de referência, a verdade é que o tema da competência, em especial na absoluta, ainda é visto de modo engessado, quase como um dogma que não é questionado ou modificado. Como expresso, um dos principais motivos é certamente a preocupação com a segurança atribuída a esse modelo. Quando um instituto jurídico interfere no sistema de competências, possibilitando compartilhamento de competência e novas hipóteses de modificação de competência, o tema tende a gerar resistência pelo receio de insegurança.

---

coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 317.

12 Segundo Fredie Didier a Cooperação Judiciária "[...] também serve à concretização do princípio do juiz natural, visto numa dimensão para além da formal: um juiz competente, imparcial e eficiente. O princípio da competência adequada também é servido pelas técnicas da cooperação judiciária, que funcionam para a identificação do 'melhor juízo' para o caso". (DIDIER JR, Fredie. **Cooperação judiciária nacional**: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro (arts. 67-69, CPC). Salvador Juspodivm, 2020, p. 63/64).

A segurança jurídica nas regras de competência, porém, não depende do formato tradicional da competência. É possível ampliar e intensificar a interação de juízes no exercício de suas competências jurisdicionais sem violar a impessoalidade e a imparcialidade essenciais à jurisdição.

Isso não implica afastar toda a segurança garantida pelo princípio do juiz natural, apenas se reconhece que o núcleo essencial desse princípio não é violado, ao se admitir a existência de zonas de flexibilidade em prol de maior efetividade do processo. Estes são aspectos que inclusive já estão na realidade do processo judicial atual, mas que passam, muitas vezes, sem se notar.

3 A modificação da competência por cooperação judiciária para definição da competência adequada

Como regra, as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente à determinação inicial da competência não interferem em sua definição. Assim, por exemplo, um processo cuja competência foi estabelecida com base no domicílio do réu não deve ser levado a ouro juízo sempre que esse domicílio for alterado durante o curso do processo.

Trata-se da *perpetuatio jurisdictionis*, instituto que intenta garantir economia processual, estabilidade e segurança jurídica.[13] Isso porque alterações sucessivas podem gerar atrasos, necessidade de repetição de atos e aumento dos custos do processo. Nem sempre, no entanto, esse será o caso, pois existem situações em que a mudança contribui para a efetividade da prestação jurisdicional sem comprometer ou até potencializando os valores antes referidos[14]. É o que já ocorre, por exemplo, na modificação de competência autorizada no âmbito do cumprimento de sentença de modo a garantir a maior efetividade da execução (art. 516, parágrafo único do

13 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Código de Processo Civil Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 85.

14 "Sob o viés da eficiência, é necessário uma intepretação conforme à constituição, relacionada à *perpetuatio jurisdictionis,* a fim de que a definição apriorística da competência não seja vista como um fim em si mesma, o que já vem sendo feito por força legislativa na execução itinerante, estabelecida pelo art. 516, § único do CPC brasileiro, que permite que o exequente opte pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou não fazer, independente do foro em que o título executivo tenha sido constituído". (DOURADO, Gabriel Peixoto. *O Modelo de Regras Processuais Europeias de 2020 e o CPC/15*: Entre Pontos de Convergência e Omissões em Torno da Gestão de Competência. **Revista ANNEP de Direito Processual.** Vol 3, No. 1, Art 118, 2022, p. 87).

CPC)[15]. Assim, depois de determinada a competência ela é passível de ser modificada, sem que isso viole o princípio do juiz natural, pois as hipóteses autorizativas são igualmente prévias, gerais e abstratas[16].

O art. 43 do CPC traz duas exceções já consolidadas no sistema brasileiro: I) supressão de órgão judiciário e II) alteração de competência absoluta. Na interpretação do referido dispositivo, é comum encontrar referências à modificação de competência decorrente de modificação por ato legislativo[17]. Por essa óptica, a exceção à da *perpetuatio jurisdictionis* seria uma espécie de restrição não oponível ao Legislativo.[18]

De fato, no âmbito da competência relativa e especialmente quando há previsão legislativa, não se reconhecem maiores problemas. Trazendo o debate para o campo da cooperação judiciária, ainda que não exista exceção no próprio art. 43 do CPC para essa situação, há previsão na lei. A Cooperação Judiciária está disciplinada nos arts. 67 a 69 do CPC, de modo que não há qualquer incongruência com a lógica do sistema.

Porém, a discussão hoje supera esse âmbito meramente normativo, de modo que a flexibilização das regras da *perpetuatio jurisdictionis* vai além das autorizações legais. Tem ganhado corpo na doutrina e na jurisprudência o princípio da competência adequada, como forma de definição do órgão jurisdicional que melhor atenda às exigências dos princípios da efetividade, da eficiência, da adequação e da boa-fé diante das especificidades de um caso concreto.[19] Esse seria o caminho para uma correta interpretação das regras de competência[20].

---

15 STJ, REsp 1.776.382-MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 03/12/2019, DJe 05/12/2019.

16 RIBEIRO, Moacir. **Cooperação Judiciária Nacional**: o(s) dever(es) de engajamento e a relação jurídica processual entre juízos. Londrina: Thoth, 2023, p. 74.

17 MEIRELES, Edilton. Deslocamento de competência absoluta por cooperação judiciária. *In*: CABRAL. Antônio do Passo; DIDIER JR. Fredie. **Grandes temas do novo CPC: cooperação judiciária nacional**. v. 16. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 390 e 401. p. 389.

18 Deve-se observar que "legislador não pode usar o seu poder para retirar determinada causa de certo juízo ou atribuí-la a outro, em verdadeiro desvio de poder para beneficiar ou prejudicar a parte que está nas graças ou na desgraça perante o poder político. Se a evolução e o aperfeiçoamento da organização judiciária, para facilitar o acesso à justiça de todos em melhores condições, sugerem a mudança ou a manutenção da competência para causas já em andamento, elas podem e devem ser adotadas, desde que não reste a mínima suspeita de que essas decisões foram adotadas para influir positivamente ou negativamente no desfecho de quaisquer causas". (GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**, vol. I. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 164). No mesmo sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de Direito processual civil**. 2.ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 173.

19 PEIXOTO, Ravi. **O *forum non conveniens* e o processo civil brasileiro**: limites e possibilidade. Revista de Processo, São Paulo, v. 43, n. 279, maio 2018, p. 382.

20 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Princípio da competência adequada, conflitos

Esse princípio possibilita, para garantir maior adequação, um nível de maleabilidade no sistema interno de competências que é tradicionalmente hermético e pouco flexível, em uma lógica própria da tradição de *civil law*[21]. Nessa linha, o juiz pode e deve analisar se sua competência é a mais adequada àquele caso; não sendo, deve o juiz procurar a colaboração de outros que se mostrem mais adequados[22]. A cooperação judiciária se apresenta como instituto adequado por meio do qual se efetive essa gestão da competência[23].

Nesse ponto, merece referência a decisão na qual o STJ entendeu que "A regra do art. 43 do CPC pode ser superada, sempre em caráter excepcional, quando se constatar que o juízo perante o qual tramita a ação não é adequado ou conveniente para processá-la e julgá-la"[24]. Esse acolhimento jurisprudencial da competência adequada, com referência expressa ao *forum non conveniens* representa um passo importante na modernização do sistema de competência do Direito brasileiro.

O art. 44 do CPC, por sua vez, estabelece que a competência é determinada pela Constituição Federal, o Código de Processo Civil, a legislação especial, as normas de organização judiciária e pelas constituições dos Estados. Dentre essas indicações, é relevante para este estudo a referência às "normas de organização judiciária" expressão mais abrangente que contempla disposição de hierarquia inferior à das leis.

Nesse sentido, por expressa autorização da Lei nº 10.772/03[25] os tribunais regionais federais têm condição de alterar localização, competência

---

coletivos multipolares e competências materiais distintas. **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 128/2020, Mar-Abr. p. 403-414, 2020. p. 407.

21 PEIXOTO, Ravi. O *forum non conveniens* e o processo civil brasileiro: limites e possibilidade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 279, maio 2018, P. 381-415, p. 384.

22 No estudo da competência adequada, Paula Sarno Braga ressalta: "A proposta é partir-se de Estados ou juízos abstrata e concorrentemente competentes (em conjunto e simultaneidade), a única exigência que se acresce é que, na eleição daquele que atuará em concreto, atente-se para o que seja mais propício e que esteja em melhores condições de dar adequado prosseguimento ao processo. Daí falar-se na busca de algo que corresponderia a um *appropriate or natural forum (*foro natural ou adequado)" (BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 219, maio 2013, p. 21).

23 LAMÊGO, Gustavo Cavalcanti. As transformações na garantia do juiz natural e suas implicações na cooperação judiciária nacional do CPC de 2015. **Revista dos Tribunais**, vol 1023.2021. Jan 2021, págs. 209-233, p. 214.

24 STJ, Processo em segredo de justiça, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Rel. para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, por maioria, julgado em 13/12/2023, DJe 18/12/2023. Divulgado no informativo "Edição Extraordinária nº 15" de 23 de janeiro de 2024.

25 Lei nº 10.772/03, Art. 6º Cada Tribunal Regional Federal decidirá, no âmbito de sua Região e mediante ato próprio, sobre a localização, competência e jurisdição das Varas ora criadas, as especializará em qualquer matéria e lhes transferirá a sede de um Município para outro, se isto

e jurisdição das varas. De modo similar, diversos tribunais de justiça alteram a competência de varas por meio de resoluções administrativas do Tribunal, baixadas com base nas respectivas leis de organização judiciária. O Supremo Tribunal Federal já declarou por diversas vezes que essa prática não afronta o princípio do juiz natural".[26]

Dessa constatação, dessume-se que a modificação de competência é suscetível de ser resultado de normas infralegais de natureza administrativa que regulam a organização judiciária, desde que devidamente respaldadas por autorização legal. Os atos de cooperação judiciária nacional se encaixam com tranquilidade nesse conceito[27].

Dada a complexidade das situações abrangidas pela cooperação judiciária, ela é capaz de assumir feições de atos tipicamente judiciais, em algumas manifestações, e, em outras, de verdadeiros atos administrativos de organização judiciária. É o que ocorre, por exemplo, em atos concertados que estabelecem parâmetros de distribuição de processos entre varas cooperantes, aplicável, portanto, a processos futuros[28].

Estes argumentos reforçam a base legal para a modificação de competência através da cooperação judiciária. Não se diga, todavia, que está é uma interpretação que força os limites textuais dos arts. 43 e 44 do CPC. A ligação da cooperação judiciária com esses dispositivos tem apenas

---

se mostrar conveniente aos interesses da Justiça Federal ou necessário à agilização da prestação jurisdicional, salvo quanto às sedes já fixadas no art. 1º desta Lei.

26 Nesse sentido: ARE 1369209 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 16/08/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 26-08-2022 PUBLIC 29-08-2022; ARE 1352428 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 06/12/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 14-12-2021 PUBLIC 15-12-2021; ARE 1215318 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 23/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 05-09-2019 PUBLIC 06-09-2019; HC 113018, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 13-11-2013 PUBLIC 14-11-2013.

27 MEIRELES, Edilton. Deslocamento de competência absoluta por cooperação judiciária. *In*: CABRAL. Antônio do Passo; DIDIER JR. Fredie. **Grandes temas do novo CPC**: cooperação judiciária nacional. v. 16. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 390 e 401. P. 390.

28 Como exemplos é possível citar as boas práticas do Repertório do Fórum Permanente de Processualistas – FPPC de nº 1 (Centralização de processos repetitivos para coordenar a liquidação do patrimônio de um devedor único em que não há juízo universal para o concurso de credores), nº 5 (Realização de ato concertado entre juízos de varas de família para possibilitar a reunião de todos os processos de competência dos juízos cooperantes que envolvam uma mesma entidade familiar perante o juízo para o qual for distribuída a primeira demanda, mediante compensação no sistema de distribuição) e nº 10 (Reunião de processos relativos a vícios construtivos em imóveis de um mesmo empreendimento do Programa "Minha Casa Minha Vida" com o objetivo de viabilizar a produção de provas e o julgamento conjunto das ações).

o propósito de demonstrar o caráter sistêmico do instituto no âmbito do CPC, mas não é indispensável para sua aplicação.

Analisando o rol exemplificativo de atos de cooperação judiciária listados no § 2.º do artigo 69 do CPC e a ampliação feita pelo art. 6º da Resolução n.º 350/20 do CNJ, percebe-se que vários destes objetos implicam, em algum nível, o compartilhamento de competências. Assim, para que seja possível a prática de atos processuais por juízes cooperantes, é necessário admitir que o reconhecimento da competência de um juiz para um processo não exclui necessariamente a atuação dos demais.

Isso pode ser observado especialmente no art. 69, II, do CPC que trata da cooperação judiciária por meio da reunião ou apensamento de processos. Ainda que não haja uma uniformidade na utilização desses termos, a reunião de processos efetiva-se por meio da remessa de causas para um mesmo juízo com o objetivo de que sejam processadas conjuntamente[29]. O apensamento, por sua vez, é o ato processual que consiste em vincular dois ou mais processos para tramitação simultânea. Em ambos os casos, os processos passam a tramitar, ainda que temporariamente, perante um mesmo juízo, mas nenhum dos processos reunidos ou apensados perde inteiramente a autonomia.

As referidas técnicas visam somente à aproximação das causas, para que a existência de uma não seja ignorada pela outra. Com isso, por exemplo, evitam-se a prolação de decisões conflitantes ou contraditórias, a repetição desnecessária de atos, ou possibilita-se a prática conjunta de atos comuns.

Quando se fala em reunião das ações propostas em separado, é natural associar a modificação de competência fundada unicamente em conexão ou continência; todavia, ainda que exista uma semelhança entre as técnicas processuais[30], a hipótese do artigo 69, II, não se confunde inteiramente com a do artigo 55, § 3.º. A modificação de competência por conexão e continência destina-se especificamente a evitar a prolação de decisões conflitantes ou contraditórias e exprime-se pela existência de identidade de pedido ou de causa de pedir.

Já a modalidade de cooperação judiciária ora estudada tem objeto e cabimento mais amplos. Assim, ela não está limitada às causas que possuem

29 AVELINO, Murilo Teixeira. Disposição de competência decisória por ato concertado entre juízes cooperantes. *In*: CABRAL. Antônio do Passo; DIDIER JR. Fredie. **Grandes temas do novo CPC**: cooperação judiciária nacional. v. 16. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 361.

30 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de Direito processual civil**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 170.

pedido ou às causas de pedir comuns. É utilizada para casos em que exista unicamente um vínculo de afinidade fática, jurídica ou operacional. Ela visa à realização de uma variedade de atos processuais com o objetivo de elevar a eficiência da prestação jurisdicional; por consequência, não objetiva unicamente evitar a prolação de decisões conflitantes ou contraditórias.

A reunião e o apensamento de processos são meios eficazes de realizar a cooperação judiciária, mas também são as modalidades que tendem a gerar mais dúvidas. Por esses meios, a mudança e o compartilhamento de competência alcançam sua maior dimensão, uma vez que um juiz ficará competente para conduzir os atos de processos que originalmente não estavam submetidos à sua competência[31].

Analisar o assunto sob a perspectiva do Princípio da Unidade da Jurisdição auxilia na percepção da harmonia desse instituto com os fundamentos do juiz natural. A prescrição fundamental extraída desse princípio da Unidade da Jurisdição é a de que dentro de um território soberano somente um sistema judiciário possui autoridade para julgar os conflitos de direito de modo definitivo.[32] Nessa perspectiva, o princípio é percebido sob a dimensão do poder estatal, de modo que o território brasileiro está abrangido pela jurisdição nacional, e só por ela.[33]

Existe outra dimensão deste princípio que merece ser ressaltada por sua relevância para este ensaio. Como a jurisdição é única, todos os órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, exercem o mesmo poder jurisdicional. Por mais óbvia e singela que pareça essa afirmação, é essa identidade que une todos os magistrados do País.

A divisão de competência é uma necessidade decorrente da própria organização do Estado. O estabelecimento de divisões de competência destina-se a facilitar o desempenho da jurisdição por meio da especialização. A divisão de competência, no entanto, não deve ser vista como fundamento para o isolamento dos órgãos jurisdicionais. Uma rígida fragmentação da

31 O artigo 28 da Lei de Execuções Fiscais já trazia uma disposição de natureza similar, autorizando a reunião de processos contra o mesmo devedor por conveniência da unidade da garantia da execução, hipótese em que os autos são redistribuídos ao Juízo da primeira distribuição. Essa possibilidade, assim como na cooperação do artigo 69, não é impositiva (STJ. S1 – Primeira Seção. REsp 1158766 RJ. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 8 set. 2010. *DJe*, 22 set. 2010).

32 CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 21.

33 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 314.

jurisdição nacional, em razão das regras de competência, traz consequências danosas à prestação jurisdicional. O Território Nacional, de dimensões continentais, e a estrutura jurisdicional ampla e complexa vivenciada no Brasil, tendem a potencializar essa fragmentação.

O princípio da unidade da jurisdição nacional destaca a necessidade do estreitamento da relação e interlocução dos órgãos do Poder Judiciário, pois só assim efetivamente se assegura a unidade. É imperativo que exista uma sinergia entre os integrantes do Poder Judiciário, por meio de atuações colaborativas no exercício da jurisdição. A cooperação judiciária possibilita exatamente essa reaproximação.

Com efeito, uma vez que o exercício da jurisdição, na prática, exija o concurso de vários órgãos do Poder Público, é preciso viabilizar que isso ocorra da melhor maneira, expressando a noção de unidade. As práticas de cooperação que materializem o esforço comum para o alcance de resultados convergentes devem ser fomentadas, evidenciando que os órgãos jurisdicionais compõem um sistema integrado.

4 A possibilidade de alteração da competência absoluta por cooperação judiciária

Compreendido que a competência é alterável por meio da cooperação judiciária, resta definir o alcance dessas mudanças. O problema mais intenso que se expressa nesse campo é se essa modificação é aplicável no âmbito das competências absolutas. Embora para a maioria a resposta instintiva seja negativa, uma análise mais aprofundada revela que a conclusão não é tão óbvia.

Na estruturação das competências, o ordenamento brasileiro bipartiu o sistema em competências absolutas e relativas, cada uma com um regime próprio. No contexto do sistema de competência absoluta, frequentemente, se faz referência a sua fundamentação em regras de interesse público, significando que essas normas têm primazia sobre as preferências das partes envolvidas na disputa. A intenção é enfatizar a importância dessas hipóteses de competência e estabelecer um sistema mais rigoroso de regras, o que proporciona maior segurança jurídica e mais estabilidade.

Apesar da convergência entre doutrina e jurisprudência quanto às características gerais do regime jurídico da competência absoluta, uma análise objetiva dos enunciados normativos sobre a competência no

Código de Processo Civil revela que a definição legal não é totalmente clara e explícita em relação a todos os elementos atribuídos desse sistema[34]. Isso sugere que, embora haja um entendimento comum sobre a matéria, existem áreas onde a lei não oferece uma orientação tão precisa, abrindo uma margem mais ampla para a interpretação.

O CPC faz referência expressa à incompetência absoluta em somente onze ocasiões, e oito delas tratam apenas dos limites para a alegação pelas partes (arts. 64, *caput* e § 1º; 337, I; 340; 525, § 1º, VI; 535, V; 917, V; 966, II). Outras duas ocorrências são a exceção à *perpetuatio jurisdictionis* (art. 43) e a natureza da competência do foro de situação da coisa na ação possessória imobiliária (art. 47, § 2º). Ainda que não indique expressamente se tratar de competência absoluta, normalmente, se atribui esse caráter ao art. 62, ao disciplinar que a competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função não será alterada por convenção das partes[35]. Outros aspectos são extraídos de uma interpretação a *contrario sensu* de dispositivos referentes à competência relativa, como a impossibilidade de modificação por conexão ou continência (art. 54).

Em síntese, essas são as regras expressas da competência absoluta no CPC. Como se percebe, muitos aspectos do regime da competência absoluta não decorrem de disposição expressa do texto da lei, mas de desdobramentos decorrentes de posições doutrinárias firmadas na interpretação destes dispositivos. No contexto dessas interpretações, não se aplica uma lógica de perenidade, o que significa que é viável reavaliar e aprimorar a compreensão ao longo do tempo, extraindo normas diferentes dos mesmos enunciados. Em síntese, mesmo considerando as definições legais, a competência absoluta permanece suscetível a debates e reflexões aprofundadas.

É importante desconstituir o mito de que os casos de incompetência absoluta não podem ser alterados. Existem várias hipóteses de alteração de competência absoluta prevista pelo próprio CPC, sobre as quais não se levantam críticas severas. É o que ocorre, por exemplo, na opção por juízos concorrentes para cumprimento de sentença (art. 516, p.ú.), no deslocamento de competência para julgamento de IAC e IRDR e na

34 AVELINO, Murilo Teixeira**.** Disposição de competência decisória por ato concertado entre juízes cooperantes. *In*: CABRAL. Antônio do Passo; DIDIER JR. Fredie. **Grandes temas do novo CPC**: cooperação judiciária nacional. v. 16. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 370.

35 AVELINO, Murilo Teixeira. Disposição de competência decisória por ato concertado entre juízes cooperantes. *In*: CABRAL. Antônio do Passo; DIDIER JR. Fredie. **Grandes temas do novo CPC**: cooperação judiciária nacional. v. 16. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 370.

federalização de casos (art. 109, V-A, CF/88). Assim, as hipóteses de alteração de competência absoluta por cooperação judiciária nacional, previstas nos arts. 67 a 69 do CPC, representam simplesmente outra hipótese de flexibilização legal, não sendo o único, tampouco o primeiro.

Para exemplificar alguns pontos desse debate, impõe-se examinar os limites da vedação prevista no art. 62 do CPC. O limite legal mencionado se aplica unicamente à pretensão de modificação da competência "por convenção das partes", sobre a qual não há dúvida[36]. Porém, é comum observar interpretações que estendem o alcance da norma transpondo o seu texto expresso, como se o art. 62 vedasse toda e qualquer mudança de competência absoluta[37]. Do enunciado, entretanto, não se extrai essa informação. Não há proibição expressa que impeça o próprio Judiciário de promover modificações na competência quando necessário.

Portanto, sendo a cooperação judiciária um ato praticado por juízes, não é possível extrair do art. 62 do CPC uma vedação à sua prática, mesmo no âmbito da competência absoluta[38]. A vedação prevista no art. 62, inclusive, é passível de ser interpretada *a contrario sensu*, no sentido de que as partes não podem, mas os juízes sim. Se a questão é o interesse público nas competências absolutas, os juízes teriam condição de tutelar esse interesse na modificação da competência.

Outra questão que se levanta diz respeito ao dever de o juiz realizar o controle de sua competência, razão pela qual o art. 64, § 1º, do CPC prevê que a incompetência absoluta deve ser declarada de ofício (*kompetenz-kompetenz*). Esse dispositivo também não implica a impossibilidade de modificar essa competência absoluta por cooperação judiciária, pois não aborda uma análise de eficiência fundada na definição da competência adequada.

Um último dispositivo que exige análise é o art. 54 que prevê que a competência relativa poderá modificar-se pela conexão ou pela continência,

---

36 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 713.

37 "Será absoluta a competência, quando não poder ser alterada ou prorrogada". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Código de Processo Civil Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 113).

38 Nesse sentido, Murilo Teixeira Avelino: "o art. 62 limita o autorregramento da vontade das partes para a alteração da competência. O ato concertado firmado entre sujeitos cooperantes que não são partes no processo não está abarcado pela norma que se pode extrair do preceito em comento". (AVELINO, Murilo Teixeira. Disposição de competência decisória por ato concertado entre juízes cooperantes. *In*: CABRAL. Antônio do Passo; DIDIER JR. Fredie. **Grandes temas do novo CPC**: cooperação judiciária nacional. v. 16. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 370).

de modo que, mais uma vez lendo *a contrario sensu*, a absoluta não poderia. O ponto é que esse dispositivo não trata da modificação de competência por cooperação judiciária, estando dirigida unicamente à conexão e à continência. Por consequência, o art. 54 do CPC também não impede que por cooperação seja modificada a competência absoluta.

Assim, pela interpretação de todas essas normas, é possível concluir que não há vedação legal expressa à alteração de competência absoluta para a prática de atos processuais por cooperação judiciária.

Exemplos pode ilustrar melhor a situação. Cogite-se a possibilidade de reunião de processos de execução movidos contra um mesmo devedor que tramitam na Justiça Estadual e na Justiça do Trabalho.[39] Nesse caso, não há motivo relacionado aos fundamentos da competência absoluta distintas que impeçam a prática de atos executórios de forma unificada, em face da inconteste elevação de eficiência nesses processos. Os benefícios da colaboração desse juízo são idênticos em casos de competências relativas e absolutas distintas.

Outro exemplo envolve demandas coletivas relacionadas áreas de riscos para carteiros da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT). Ocorre que se o caso envolver uma Ação Civil Pública ajuizada pela defensoria na defesa dos moradores da área em razão da interrupção do serviço, a competência será da Justiça Feral. Já se o caso for apresentado no bojo de ação coletiva, proposta pelo sindicado dos carteiros na defesa da sua segurança, a competência será da Justiça do Trabalho[40]. A área de

39 Fórum Permanente de Processualistas Civil (FPPC), "Enunciado nº 688 (art. 69) - Por ato de cooperação judiciária, admite-se a definição de um juízo para a penhora, avaliação ou expropriação de bens de um mesmo devedor que figure como executado em diversos processos, inclusive que tramitem em juízos de competências distintas".

40 Esse Exemplo foi apresentado por Fredie Didier Jr. E Hermes Zaneti Jr. No estudo da competência adequada, apresentando a seguinte solução: "A solução desse problema passa, então, pela adoção de algumas diretrizes: a) não se deve e nem se pode admitir a existência de decisões contraditórias; b) é preciso garantir a participação processual paritária dos interesses dos grupos em conflito, pouco importa onde as causas tramitem; c) o STJ já decidiu que, havendo continência entre ações coletivas que tramitam na Justiça Estadual e na Justiça Federal, é possível haver reunião dos processos na Justiça Federal (n. 489 da súmula do STJ; reunião de processos com mudança de competência material, como se vê); d) competência mais especializada pode prevalecer em relação a competência comum; e) grupo mais homogêneo (a perspectiva dos membros do grupo diante do conflito tende a ser a mesma ou ao menos muito parecida) e delimitado deve ser levado em consideração para a fixação da competência, relativizando a orientação anterior; f) seria necessária a observância da conveniência da adoção de práticas de cooperação judiciária para mais bem decidir essa espécie de conflito. Aplicadas essas diretrizes, o caso deveria ser resolvido pela Justiça do Trabalho, que deveria julgar "ambas" (na verdade, como se disse, é a mesma ação coletiva, ajuizada por entes diversos) as demandas coletivas: o grupo dos carteiros é mais bem delimitado e homogêneo e a Justiça do Trabalho é mais especializada". (DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Princípio da competência

intercessão de fatos e a comunhão de elementos probatórios revela um campo fértil para atos de cooperação judiaria, inclusive de modificação e compartilhamento de competências.[41]

Pelos fortes e relevantes fundamentos apresentados, nos associamos aos entendimentos de validade da modificação e do compartilhamento de competência absoluta por cooperação judiciária.[42-43]

Todavia, não se desconhece que o tema é complexo e o debate é intenso, não havendo sinal de uma confluência doutrinária sobre a matéria em um futuro próximo. Impende registrar que existem robustas posições em sentido contrário.[44-45-46] Os argumentos para a negativa são variados, perpassam a adoção da posição mais rígida das regras de competência

adequada, conflitos coletivos multipolares e competências materiais distintas. **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 128/2020, Mar-Abr. p. 403-414, 2020. p. 409/410).

41 Examinando exatamente esse exemplo, analisa Murilo Avelino: "Seja para a produção de prova comum, seja para a reunião de processos ou quaisquer objetos ou atos em cooperação, a concertação é um instrumento hábil a fazer a adequação na definição do juízo competente. (AVELINO, Murilo Teixeira. Disposição de competência decisória por ato concertado entre juízes cooperantes. *In*: CABRAL. Antônio do Passo; DIDIER JR. Fredie. **Grandes temas do novo CPC**: cooperação judiciária nacional. v. 16. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 369).

42 Já Edilton Meireles, entende que é possível o deslocamento de competência absoluta não apenas para questões incidentais (Deslocamento de competência absoluta por cooperação judiciária, *In*: CABRAL. Antônio do Passo; DIDIER JR. Fredie. **Grandes temas do novo CPC**: cooperação judiciária nacional. v. 16. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 389-410).

43 Thaís Amoroso Paschoal entende que mantida a imparcialidade do juízo, também é possível alteração de competência absoluta (**Coletivização da prova** [livro eletrônico]: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-2.15).

44 "Sem essa autorização expressa para o ato concertado, é difícil dogmaticamente sustentar diante de uma previsão legislativa tão singela, um efeito jurídico (modificação de competência absoluta) sempre previsto de modo raro e claro pelo legislador" (DIDIER JR, Fredie. **Cooperação judiciária nacional**: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro (arts. 67-69, CPC). Salvador: Juspodivm, 2020, p. 100).

45 "A princípio nos parece que apenas a competência para julgamento em razão do valor e da territorialidade poderiam ser alteradas sob pena de violação de regras constitucionais expressas e de ultrapassar os limites dos negócios jurídicos processuais que não podem tratar de matéria indisponível. É o caso da competência para julgar crimes de corrupção e lavagem de dinheiro conexos a crimes de caixa dois, hipótese em que o STF definiu a competência da justiça eleitoral e que não poderiam por ato concertado ter a competência alterada para a Justiça Federal. A reflexão ainda está pouco madura e demanda maior aprofundamento" (FERREIRA, Gabriela Macedo. O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o direito brasileiro. **Civil Procedure Review**, v. 10, n. 3, set.-dez. 2019. p. 44-45).

46 Há um consenso na doutrina segundo o qual a reunião de processos deve ocorrer entre juízes da mesma competência relativa, sendo incabível em se tratando de competência absoluta, uma vez que, nem por convenção das partes, é admissível a mudança de competência em razão da matéria, da pessoa ou da função (CPC, art. 62). (COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. A cooperação judiciária como técnica de gestão processual para a modificação de competência visando evitar decisões conflitantes. **Research, Society and Development**, v. 10, n. 4, e 42510414197, 2021, p. 15).

absoluta, a preocupação com a insegurança que a flexibilização pode gerar e a ausência de norma expressa a autorizar a modificação de competência absoluta. Essas ponderações não podem ser simplesmente ignoradas, mas, ao contrário, exigem atenção cuidadosa e avaliação dos argumentos para o desenvolvimento mais maduro da questão.

5 A necessidade de definição de critérios para a alteração da competência na cooperação judiciária e a inspiração em elementos do *Multidistrict Litigation*

Compreender que é possível alterar a competência relativa e absoluta por meio da cooperação judiciária não implica que essa mudança possa ser realizada de maneira indiscriminada. O juízo escolhido para praticar os atos processuais indicados, decidir uma questão incidental ou até mesmo o próprio mérito, não pode se basear em meros instintos ou suposições dos envolvidos. A avaliação da competência adequada pelos juízes cooperantes deve se afastar do subjetivismo e da discricionariedade, sendo orientada por critérios objetivos.

Atualmente, não existem parâmetros objetivos estabelecidos para orientar essa atuação. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro tende a adotar regras mais rígidas no campo da competência, visando reduzir a amplitude interpretativa e as incertezas relacionadas a essas questões. A ausência de um procedimento claro e de critérios mínimos gera insegurança em uma área sensível. Portanto, é essencial refletir sobre possíveis parâmetros que eliminem ou minimizem as dúvidas envolvidas.

Organizando melhor o problema, para que se possa garantir a impessoalidade da imparcialidade na alteração da competência por cooperação judiciária, duas questões principais precisam ser definidas: quais processos serão remetidos e qual juízo reunirá as demandas.

O primeiro ponto não revela complexidade tão elevada. É necessário estabelecer quais processos terão sua competência alterada para reunião ou apensamento. Essa definição deve ser orientada pela utilidade prática e pelo ganho de eficiência resultante da reunião. Com base no objeto concreto da cooperação, é preciso determinar quais processos realmente vão ser beneficiados pela reunião ou apensamento.

Embora a concordância das partes não seja um critério indispensável para a reunião ou apensamento dos processos, sua manifestação prévia é relevante para garantir uma compreensão mais ampla das questões e dos

interesses envolvidos nos conflitos. Portanto, é importante que as partes sejam intimadas para se manifestar sobre a reunião ou o apensamento dos processos (art. 6.º do CPC c/c arts. 3º, 5º, V, 8º, §§ 3º e 4º e 9º da Res. N.º 350/2020 do CNJ).

Outro aspecto a ser considerado na decisão de reunião dos processos está relacionado à fase de processamento em que se encontram as demandas. Isso ocorre porque a reunião de processos em estágios de desenvolvimento muito distintos é capaz de resultar em atrasos indevidos na conclusão daqueles que já estavam em estágio mais avançado, o que vai de encontro à essência do instituto. Por exemplo, em alguns casos a reunião pode se mostrar útil na fase instrutória em decorrência da identidade de elementos fáticos a serem provados, mas é possível que não seja conveniente na fase decisória, por envolver relações jurídicas de bases distintas. Logo, só a análise das particularidades do caso concreto poderá revelar a conveniência.

O segundo ponto é mais delicado, mas não intransponível. A seleção do juízo onde as causas serão reunidas deve ser guiada, tanto quanto possível, por critérios prévios e objetivos. A cooperação judiciária não deve servir de instrumento para que o juiz selecione o processo que tencione julgar, nem para que as partes escolham o julgador, pois isso implicaria a violação dos preceitos mais fundamentais do princípio do juiz natural[47].

Como não existem parâmetros definidos na legislação para a escolha do juízo mais adequado, é preciso estabelecer um formato compatível com o princípio do juiz natural. Um modelo que pode servir de inspiração para a construção de uma solução nacional é *multidistrict litigation*[48]. Trata-se de procedimento instituído nos Estados Unidos, desde a década de 1960, para possibilitar a centralização de ações cíveis envolvendo uma ou mais questões de fato comuns pendentes em diferentes distritos[49].

Não se defende aqui que esse sistema seja perfeito ou que deva ser completa e acriticamente transposto para a realidade brasileira. Trata-se de um modelo com virtudes e um nível de maturidade de onde podem ser

47 RIBEIRO, Moacir. **Cooperação Judiciária Nacional**: o(s) dever(es) de engajamento e a relação jurídica processual entre juízos. Londrina: Thoth, 2023, p. 145.

48 ZANETTI, Giulia; PASCHOAL, Thaís Amoroso. Por um tratamento eficiente da prova: notas sobre o multidistrict litigation enquanto técnica coletiva de gestão de processos. **Revista Eletrônica de Direito Processual –REDP**. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 1. Janeiro a Abril de 2021, p. 409-428. p. 420.

49 Legislação dos EUA sobre Multidistrict litigation: 28 U.S. Code § 1407 (acesso em: https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-1999-title28-section1407&num=0&edition=1999).

extraídas lições relevantes para a elaboração de uma solução local. Embora seu propósito não seja idêntico ao da cooperação judiciária, existem similaridades que permitem a associação de alguns de seus elementos, como a definição do juízo que realizará o ato processual por meio da cooperação.

Nesse processo, uma vez concluídas as etapas preliminares, os casos deverão ser enviados para o juízo específico que conduzirá os processos. Essa decisão compete ao *Judicial Painel of Multidistrict Litigation*, um órgão administrativo colegiado formado por um grupo de sete juízes nomeados pelo Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos[50].

O primeiro ponto relevante que pode ser observado no *multidistrict litigation* é a existência de um órgão responsável pela decisão de quem será o juízo competente[51]. Atualmente, no sistema brasileiro não há qualquer definição nesse sentido.

De acordo com o CPC e com a Resolução nº 350/2020 do CNJ, as cooperações judiciárias são formuladas pelos próprios magistrados responsáveis pelos processos envolvidos na cooperação, sendo entre eles deliberado o juízo que conduzirá a prática do ato processual ou julgamento da causa, após viabilizar a manifestação das partes.

Esse formato não é um problema em si, funcionando bem na maioria dos casos, conforme observado até o momento[52]. Isso ocorre principalmente quando há consenso entre os juízos envolvidos e o consentimento ou a ausência de impugnação por parte dos envolvidos nos processos. O acompanhamento ou a participação direta do Núcleo de Cooperação, da Corregedoria, da Presidência, ou de outros órgãos da administração judiciária tende a reduzir divergências e mitigar riscos.

Todavia, podem surgir dúvidas ou divergências. Devido à complexidade das questões envolvidas, é possível que não se alcance um consenso entre os juízos cooperantes sobre qual deles deve centralizar as

---

50 "The statute provides that the decision to transfer—and the determination of the transferee judge—be made by the Judicial Panel on Multidistrict Litigation, a group of seven judges appointed by the Chief Justice of the United States. Decisions by the Panel to transfer may be reviewed only by extraordinary writ; decisions to deny transfer may not be reviewed at all". (BRADT, Andrew D. The long arm of multidistrict litigation. **Wm. & Mary L. Rev.**, v. 59, p. 1165, 2017. p. 1205).

51 ALFF, Hannah Pereira. **Gestão judiciária e técnicas do processo agregado**: aportes para aprimoramento da tutela jurisdicional coletiva. Londrina, PR: Thoth, 2021.

52 Uma relevante referência das experiências bem-sucedidas é o Repertório de boas práticas processuais brasileiras do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). (https://www.academia.edu/116471810/XIII_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Bras%C3%ADlia_2024_Nota_dos_organizadores)

demandas, ou que uma das partes alegue a incompetência do juízo. Para esses casos, o sistema ainda apresenta lacunas.

Na linha do *Multidistrict Litigation*, mostra-se conveniente que os tribunais atribuam a competência para deliberar sobre a matéria a algum de seus órgãos fracionários.[53] Embora isso possa elevar a complexidade da matéria para alguns casos, essa solução pode evitar impasses e reduzir a insegurança quanto à competência[54]. Essa atribuição poderia, por exemplo, ser disciplinada nos regimentos internos dos tribunais, seguindo uma lógica semelhante à utilizada para estabelecer a competência em conflitos de competência. Trata-se de uma mudança viável e de implementação relativamente simples, que pode trazer maior clareza e segurança ao procedimento.

Observe-se que os Núcleos de Cooperação Judiciária dos tribunais não possuem tal atribuição, competindo-lhes apenas "sugerir diretrizes gerais, harmonizar rotinas e procedimentos de cooperação, consolidar os dados e as boas práticas junto ao respectivo tribunal" (art. 17 da Resolução nº 350/2020 do CNJ).

A natureza essencialmente consensual da cooperação judiciária revela uma predisposição para prevenir ou superar situações de conflito de competência[55]. Contudo, é certo que isso nem sempre será possível. Nesses casos, os artigos 951 a 959 do CPC de fato podem oferecer um caminho. Embora o conflito de competência, tal como descrito no CPC, não tenha sido pensado especificamente para abranger divergências oriundas de atos de cooperação judiciária, sua aplicação é viável, ao menos para uma parte das manifestações derivadas de cooperação judiciária[56].

---

53 No estudo da Função do Judicial Panel of Multidistrict Litigation, Bruno Marzullo Zaroni ressalta que "É de competência do JPML deferir a formação do MDL e escolher o juiz que coordenará as demandas. Estas podem ser consolidadas em qualquer juízo, o que pode abranger, inclusive, um órgão jurisdicional em que não tramite qualquer das ações relacionadas com o MDL". (ZARONI, Bruno Marzullo. **Multidistrict Litigation**: a Experiência Norte-Americana na Tutela dos Interesses de Massa. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_25632222_MULTIDISTRICT_LITIGATION_A_EXPERIENCIA_NORTE_AMERICANA_NA_TUTELA_DOS_INTERESSES_DE_MASSA.aspx. Acesso em: 30 de maio de 2019).

54 RIBEIRO, Moacir. **Cooperação Judiciária Nacional**: o(s) dever(es) de engajamento e a relação jurídica processual entre juízos. Londrina: Thoth, 2023, p. 105.

55 Enunciado n.º 712 do FPPC. (arts. 67 a 69, 66, 951-959) A cooperação judiciária pode servir para prevenir ou resolver conflitos de competência.

56 O anteprojeto de lei do Processo Estrutural no Brasil elaborado pela Comissão de juristas responsável pela elaboração de prevê expressamente a utilização do conflito de competência para divergências sobre reunião e centralização de processos. É o que se observa na seguinte proposta de dispositivo: "Art. 3º, § 3º Havendo divergência entre os juízos acerca da reunião, centralização ou distribuição de processos que devam tramitar em conjunto, aplicam-se os arts. 951 a 959 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)".

Definir o mecanismo de processual é um passo importante, mas para o objeto de estudo ora desenvolvido não é o aspecto principal. Seja por meio do conflito de competência ou de outro mecanismo processual que se revele adequado, é fundamental destacar que esses instrumentos regulam apenas aspectos formais. Todavia, o mérito da fundamentação não é determinado pelo procedimento, mas pelas regras que orientam a definição da competência e dessa forma deve estar alinhada aos fundamentos da cooperação judiciária.

Dessa foram, o próximo aspecto a ser desenvolvido é o fundamento a ser utilizado para motivar a escolha do juízo que praticará os atos em face da cooperação, seja no ato de cooperação firmado pelos próprios magistrados cooperantes ou na decisão de um órgão colegiado no julgamento de provocações decorrentes de divergências ou impugnações.

A adequação e a eficiência são fundamentos apropriados para a definição do juízo, mas são parâmetros demasiadamente abertos e, isoladamente, incapazes de proporcionar uma persuasão racional. Para garantir uma fundamentação adequada das definições de mudança de competência por cooperação judiciária, é essencial que esses conceitos gerais sejam detalhados em critérios mais específicos, que expliquem pormenorizadamente por que o juízo indicado é o mais adequado e eficiente.

Mais uma vez a experiência do *Multidistrict Litigation* pode servir de orientação. O regramento normativo desse sistema não preestabelece critérios fixos que devem ser abordados na fundamentação da decisão do Painel sobre a escolha do juízo que irá centralizar os casos[57]. Logo, ele admite um nível de abertura quanto aos fatores e aos pesos relativos de cada um nas decisões de *Judicial Painel of Multidistrict Litigation*[58].

No entanto, para garantir uma fundamentação adequada, não é necessário estabelecer uma espécie de formulário com um checklist a ser analisado e preenchido pelos integrantes do Painel, seguindo um

57 "Despite this interest, substantial uncertainty remains regarding the factors that influence the JPML and the relative weight of those factors in the selection of a transferee district and judge". (RICHARDS, Daniel A. An Analysis of the Judicial Panel on Multidistrict Litigation's Selection of Transferred District and Judge. **Fordham L. Rev**., v. 78, p. 311, 2009. p. 318).

58 "The JPML invokes a variety of factors in selecting the transferee district. But here again, the JPML has articulated no formula or standard for selecting the district court. Depending on the case, the JPML may be persuaded by a single factor or a confluence of factors, and factors that might be pivotal in one CDM may be given little or no weight in another". (KLONOFF, Robert. The Judicial Panel on Multidistrict Litigation: The Virtues of Unfettered Discretion. **UMKC Law Review**, v. 89, n. 4, 2021. p. 1009).

padrão rígido quase aritmético de motivação. A própria complexidade das questões envolvidas dificulta uma abordagem exaustiva preliminar que poderia limitar a apreciação das peculiaridades de cada situação. Por exemplo, em alguns casos, uma série de fatores pode assumir relevância similar para a decisão, mas em outros, um ou poucos argumentos podem ganhar proeminência diante das características específicas dos casos.

A definição clara dos atos a serem realizados na cooperação é indispensável para estabelecer os eixos principais da fundamentação. Por exemplo, se a reunião se destina à produção de provas, argumentos relacionados ao domicílio do maior número de testemunhas ou ao local do objeto da prova técnica serão critérios mais relevantes. Por outro lado, se o objetivo for estimular uma composição amigável, o domicílio das partes será um fator determinante, facilitando o contato com os envolvidos.

A falta de critérios fixos não significa ser impossível um desenvolvimento dogmático, o que pode ocorrer com a indicação de fundamentos relevantes pela experiência de casos anteriores, que vão sendo paulatinamente estruturados na doutrina e na jurisprudência para auxiliar o juiz na análise dos casos[59]. Estes aspectos devem estar sempre baseados na maior eficiência da prestação jurisdicional, procurando o juízo que reúna as melhores condições para a efetivação do ato objeto da cooperação[60].

Os fundamentos utilizados nas decisões proferidas pelo *Judicial Panel on Multidistrict Litigation* são bastante variados. Alguns estudos chegam a identificar até dezesseis categorias de argumentos utilizados.[61]

---

59 ZARONI, Bruno Marzullo. Multidistrict Litigation: a Experiência Norte-Americana na Tutela dos Interesses de Massa. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_25632222_MULTIDISTRICT_LITIGATION_A_EXPERIENCIA_NORTE_AMERICANA_NA_TUTELA_DOS_INTERESSES_DE_MASSA.aspx. Acesso em: 11 de fevereiro de 2024.

60 Nesse sentido, estão as lições de Antonio do Passo Cabral: "Esse controle deverá levar em conta diversos fatores que, combinados, apontarão qual juízo é o mais apropriado para conduzir e julgar o processo. De acordo com o que aqui se sustenta, esses parâmetros devem incorporar o exame das capacidades institucionais, ou seja, devem possibilitar uma comparação empírica, considerando variáveis estruturais e funcionais à luz de indicadores comprováveis e casuisticamente verificados" (CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 483).

61 "The factors that the JPML cites fall into sixteen categories: significant pretrial progress of an action pending in the transferee district, the docket conditions or resources of the transferee judge or district, the location of the first-filed action, the geographic centrality or proximity of the transferee district to the filed actions, the concentration of the actions between or among district courts, the concentration of potential tag-along actions between or among district courts, the proximity of the transferee forum to relevant documents or potential witnesses, the location of related court proceedings, the general experience of the transferee judge, the experience of the transferee judge due to presiding over one of the constituent actions, the familiarity of the transferee judge with the factual or legal issues in the MDL due to presiding

Um primeiro e mais relevante argumento que pode ser destacado é a manifestação das partes. Se há um acordo entre os envolvidos em favor de um juízo, esse fator não pode ser ignorado. Na experiência do *Multidistrict Litigation* a preferência das partes é um fator significativo na deliberação, de modo que quando há acordo sobre o juízo é muito provável que o *Judicial Painel of Multidistrict Litigation* acolha a indicação[62]. Importante observa que a Resolução nº 350/2020 do CNJ prevê hipóteses amplas de diálogo com as partes (art. 3º, 5º, V, 8º, §§ 3º e 4º e 9º) o que pode favorecer a formação do entendimento.

É necessário distinguir dois grupos de argumentos. Primeiramente, quando se trata de uma mudança de local, é preciso definir qual seria o mais conveniente. Essa definição pode ser embasada em critérios como o lugar onde: I) as partes residem; II) se encontram os documentos; III) residem as testemunhas; IV) a perícia deva ser realizada; IV) se encontram a maioria das ações em trâmite; V) se encontram a maior parte das ações em estágio mais avançado; VI) se tenha uma centralidade ou proximidade com a maior parte dos locais envolvidos; entre outros.

O influxo do exercício do direito de ação e do contraditório é um fator decisivo, pois o deslocamento de um processo para comarcas ou subseções judiciárias muito distantes das originárias traz o perigo de comprometer o exercício desses direitos pelas partes dos processos envolvidos na cooperação. Assim, sempre que possível, deve-se prestigiar o foro no qual reside a maioria das partes ou aquele para o qual o deslocamento seja mais fácil.

Quando fatores pesarem mais na equação, os obstáculos eventualmente criados com o deslocamento do processo são minimizáveis,

---

over a previous action involving similar issues, the preferences of the parties, the proximity of the transferee district to the operations or residence of a party to the action, the proximity to an important third party, the accessibility of the transferee district court, and the proximity of the transferee district to the conduct or event at issue". (RICHARDS, Daniel A. An Analysis of the Judicial Panel on Multidistrict Litigation's Selection of Transferred District and Judge. **Fordham L. Rev**., v. 78, p. 311, 2009. p. 321-322).

62 "The ultimate choice of the forum in which large-scale cases will be litigated seems to be increasingly in the unconstrained hands of the Panel, and not the plaintiffs. This reliance on MDL as the primary vehicle for aggregation makes it particularly important to know how plaintiffs and defendants fare before the Panel when they argue over where and before whom a new MDL should be heard. […] Based on a study of every MDL for a five-year period (2012-2016), we find that party preferences are meaningful for the selection of MDL districts. When plaintiffs and defendants agree on a preferred district, that district is very likely to be the eventual location of the MDL". (CLOPTON, Zachary D.; BRADT, Andrew D. Party Preferences in Multidistrict Litigation. **California Law Review**, v. 107, n. 6, p. 1713-1752, 2019, p. 1734)

por exemplo, com a dilação de prazos processuais (art. 139, VI, do CPC) ou com a maior antecedência no agendamento de atos que exijam comparecimento das partes.

Estabelecida a comarca ou a sessão judiciária, o próximo passo é definir o juízo competente. Quando não há distinção significativa entre os juízos do mesmo território, pode-se proceder com uma simples distribuição aleatória. No entanto, em muitos casos, é necessária uma abordagem mais específica, que pode ser baseada em critérios como: I) estruturas física e de pessoal da unidade jurisdicional; II) estatísticas de produtividade relativas a volume de processos pendentes, casos novos e tempo médio de tramitação; III) experiência do magistrado em casos similares; IV) formação acadêmica específica sobre a matéria central do debate V) perfil geral de eficiência e organização gerencial de processos; entre outros.

No passado, considerar tantos elementos poderia ser complicado, mas atualmente a avaliação objetiva desses critérios tornou-se mais simples. A administração dos tribunais conta com informações estruturadas sobre praticamente todas essas questões, muitas vezes dispondo de painéis gerenciais que oferecem uma visão comparativa, organizada e didática dos indicadores relevantes. O Conselho Nacional de Justiça realiza um monitoramento rigoroso dessas informações, utilizando dados e filtros parametrizados, o que resulta em uma avaliação cada vez mais precisa e assertiva.

Essa análise é relevante, pois de nada adiantará reunir os processos em um juízo altamente congestionado, com um grande acervo processual pendente de julgamento, uma elevada taxa de casos novos, histórico de produtividade abaixo da média, estrutura física precária e com força de trabalho insuficiente, entre outros fatores[63]. Se o objetivo principal é aumentar a eficiência, uma unidade nessas condições estaria indo na direção oposta.

Os aspectos relacionados ao próprio magistrado ou aos magistrados encarregados da condução dos processos também podem ser avaliados de maneira objetiva, mediante consulta aos registros funcionais e dados disponíveis nas escolas de magistratura, por exemplo. Um procedimento semelhante já é adotado para aferição em casos de promoções por merecimento, o que evidencia a disponibilidade dessas informações.

---

63 "Some courts are more likely to receive proceedings than others and not all proceedings bring the same size burden to transferee courts and judges". (WILLIAMS, Margaret S. **The effect of multidistrict litigation on the federal judiciary over the past 50 years**. Ga. L. Rev., v. 53, p. 1245, 2018).

Como observado, essa questão delicada envolve uma equação composta por muitas variáveis possíveis, o que impede a aplicação de uma regra rígida. No entanto, é viável construir uma fundamentação adequada que aborde de maneira clara e racional quais critérios devem ser ponderados e o peso atribuído a cada um deles. Isso deve ser feito de forma completa e específica, pois a inclusão ou exclusão de um único ponto pode ser um fator determinante para alterar a conclusão, dando a impressão de objetividade quando, na realidade, está-se apenas ajustando o método ao resultado preestabelecido.

6 Conclusão

A tradicional compreensão rígida, hermética e exclusiva das regras de competência, pela qual um juiz é responsável exclusivo por todos os atos do processo, já não atende integralmente à demanda moderna, diante do avanço do processo judicial eletrônico, que possibilita uma comunicação mais ágil e amplia o acesso à informação.

A modernização do sistema judiciário e a necessidade de eficiência na gestão processual destacam a importância de uma abordagem mais sofisticada das regras de competência. A revisão do entendimento tradicional, alinhada aos princípios da competência adequada e da eficiência, enseja melhor adaptação às demandas atuais da sociedade.

A cooperação judiciária surge como instituto processual propício para esse aprimoramento, pois expande as oportunidades e simplifica as interações dos órgãos judiciais, visando à realização mais eficiente dos atos processuais. Por meio dela é possível o compartilhamento e a alteração de competência para a prática dos mais diversos atos processuais, inclusive para o próprio julgamento da demanda, reforçando a necessidade de sinergia entre os integrantes do Poder Judiciário para assegurar a unidade da jurisdição nacional.

Uma análise mais cuidadosa das normas relacionadas à competência absoluta permite concluir que a restrição à sua alteração não é tão rígida quanto se costuma defender, com hipóteses previstas no próprio CPC, demonstrando certa flexibilidade no sistema legal. Assim, até mesmo no âmbito da competência absoluta, é viável a alteração por cooperação para garantir maior eficiência processual.

O tema, nesse ponto, suscita debates intensos. Manifestações favoráveis à flexibilização da competência absoluta destacam a potencial

eficiência e a adaptabilidade do sistema judicial, mas há também robustos argumentos contrários, baseados na insegurança jurídica e na ausência de norma expressa autorizando a modificação da competência absoluta.

É crucial que o sistema judiciário brasileiro refine seus critérios para designar o juízo competente em casos de cooperação judiciária, de modo a manter a segurança jurídica exigida nesse campo. Uma inspiração possível para a construção de uma modelo nacional é o *Multidistrict Litigation*, que desenvolveu uma bordagem flexível e fundamentada na designação do juízo competente.

Referências

ALFF, Hannah Pereira. **Gestão judiciária e técnicas do processo agregado**: aportes para aprimoramento da tutela jurisdicional coletiva. Londrina, PR: Thoth, 2021.

AVELINO, Murilo Teixeira. Disposição de competência decisória por ato concertado entre juízes cooperantes. *In*: CABRAL. Antônio do Passo; DIDIER JR. Fredie. **Grandes temas do novo CPC**: cooperação judiciária nacional. v. 16. Salvador: Juspodivm, 2021.

BRADT, Andrew D. The long arm of multidistrict litigation. **Wm. & Mary L. Rev.**, v. 59, p. 1165, 2017.

BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 219, maio 2013

CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2023

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CLOPTON, Zachary D.; BRADT, Andrew D. Party Preferences in Multidistrict Litigation. **California Law Review**, v. 107, n. 6, p. 1713-1752, 2019.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. A cooperação judiciária como técnica de gestão processual para a modificação de competência visando evitar

decisões conflitantes. **Research, Society and Development**, v. 10, n. 4, e 42510414197, 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Código de Processo Civil Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

DIDIER JR, Fredie. **Cooperação judiciária nacional**: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro (arts. 67-69, CPC). Salvador Juspodivm, 2020.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Princípio da competência adequada, conflitos coletivos multipolares e competências materiais distintas. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 128/2020, mar./abr. p. 403-414, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

DOURADO, Gabriel Peixoto. O Modelo de Regras Processuais Europeias de 2020 e o CPC/15: Entre Pontos de Convergência e Omissões em Torno da Gestão de Competência. **Revista ANNEP de Direito Processual**, v. 3, n. 1, Art 118, 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria geral do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

FERREIRA, Gabriela Macedo. O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o direito brasileiro. **Civil Procedure Review**, v. 10, n. 3, set./dez. 2019.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KLONOFF, Robert. The Judicial Panel on Multidistrict Litigation: The Virtues of Unfettered Discretion. **UMKC Law Review**, v. 89, n. 4, 2021.

LAMÊGO, Gustavo Cavalcanti. As transformações na garantia do juiz natural e suas implicações na cooperação judiciária nacional do CPC de 2015. **Revista dos Tribunais**, v. 1023.2021, p. 209-233, jan. 2021.

MEIRELES, Edilton. Deslocamento de competência absoluta por cooperação judiciária. *In*: CABRAL. Antônio do Passo; DIDIER JR.

Fredie. **Grandes temas do novo CPC**: cooperação judiciária nacional. v. 16. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 390 e 401.

PASCHOAL, Thaís Amoroso. **Coletivização da prova** [livro eletrônico]: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PEIXOTO, Ravi. O *forum non conveniens* e o processo civil brasileiro: limites e possibilidade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 279, maio 2018.

RIBEIRO, Moacir. **Cooperação Judiciária Nacional**: o(s) dever(es) de engajamento e a relação jurídica processual entre juízos. Londrina: Thoth, 2023.

RICHARDS, Daniel A. An Analysis of the Judicial Panel on Multidistrict Litigation's Selection of Transferred District and Judge. **Fordham L. Rev**., v. 78, p. 311, 2009.

ZARONI, Bruno Marzullo. **Multidistrict Litigation**: a Experiência Norte-Americana na Tutela dos Interesses de Massa. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_25632222_MULTIDISTRICT_LITIGATION_A_EXPERIENCIA_NORTE_AMERICANA_NA_TUTELA_DOS_INTERESSES_DE_MASSA.aspx. Acesso em: 11 de fevereiro de 2024.

WILLIAMS, Margaret S. **The effect of multidistrict litigation on the federal judiciary over the past 50 years**. Ga. L. Rev., v. 53, p. 1245, 2018.

ZANETTI, Giulia; PASCHOAL, Thaís Amoroso. Por um tratamento eficiente da prova: notas sobre o multidistrict litigation enquanto técnica coletiva de gestão de processos. **Revista Eletrônica de Direito Processual –REDP**, Rio de Janeiro, n. 15, v. 22, p. 409-428, jan./abr. 2021.

Capítulo 25

O Novo Espaço Público na Era da Informática e a Responsabilidade Democrática das Plataformas Digitais

Raquel Cavalcanti Ramos Machado[1]

1 Introdução

Há milênios, a humanidade tem a sua disposição as praças e os espaços públicos, para a realização da política. Basta voltar o olhar para o berço da democracia, por volta de 510 A.C, e lembrar de lugares como Ágora e Pnyx atenienses e, desde então, deixar passar a imagem como um filme no pensamento, recordando as inúmeras revoluções que foram planejadas e vivenciadas em ruas e praças, até as grandes manifestações da Primavera Árabe, em dezembro de 2010 e outros que ainda se seguem, como o reprovável evento de 8 de janeiro de 2022, no Brasil. Nesses lugares, não apenas revoluções foram testemunhadas, como também serviram de espaço para atos diversos do diálogo político.

A Primavera Árabe é um momento histórico relevante, não apenas pela vivência da política por multidões em praças públicas, mas porque ela simboliza o diálogo potente entre o meio digital e o real, na ebulição de movimentos sociais. Desde o final do século XX e o início do século XXI, de fato, apesar de as praças e os espaços públicos físicos continuarem existindo, a política passou a ser realizada sob forte influência da comunicação digital, como páginas na internet, redes sociais e aplicativos de mensagem. Essa

1 Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo, mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará, graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará. É professora da Universidade Federal do Ceará e advogada. Professora pesquisadora convidada da Faculdade de Direito da Universidade Paris Descartes. Professora pesquisadora convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Firenze. Professora visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Pisa. Coordenadora do grupo de pesquisa e extensão Ágora, educação para a cidadania: denúncia e esperança. Membro do Instituto Cearense de Direito Administrativo (ICDA); Membro do Instituto Cearense de Direito Eleitoral (ICEDE). Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB. Coordenadora da Área Acadêmica da Transparência Eleitoral Brasil. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Política (ABRADEP). Integrante do Observatório de Violência Política contra a Mulher. Integrante do Instituto Parla.

transformação fez com que não apenas os atores clássicos da comunicação social, como políticos, cidadãos, governos, jornalistas e conglomerados jornalísticos continuassem a atuar sob a forma digital, mas o próprio espaço de vida disponibilizado e o diálogo político se modificaram. Tal alteração demanda reflexões sobre o novo lugar da política, e sobre novos personagens na interação democrática, no caso, as plataformas digitais, que gerem o espaço digital.

De fato, a comunicação nos espaços digitais redesenha a democracia sob vários aspectos demandando atualização de classificações jurídicas (como de bem público e privado), da elaboração e da aplicação de normas jurídicas, com responsabilidades diferenciadas para todos os que podem interagir nesse ambiente.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por fim analisar a natureza do espaço digital e o papel e a responsabilidade democrática das plataformas digitais. A pesquisa terá por centro as plataformas digitais privadas, tendo em vista eventos ocorridos recentemente no Brasil, assim como o marco regulatório brasileiro até agora existente, mais especificamente em matéria eleitoral. A metodologia é dedutiva e tem como elemento de pesquisa fontes bibliográficas, documentais e normativas.

Esse tema foi pensado para o trabalho que comporá essa obra em homenagem ao professor, literato e desembargador Fernando Ximenes, não apenas por ser objeto de estudo contínuo de nossas pesquisas, mas porque ele é afeito ao Direito Constitucional, que inclusive ganha um novo objeto de estudo o "Direito Constitucional Digital". Além disso, centra-se na preocupação em garantir o respeito ao interesse público e à função pública, para além dos interesses privados e econômicos, preocupação que tem pautado a atuação do desembargador Fernando Ximenes iluminada por seu espírito republicano.

2 O "novo espaço público" e as plataformas digitais

Muitas páginas na internet, e redes sociais estão à disposição dos usuários sem que seja necessário pagar por elas. Nas redes sociais, por sua vez, perfis também estão abertos sem que o pagamento seja uma condição para o acesso ao conteúdo. Igualmente, inúmeros aplicativos de mensagens como *Whatsapp* e *Telegram* são disponibilizados sem exigência de pagamento. A depender do caso, a remuneração advém da publicidade, do impulsionamento de conteúdo, do disparo de notícias ou da negociação

econômica (monetização) de dados. São também ofertadas assinaturas premium, como espaço adicional em contas já existentes (mais espaço na conta do Google, por exemplo, para ampliar o armazenamento de dados).

A desnecessidade de cada indivíduo pagar diretamente pelo acesso, e a conexão entre usuários gera a sensação de estar-se diante de um espaço público, um lugar a que o povo, o público tem gratuitamente acesso, em que todo indivíduo, aparentemente, pode ter o mesmo direito de informação, de voz e igual protagonismo. O sentimento de acesso igualitário e da possibilidade do exercício do direito de expressão, inclusive, deu ensejo à nomenclatura *ciberdemocracia* ou democracia digital, numa visão entusiasta das possibilidades da internet e das novas tecnologias para o desenvolvimento do regime democrático. Manuel Castells, por exemplo, chegou a afirmar que a comunicação em rede estava revitalizando a democracia. (Castells, 2015). Mais recentemente, porém, já se associa o declínio democrático ao mal uso das novas tecnologias,

> 2022 marcou o 16º ano consecutivo de crescimento global declínio democrático. Embora de longe não seja o único fator que contribui para esta tendência, é impossível ignorar o papel que as tecnologias digitais, tanto as antigas como as novas, desempenharam neste declínio. (Mantellassi, 2023).

Na verdade, esse grande espaço não só muitas vezes é privado, como, interesses econômicos relevantes são nele geridos. Apesar dessa sua natureza privada, a sensação de amplo acesso permanece e é nesse novo ambiente que parte considerável da vida contemporânea sucede, alterando ou substituindo, em muitos casos, o espaço que antes era vivenciado em ambientes físicos. Relacionamentos afetivos, relações de trabalho, sociais e políticas se estruturam inteiramente ou parcialmente no meio digital. O ambiental digital se incorporou tanto às atividades individuais e sociais que ele não é percebido como algo extraordinário, ou externo, mas como um elemento inserido à vida cotidiana. Em relação à política, para perceber o aumento de sua importância, basta considerar a transferência do lugar e do modo de fazer propaganda eleitoral[2].

Dentro desse espaço, é claro, tem-se a subdivisão de novos locais que podem ter maior ou menor acesso público. Por exemplo, dentro das redes sociais, há os perfis abertos e os fechados. Em relação aos sites,

2 Apenas exemplificativamente, percebe-se o crescente aumento de gastos de campanha com redes sociais e a diminuição com gastos tradicionais. Cf. O Globo, em levantamento a partir de dados disponibilizados pelo TSE. Disponível em https://oglobo.globo.com/politica/eleicoes-2022/noticia/2022/09/campanhas-tem-disparo-de-gastos-com-redes-sociais-e-menor-investimento-na-tv-veja-os-numeros.ghtml

alguns demandam pagamento por conteúdo. E, como afirmado acima, algumas contas oferecem assinatura premium. Cada um desses ambientes demandam um novo olhar do Direito, não sendo mais cabível a divisão dicotômica público/privado, para se refletir sobre o regime jurídico aplicável. De todo modo, para além dessa subdivisão digital (com ambientes de acesso mais restrito e sob pagamento), há o grande espaço de trânsito amplo para usuários que transmite a sensação de espaço público, gerido por plataformas, e é sobre ele que o presente trabalho se detém. É a propósito desse espaço que Habermas se refere à esfera pública, considerando a figura arquitetônica em que se desenvolvem os diálogos e processos decisórios (Habermas, 1997, p. 93). Em suas palavras

> as esferas públicas ainda estão muito ligadas aos espaços concretos de um público presente. Quanto mais elas se desligam de sua presença física, integrando também, por exemplo, a presença virtual de leitores situados em lugares distantes, de ouvintes ou espectadores, o que é possível através da mídia, tanto mais clara se toma a abstração que acompanha a passagem da estrutura espacial das interações simples para a generalização da esfera pública.

É preciso compreender sua natureza jurídica, para se estabelecer responsabilidades e direitos, tanto para governos (enquanto guardiões e atores democráticos), como para usuários (de diferentes portes), como para as plataformas, que gerem esse lugar de vivência e são suas proprietárias. O presente trabalho, como se afirmou ainda na introdução, se deterá sobre o espaço em questão e estas últimas.

A abrangente responsabilidade que desempenham perante a democracia faz com que as plataformas digitais, apesar de muitas vezes serem pessoas jurídicas de Direito Privado, tenham responsabilidade maiores que os usuários (dos mais variados porte). Afinal são elas que detém o espaço digital e controlam o tráfego de informações que funciona como insumo de vida.

3 As plataformas digitais e a democracia

As plataformas digitais "são redes orquestradas por um controlador, que pode ser uma empresa ou qualquer outra organização, a exemplo do Estado ou da comunidade acadêmica." (Chiarini, da Silva Neto, Pereira, Szigethy, 2023, p. 7). Ou seja, as plataformas não se confundem com o espaço digital antes referido. Elas gerem esse espaço realizando ligações, disponibilizando dados e conectando usuários, e passaram a ser tão

relevantes no desempenho e no modo de vida contemporâneo, que já se considera que a sociedade de redes (Castells, 1996; Santos, 1996) foi substituída pela sociedade das plataformas (Van Dijck, Poell e Waal, 2018).

Há inúmeras plataformas digitais atuando. Na União Europeia, por exemplo, em 2023, foram contabilizadas 10.000 plataformas digitais, sendo que 90% delas são de pequeno ou médio porte[3]. Algumas delas se agigantaram de tal modo, porém, que é comum se associar a imagem de plataformas digitais ao que se passou a chamar de *big techs*, como Google, Amazon, Facebook, Tiktok, X. Muito do espaço digital e do fluxo de informação é dominado por essas empresas, que atuaram por longo tempo praticamente sem legislação disciplinado suas condutas. Exatamente para assegurar mais equilíbrio de mercado e transparência na prestação das atividades que desempenham, a União Europeia elaborou duas normas, que, por serem pioneiras, vêm servindo de parâmetro para reflexão global[4]: a Lei dos Mercados Digitais (mais conhecida pelo acrônimo em inglês – DMA - Digital Market Act) e a Lei dos Serviços Digitais (DAS - Digital Service Act).

As plataformas digitais, sobretudo as *big techs*, impactam diretamente a democracia por variados motivos, entre eles: a) por controlarem o espaço digital referido no item anterior e novo *locus* da política, b) por controlarem o fluxo de informação que interfere na vontade, na opinião e na expressão dos cidadãos, c) por controlarem os dados e o comportamento dos usuários, dados estes que tanto têm valor de mercado, como podem ser elementos de manipulação da vontade, principalmente levando em consideração os saberes contemporâneos sobre economia comportamental.

Exatamente diante desse cenário, as plataformas digitais devem se sujeitar a regramentos e precisam colaborar com governos, para que a democracia e, consequentemente, os direitos fundamentais que lhe são próprios não estejam em risco. É importante, assim, pensar em caminhos para o controle e a cooperação, tendo em vista os elevados ganhos econômicos das plataformas, o porte global de algumas delas, mas também, por outro lado, deve-se ponderar sobre as limitações tecnológicas e os

3 Cf. Comissão Europeia. Disponível em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act/europe-fit-digital-age-new-online-rules-platforms_pt#expans%C3%A3o-das-pequenas-plataformas-em-linha-na-ue. Acesso em: 26/06/2024.

4 Cf. Parlamento Europeu. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/topics/pt/article/20211209STO19124/a-lei-dos-mercados-digitais-e-da-lei-dos-servicos-digitais-da-ue-explicadas. Acesso em: 26/06/2024.

efeitos adversos que o controle pode terminar trazendo para a liberdade de expressão e de informação.

4 Cooperação, normatização e controle das plataformas digitais

Para refletir sobre caminhos de cooperação e normatização para as plataformas digitais, a presente pesquisa considerará três eventos relevantes relacionados à realidade brasileira que exemplificam a importância de disciplinamento de suas condutas: a) a manifestação do Google sobre o projeto de lei das "*fake news*" em seu mecanismo de buscas, logo na página de abertura; b) as manifestações de Elon Musk no perfil do Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes quando este cumprimentou o Ministro Ricardo Lewandowski pelo cargo de Ministro da Justiça e Segurança Pública, c) as eleições brasileiras de 2024 e as normas contidas na Resolução do TSE nº Nº 23.732/2024, que alterou a Resolução nº 23.610/2019, sobre propaganda eleitoral.

Quanto ao primeiro evento, importa destacar que a plataforma Google, além de ofertar outros serviços de amplo acesso como *gmail, Google docs e Google Meets*, é uma das ferramentas de busca mais utilizadas no globo. Em 2023, foi o site mais acessado do mundo, com média de 84 bilhões de acessos mensais.[5] Ainda que não seja e não deva ser fonte única de informação, nesse lugar, usuários buscam dados para formar a base de seus saberes e consequentemente de suas decisões.

Trata-se de uma empresa privada, com interesses próprios. Talvez atendendo a esses interesses, a empresa manifestou seu posicionamento sobre o projeto de lei, conhecido como projeto de lei das *Fake news*, na página inicial do buscador[6], com a seguinte frase: "O PL das *fake news* pode aumentar a confusão sobre o que é verdade ou mentira no Brasil".

A declaração é um posicionamento político da organização e, por conseguinte, representa aparente exercício democrático da liberdade de expressão por uma plataforma digital. Os mecanismos de busca, entretanto, não são simples serviços de empresas privadas para consulta de dados, e que podem fornecer informação de acordo com sua vontade.

---

5 Cf. Similarweb. Disponível em: https://www.similarweb.com/website/google.com/#overview, acesso em 26/06/2024. e Forbes, disponível em https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/06/os-7-sites-mais-acessados-do-mundo-em-2023/. Acesso em 26/06/2024.

6 Cf. Poder 360. Disponível em: https://www.poder360.com.br/poder-tech/tecnologia/google-inclui-texto-contra-pl-das-fake-news-na-home-do-buscador/, acesso em 20/06/2024.

Assumem, pela própria essência do que disponibilizam, um compromisso com a veracidade, em seus diversos significados (veracidade como correspondência, veracidade como resultado da dialética e veracidade como consenso).

Mesmo sendo empresas privadas, as plataformas e os espaços e serviços por elas disponibilizados na web desempenham um papel relevante para a democracia, como veículos capazes de influenciar a comunicação e a formação da vontade dos indivíduos.

O comunicado apresentado pelo buscador do Google, no caso, não trazia qualquer observação de que a crítica ao projeto de lei era uma posição da empresa. Ele estava escrito logo abaixo da barra de pesquisa, onde normalmente se obtém informações abrangentes sobre os mais variados temas, quase confundindo visualmente o usuário. A plataforma Google pode defender seu ponto de vista, mas não da maneira como o fez, e no espaço por ela utilizado. Além de gerar confusão visual entre sua perspectiva sobre o tema e o resultado de uma busca, a atividade econômica que se propõe a realizar não permite uma tomada de posição categórica no mesmo local onde oferece o serviço de busca, que, como se disse, deve levar a fontes diversas de informação.

A exposição honesta de ideias em espaços de amplo alcance requer a apresentação de múltiplas perspectivas. Se a intenção era debater o projeto de lei, ou até mesmo criticá-lo, deveria ter aberto um canal de diálogo, apresentando visões opostas, informando que o link disponibilizado representava a posição da empresa. A suposta liberdade de expressão, da forma como foi exercida, representou, na realidade, opressão a outros possíveis pontos de vista. É da essência do debate democrático em locais públicos, em primeiro lugar, a realização de discussão, para que, somente então, se possa chegar à deliberação, como destaca Robert Dahl (DAHL, 2001, p. 92). Em suas palavras:

> As oportunidades de adquirir uma compreensão esclarecida das questões públicas não são apenas parte da definição de democracia. São a exigência para se ter uma democracia. [...] É justamente por isto que os defensores da democracia sempre dão um lugar privilegiado à educação — e a educação cívica não exige apenas a escola formal, mas também a discussão pública, a deliberação, o debate, a controvérsia, a pronta disponibilidade de informação confiável e outras instituições de uma sociedade livre.

Ou seja, a discussão democrática necessariamente implica abertura e oportunidade para apresentação de ideias contrárias. O incidente

apenas evidencia a necessidade de regulamentação da internet, para que a liberdade de expressão não seja uma fachada para a imposição de opiniões por quem controla os espaços de grande alcance na web ou por quem tem recursos para adquiri-los. O projeto de lei certamente possui lacunas que precisam ser debatidas e nfrentadas de forma colaborativa. A liberdade só é real em uma sociedade quando pode ser desfrutada de maneira equilibrada por todos, no exercício do que os gregos chamavam de isegoria, já que igualdade e liberdade caminham conjuntamente.

Evento semelhante no que diz respeito à usurpação ou ao uso indevido do espaço das plataformas, pela própria empresa ou por seus representantes, relaciona-se aos comentários feitos por Elon Musk na conta do X do Ministro Alexandre de Moraes, quando fez postagem parabenizado o Ministro Ricardo Lewandowski pela conquista do cargo de Ministro da Justiça. Abaixo da postagem, Elon Musk iniciou uma séria de comentários indagando ao Ministro Alexandre de Moraes por que ele exigiria tanta censura no Brasil[7]. Esses comentários foram seguidos de postagens no próprio perfil de Musk, e de outros comentários a outras postagens do Ministro do STF.

Ainda que Elon Musk tenha interesses específicos da empresa a proteger, quando ele ou outro dirigente ou proprietário de plataforma digital atuam na internet e interagem com usuários, desempenham o papel duplo tanto de representante ou proprietário quanto de usuário, e estão sujeitos a regras enquanto tal. Não podem, em outros termos, valer-se de seu poder vertical preponderante de gestor ou proprietário, para apresentar qualquer ponto de vista, e de qualquer modo, até porque representam exemplos de conteúdos não sujeitos à moderação.

Se toda empresa tem uma responsabilidade social, a das redes sociais é focada no respeito ao que pode ser chamado de "devido processo do diálogo digital". Destaca-se a expressão entre aspas, porque se considera que ela merece reflexões sociais e jurídicas, além de ser importante manter o assunto em evidência.

Os comentários de Elon Musk, portanto, quando feitos em outras contas, devem ser interpretados dentro do contexto do que os outros usuários afirmaram, e não podem ser apenas ataques pessoais, especialmente considerando que ele também representa a empresa.

7 Cf. Poder 360. Disponível em: https://www.poder360.com.br/justica/por-que-exige-tanta-censura-no-brasil-pergunta-musk-a-moraes/. Acesso em 27/06/2024.

Caso deseje expressar seus próprios interesses, o usuário deve, no mínimo, iniciar comentários a partir de seu próprio perfil, ou em resposta relevante a comentários de outros usuários, sem que seja apenas uma agressão sem contexto. Caso se comporte desse modo, a sujeição à moderação de conteúdo pode ser maior, por representar eventualmente discurso de ódio. Aceitar o contrário seria concordar que as redes sociais podem ser usadas para hostilidade verbal.

Os comentários feitos por Elon Musk, na conta do Ministro Alexandre de Moraes, poderiam ter validade em relação às críticas ao controle excessivo das plataformas digitais (o que não é o foco aqui, pois se trata da forma como as palavras foram apresentadas), mas não deveriam ter sido feitos na conta do Ministro, quando esse não era o tema da mensagem postada. Portanto, representou uma agressão gratuita.

Além de ter sido uma postagem sem contexto e agressiva, as palavras foram dirigidas a um usuário que também é representante de uma instituição. Isso revela que o objetivo de Elon Musk era desacreditar não apenas o usuário, mas também o cargo que ele ocupa e a instituição à qual pertence, instituição essa que impôs sanções à empresa de Musk. Ou seja, o espaço digital, que deveria ser uma rede social, foi usado pelo proprietário para defender interesses pessoais, ligados a valores que não são éticos, mas sim financeiros. Além de evidente e forte desequilíbrio na relação e na oportunidade de fazer comentários sem moderação, ainda se percebe um desvio de finalidade considerando a função social da propriedade.

Por fim, Elon Musk ainda declarou que não seguiria ordens judiciais, o que pode configurar um crime de desobediência e desrespeito à soberania nacional, com possíveis impactos na dinâmica institucional e democrática do país. Deve-se destacar que ele fez isso em um contexto que poderia encorajar comportamentos semelhantes, seja por seu poder de influência digital, seja pelo ambiente em que a declaração foi feita.

Quando o próprio administrador de uma rede social não respeita as regras que deveriam ser aplicadas a todos os usuários, para que o diálogo seja possível e civilizado, sua natureza autoritária e violenta se torna evidente. Este episódio destaca o possível autoritarismo arrogante das redes sociais. A regulamentação desse assunto não apenas é urgente no Brasil, como certamente exigirá esforços nacionais e internacionais para ser eficaz.

Quanto às eleições, já há algum tempo, exatamente tendo em vista o grande impacto que as plataformas digitais podem ter na democracia e na vontade do cidadão, autoridades eleitorais têm buscado realizar pactos de

cooperação para que elas se comprometam com a transparência no fluxo de dados, e com o cuidado com conteúdo nocivo. Esses acordos, porém, não têm se mostrado suficiente, motivo pelo qual governos estão elaborando normas para disciplinar as condutadas de plataformas, com a atribuições de obrigações e a possível aplicação de sanção para seu descumprimento.

No Brasil, o Marco Civil da Internet, antes mesmo da legislação europeia, em seu artigo 19 já previa a responsabilidade das plataformas digitais nos casos em que deixassem de cumprir ordem judicial quanto à retirada de conteúdo. Dada a velocidade da circulação de conteúdo nas plataformas, porém, e eventuais danos irreversíveis que pode causar, a norma se revelou insuficiente, motivo pelo qual se passou da regulação, para o modelo de autoregulação regulada, em que se atribui diretamente às plataformas o dever de retirada. Nesse sentido caminhou a resolução do TSE de 2024 que alterou a resolução sobre propaganda política. Apesar de ser adequada a atribuição de responsabilidades diretas às plataformas, é importante observar, porém, que a resolução difere do texto legal. O caminho mais adequado normativamente seria o disciplinamento da questão por lei. Todavia, dada a especificidade da matéria eleitoral, a urgência do tema diante da proximidade das eleições, a ausência de lei específica sobre moderação de conteúdo político por plataformas, pode-se entender pela necessidade e validade da resolução. Importa considerar, de todo modo, que as sanções previstas na resolução são severas, e que é necessário ponderar sobre as limitações tecnológicas para moderação, sem que isso implique violação à liberdade de expressão.

5 Considerações finais

Os espaços digitais, mesmo quando pertencentes a pessoas jurídicas de Direito Privado com intuito de lucro, não podem ser utilizados para fins que ponham em risco a democracia. Da mesma forma, as plataformas digitais que gerem esse espaço não podem adotar condutas que ponham em risco esse regime político.

Em uma democracia, todos têm um compromisso democrático. Mesmo aqueles que pretendem criticar o governo, suas normas e instituições estão obrigadas a respeitar as regras do jogo discursivo. A democracia é substancial, mas também procedimental. Esse procedimento não se relaciona apenas às regras para eleição de representantes, mas a formas de realizar o diálogo público.

Dada sua proeminência na esfera pública, e ainda levando em consideração a função social da empresa, as plataformas digitais têm um dever adicional em relação à horizontalização dos direitos e garantias fundamentais referentes à liberdade de expressão e de informação.

Uma decorrência dessa premissa é a de que não podem utilizar o espaço institucional disponibilizado ao acesso público para seus posicionamentos e fins privados sem que haja um claro anúncio desse propósito, ou sem que outros pontos de vistas sejam expostos, com equilíbrio na exposição de ideias.

Consequência que se associa à anterior é o fato de que se deve buscar estabelecer e respeitar o devido processo do diálogo democrático na internet, quando plataformas digitais ou seus representantes se manifestam, expondo seu ponto de vista sobre condutas públicas ou normas jurídicas.

Por fim, uma outra decorrência do compromisso democrático das plataformas se deve ao fato de que como lucram com produtos essenciais à liberdade expressão e à igualdade democrática (espaço disputado aberto ao público, fluxo de informação e dados pessoais), a alta lucratividade das atividades que desempenham deve gerar um dever de compensação, um ônus público a envolver ações informativas e transparentes com esses mesmos insumos democráticos. Assim, podem ser obrigadas à moderação de conteúdo, através da autorregulação regulada, à sujeição a sanções no caso da desobediência de decisões judiciais sobre retirada de conteúdo e manipulação de dados, como já previsto em leis, mas também ao impulsionamento de conteúdo educativo e promotor da verdade.

Referências

CASTELLS, Manuel. **The rise of the network society**: the information age: economy, society, and culture. 2nd ed. Hoboken: Wiley-Blackwell, 1996.

CASTELLS, Manuel. **A comunicação em rede está revitalizando a democracia.** 2015. Trecho de palestra. Disponível em: https://www.fronteiras.com/leia/exibir/manuel-castells-a-comunicacao-em-rede-esta-revitalizando-a-democracia

CHIARINI, Tulio; SILVA NETO da, Victo José. PEREIRA, Larissa de Souza. SZIGETHY, Leonardo. **Plataformas digitais**: mapeamento semissistemático e interdisciplinar do conhecimento produzido nas universidades brasileiras. Em Texto para discussão / Instituto de Pesquisa

Econômica Aplicada. Brasília : Rio de Janeiro : Ipea , 2023. Disponível em https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11677/1/TD_2829_web.pdf

DAHL, Robert. **Sobre a democracia.** Brasília: Editora UNB, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vol. II.

MANTELLASSI, Federico. **Digital Authoritarianism**: How Digital Technologies Can Empower Authoritarianism and Weaken Democracy. Geneva Centre for Security Policy. Disponivel em: https://www.gcsp.ch/publications/digital-authoritarianism-how-digital-technologies-can-empower-authoritarianism-and

SANTOS, M. (Org.). **A natureza do espaço**: técnica e tempo, razão e emoção. São Paulo: Hucitec, 1996.

Capítulo 26

Controle de Constitucionalidade: de Marshall a Rui Barbosa

Roberto Rosas

Fernando Ximenes Rocha tem sido um grande colaborador da vida jurídica brasileira, por seus escritos, e especialmente no Ceará, no Tribunal de Justiça e no Tribunal Regional Eleitoral. Dele recebi participações como a Medalha do Mérito Eleitoral Des. Faustino de Albuquerque Sousa do TRE/CE e no livro em minha homenagem (Uma vida dedicada ao Direito, 2020). Aqui escolho tema de sua predileção – o controle da constitucionalidade, com duas figuras paradigmáticas nos Estados Unidos e no Brasil, ambos irradiadores do estágio atual do controle da constitucionalidade.

Aliomar Baleeiro percorrera o Legislativo (estadual e federal), e brilhara na cátedra jurídica (Bahia e Rio de Janeiro). Em 1965 foi alçado a Ministro do Supremo Tribunal, e continuou no seu brilho permanente. Cooptado pela área do Direito da Universidade de Brasília, em 1968, empreendeu um curso sobre o Supremo Tribunal, numa linha doutrinária, desde sua história, até seu status político, com a reunião dessas preleções num livro – O Supremo Tribunal, esse outro desconhecido. Partira do pressuposto que as luzes das informações ficaram no Executivo e no Legislativo, mais naquela, e com sombras o Supremo Tribunal. Perguntava-se: de quem a culpa por essa obscuridade? Os juízes, e especialmente do Supremo Tribunal, eram avessos à imprensa, entrevistas, exposições fora dos processos, uma velha máxima – o juiz só fala nos autos, mas a imprensa não tinha especialistas na temática judicial, e assim, aquela linguagem técnica, para muitos arcaica, era obscura, e o leitor não tinha interesse, apenas curiosidade sobre a temática, principalmente, se com color político, aí, primeira página, mas a população, em grande parte analfabeta, via a legenda sem atinar para a importância desses temas. Assim foi durante o século XX, e Baleeiro retratou bem essa posição do Supremo Tribunal.

Podemos sentir, a partir de 1988, e assim, com a nova Constituição, novos rumos e novas missões foram entregues ao Supremo.

Aqui, vamos voltar a Baleeiro, com uma corajosa divergência, ao apontar no século XX, grandes decisões e orientações da Corte, esquecidas nos anais forenses, mas luzes para os dias atuais, lições de arrojo e sacrifício, coragem e destemor, com perigo social, e de vida.

A nossa intenção é relembrar uma grande linha, sem preocupação com nomes, figurantes ou não, porém, ideias que ficaram, no período entre 1890 (criação do Supremo Tribunal) e 2021, portanto, anos, é o Supremo Tribunal desconhecido do público, como disse Baleeiro, mas conhecido por suas teses e diretrizes, e em especial, aquela vocacionada pela Constituição – precipuamente constitucional, e quem pôs a pedra fundamental, foi Rui Barbosa, e especialmente forte na doutrina do famoso Justice americano John Marshall, no paradigmático caso Marbury x Madison (1803).

Rui Barbosa, em 1893, assim, nos dois anos da primeira constituição republicana, propôs uma ação que enfeixou no título – Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal, em alentada petição, encartada em livro com 249 páginas. Vamos utilizá-la diante da autoridade e da erudição, a partir do significado do caso americano Marbury x Madison, na palavra de Rui:

"Marbury, cidadão americano, nomeado Juiz de paz do distrito de Columbia nos últimos dias da administração de John Adams, com a ratificação do senado, reclamava, em 1801, perante a Suprema Corte Federal, a expedição de um *mandamus* contra o secretário de estado Madison, para o obrigar à entrega de seu título, que o novo presidente lhe sonegava. Pela lei os juízes de paz eram inamovíveis durante cinco anos. Pretendia, pois, o nomeado que a recusa, pelo presidente Jefferson, da carta de comissão, já firmada por seu antecessor, importava a privação de um cargo, cuja posse, durante o quinquênio legal, era legalmente inviolável desde a consumação do ato, que o designara, para exercê-lo. Sentenciando esse pleito celebre, estabeleceu Marshall, o oráculo da Constituição nascente, que Marbury tinha aquelas funções direito legal adquirido, de que o executivo não podia desapossá-lo, e, conquanto o tribunal não pudesse interferir nas prerrogativas da administração, podia e devia intimar o ministro à observância de uma obrigação, que não ficara à mercê do seu arbítrio, estando, como estava, subordinada a leis especiais e a princípios inelutáveis de direito. "O autor", disse o imortal *Chief-justice*, "tem a posse desta comissão de direito legal perfeito, de que o executivo não pode expropriá-lo. Foi nomeado para um cargo, do *qual não é amovível à vontade do governo*: e, uma vez nomeado, é inalienável o direito à investidura. "

Pela primeira vez, no Brasil, citava-se John Marshall, após 90 anos da sua lição constitucional, adiante Américo Lobo, Ministro do STF (1894/1903) traduziu – Decisões Constitucionais de Marshall, mas ficou a primazia ruiana.

Vale o exame do supedâneo legislativo brasileiro, porque o Decreto 848/1890 (art. 8º) já admitia a validade das leis diante da Constituição, e a Lei 221/1894 (art. 13), já mencionava – leis manifestamente inconstitucionais, mas, esta é posterior a Rui, sobretudo o art. 59, § 1º da Constituição de 1891 – diante da Constituição, com a proposta de Rui (Obras Completas – vol. XVII, T. 1 – Constituição de 1891 – pg. 78).

Vale reafirmar o pioneirismo de Rui na invocação ao controle da constitucionalidade pelo Judiciário, como já acentuado, por insignes juristas, no particular, (Gilmar Ferreira Mendes – Controle da constitucionalidade, 1990, pg. 171; Luiz Roberto Barroso – O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, 7ª ed., pg. 85; Rubem Nogueira – Rui Barbosa, Combatente da Legalidade, 1999, pg. 21; Luiz Roberto Barroso – Rui Barbosa, in Brasileiros, organização de José Roberto Castro Neves, 2020, pg. 81). Se tivéssemos dúvida do papel de Rui no estabelecimento de uma doutrina ou orientação para o controle da constitucionalidade, bastaria a palavra do importante publicista e Ministro do STF (1940/1949), Castro Nunes:

"Quando um dia se escrever a história do Supremo Tribunal Federal desde os seus primórdios indecisos e vacilantes em face da declaração de inconstitucionalidade de uma lei do Congresso, será preciso reservar à obra de doutrinação do insigne constitucionalista um lugar de honra." (Teoria e Prática do Poder Judiciário, 1943, pg. 160).

Importante uma incursão em Marshall, pelas mãos de Rui Barbosa, no já citado trabalho – Os Atos Institucionais (1893). Diz Rui:

"A invalidação da ação dos poderes políticos fora do círculo dos textos constitucionais é o dogma cardeal do constitucionalismo americano. A evolução lógica desse dogma foi traçada admiravelmente por Marshall, o supremo expositor da Constituição americana. "

Mais adiante, Rui estabelece as fronteiras desse controle: "Ao gênio de Marshall coube a honra, no seu aresto histórico sobre o caso Marbury v. Madison, de **"estabelecer para sempre a necessidade lógica desse poder sob uma Constituição limitada comprovando a insensatez de qualquer teoria."**

E Rui volta a exaltar Marshall – **"constitucionalista sem rival entre os constitucionalistas americanos."**

Para distinguir atos em geral, e atos políticos, ou função política nos atos, Rui invoca: **"Desde Marshall, no memorável aresto em que se sagrou a jurisdição dos tribunais contra o exercício inconstitucional das faculdades do governo, o do Congresso."**

Essa demanda, tantas vezes aqui mencionada, foi julgada procedente, e o Supremo Tribunal (então segunda instância) manteve essa sentença em 1895 (Leda Boechat Rodrigues – História do Supremo Tribunal Federal, Tomo I, pg. 61).

A doutrina do controle constitucional e o Supremo Tribunal aplicou-a, na defesa do regime federativo, quando declarou a inconstitucionalidade de leis do Estado da Bahia sobre imposto de importação entre estados e imposto de exportação entre estados (1894), porque aí estavam barreiras alfandegárias.

Em 1897 entrou num debate envolvente de lei do Rio Grande do Sul prevista para o júri com voto a descoberto. O juiz gaúcho Alcides Mendonça Lima declarou a inconstitucionalidade desse dispositivo, e o poder estadual abriu processo criminal contra o magistrado. Chegou ao STF, mas a Corte apenas absolveu o juiz, sem entrar na constitucionalidade.

O controle da constitucionalidade, hoje, é dogma, sem debate, veio forte em 1947 no exame da constitucionalidade de artigos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, nitidamente parlamentarista. Vivíamos, assim, o controle difuso, mas o controle consolidou-se com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, que deu ao Procurador Geral de República, a legitimidade exclusiva para a representação desaparecida com o art. 103 da Constituição de 1988.

Vale a semente ruiana, fincada em árvore frondosa do grande John Marshall.

A narrativa com prioridade ruiana do controle da constitucionalidade, já fora antecedida com a palavra inconstitucional, e quem o disse – Machado de Assis, em crônica de 1885 (Obras completas, Aguilar, 4/609).

Capítulo 27

Uma Década do Sistema de Cotas Raciais em Concursos Públicos e a Interpretação de Três Tribunais Brasileiros: Possibilidades e Desafios

Teodoro Silva Santos[1]

1 Introdução

A Lei n.º 12.990/2014, que estabeleceu cotas para negros em concursos públicos federais, completa 10 (dez) anos de existência e, caso não seja renovada até 6 de junho, perde a validade em seu décimo aniversário. O projeto de lei já se encontra em tramitação no Senado Federal e deve ser aprovado a tempo.

Contudo, esse normativo já foi alvo de intensa discussão jurisprudencial: primeiro, no bojo da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 41, que tramitou perante a Corte Suprema; segundo, nos inúmeros mandados de segurança impetrados por concursandos visando a manter o seu direito líquido e certo de permanecer no certame público, razão pela qual o legislador deve estar atento às nuances proporcionados pelos casos concretos.

Dentre as controvérsias jurídicas mais frequentes, duas se destacam com especial relevo, por não possuírem contornos legais claros, dividindo a opinião dos intérpretes: 1) quais os critérios a serem utilizados pelas comissões de heteroidentificação para confirmar ou rechaçar a autodeclaração do candidato nas vagas destinadas aos negros; 2) quais as consequências dessa rejeição.

Recente estudo empírico demonstrou que, das 60 universidades federais participantes do Sisu 2021.1, 22 (37%) adotaram a concorrência

1 Doutor, Mestre e Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Especialista em Processo Penal pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-doutor em Ciências Jurídicas Penais pela Universidade do Minho (UMinho). Professor da Unifor nas disciplinas de Direito Processual Penal II (Graduação) e Direito Processual Penal III (Pós-Graduação lato sensu). Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

concomitante, enquanto outras 21 (35%) adotaram a concorrência separada, mas a maioria apresentou edital vago (21) ou omisso (11). Isso indica que os processos de aprimoramento das comissões de heteroidentificação ainda estão em andamento, precisando ser aprimorado pelas instituições, e reclamações existentes desde o ano de sua aprovação ainda não foram resolvidas (Silva Figueiredo, 2023, p. 15).

O objetivo deste ensaio é investigar como as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE) têm se comportado para enfrentar esses dilemas. Por consequência, o método de pesquisa é jurisprudencial, cuja investigação científica está "orientada por *metodologia* especialmente construída para endereçar perguntas que possam ser respondidas por meio de análise de *julgados*" (Palma; Feferbaum; Pinheiro, 2019, p. 101).

A partir da metodologia da análise de jurisprudência, será possível coletar as decisões desses diferentes decisores sobre o referido problema jurídico, com o objetivo de identificar um momento decisório, permitindo a realização de um retrato do "estado da arte" sobre o assunto e a identificação da posição dos decisores em relação ao problema estudado (Freitas Filho; Lima, 2010, 2-3).

Feito isso, analisar-se-á as demais possibilidades de solução que porventura não tenham sido adotadas.

2 A constitucionalidade da lei de cotas

No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 41, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Lei n.º 12.990/2014, que dispõe sobre a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para o provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta aos pretos e pardos, por três fundamentos (Brasil, 2017).

Em primeiro lugar, ressaltou que a desequiparação promovida pela referida política de ação afirmativa está em consonância com a isonomia. Isso porque "se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente" (Brasil, 2017).

Em segundo lugar, destacou que não houve violação aos princípios do concurso público e da eficiência. Isso porque a reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política de cotas deve alcançar a nota de corte para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em disputa (Brasil, 2017).

Além disso, a incorporação do fator "raça" como critério de seleção, em vez de afetar o princípio da eficiência, contribui para a sua realização em uma maior extensão, criando um ambiente burocrático representativa, "capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais" (Brasil, 2017).

Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. "A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito" (Brasil, 2017).

> Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014 (Brasil, 2017).

Por outro lado, para garantir a efetividade e preservar a idoneidade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. Nesse sentido, é legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação – como a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso –, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantido o pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa (Brasil, 2017).

Finalmente,

> a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos

> com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas (Brasil, 2017).

Em resumo, foram admitidos a utilização de critérios subsidiários de heteroidentificação para fins de verificar e confirmar a autodeclaração inicialmente dada pelo candidato, com o objetivo de evitar fraudes. Contudo, a falta de parâmetros mais bem delimitados ensejou uma série de causas judiciais para definir o que poderia ser empregado pela banca examinadora, indicando a dificuldade de implementação da Lei nº 12.990/2014.

"Dados de concursos realizados na vigência da Lei nº 12.990/2014 apontam para sua inefetividade como ação afirmativa hábil para promover o combate ao racismo no setor público." (Coutinho; Arruda, 2022, p. 25) Mesmo com o posicionamento da Suprema Corte sobre a constitucionalidade da lei de cotas para concursos públicos, alguns editais continuam utilizando a criatividade e a discricionariedade para burlar a finalidade da legislação.

A seguir, ver-se-á como a decisão do Pretório Excelso não foi capaz de resolver dois litígios que se sucederam à implementação desse sistema.

3 Os critérios avaliativos adotados pelas comissões de heteroidentificação

O primeiro ponto de debate diz respeito a como precisar, com certeza científica, quem pode ser considerado negro para fins de concorrer às vagas reservadas a esse fenótipo. Esta é uma questão que gerou divergências desde o debate legislativo para a aprovação da lei. E, em alguma hipótese, caberia ao Poder Judiciário rever os critérios de avaliação adotados pela comissão de heteroidentificação?

Em relação ao controle de legalidade sobre as questões de concurso público, o Supremo Tribunal Federal firmou, em julgamento submetido à sistemática da repercussão geral (Tema n.º 485), tese segundo a qual os critérios adotados pela banca examinadora não podem ser revistos pelo Poder Judiciário, ressalvando-se o juízo de sua compatibilidade com a previsão do edital (Brasil, 2015).

Nessa linha, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que é preciso que o candidato demonstre a flagrante ilegalidade

ou inconstitucionalidade para que o Poder Judiciário possa reexaminar "questões do concurso ou o critério utilizado na correção para a verificação da regularidade da resposta ou da nota atribuída" (Brasil, 2022).

Ou seja, as Cortes de vértice entendem que só cabe a intervenção do Poder Judiciário nas avaliações dos concursos públicos quando houver exame da legalidade e abusividade dos atos administrativos, sobretudo pela ausência de critérios objetivos de avaliação. Veja-se o seguinte trecho de uma decisão monocrática do Ministro Herman Benjamin (Brasil, 2021):

> Ainda que ao Judiciário seja vedada a incursão no mérito administrativo, isso não lhe faculta manter obscuros os critérios de seleção de seus membros, em clara violação ao princípio da legalidade.
>
> Não se trata de reavaliar as respostas dos candidatos, mas, sim, de oportunizar o direito de defesa, oferecendo-lhes balizas para a elaboração e interposição de recurso. Ademais, os interessados devem ser cientificados do porquê da sua aprovação ou eliminação, segundo parâmetros objetivos e fundamentados.

Dessa forma, consagrou-se que as decisões tomadas pela banca organizadora na prova do concurso público devem ser fundamentadas e publicadas para melhor entendimento dos candidatos e demais interessados, assim como para obedecer ao ordenamento jurídico, em especial aos artigos 2º, *caput* e parágrafo único, inciso VII, e 50, incisos I e III, e § 1º, da Lei n.º 9.784/1999.

Contudo, algumas bancas examinadoras acabaram adotando um padrão de resposta genérico aos recursos administrativos dos candidatos que foram eliminados na etapa de heteroidentificação, sem explicitar os motivos da avaliação negativa, apesar de a insurgência recursal expressamente questionar a ausência de motivação do ato.

Um exemplo colhido do Agravo Interno Cível n.º 0623200-76.2022.8.06.0000/50001 é o seguinte (Ceará, 2023):

> Resposta: Recurso Indeferido. Após reanálise das imagens do(a) candidato(a), a Comissão de Heteroidentificação Recursal entende que não assiste razão ao Recorrente, por não apresentar características e traçõesfenotípicos negros de '' pessoa negra ou parda" que justifique o deferimento da cota racial, deste modo mantemos o indeferimento do pleito ora impetrado.

Outro exemplo pode ser extraído do Agravo Interno Cível n.º 0022885-31.2021.8.06.0001/50001 (Ceará, 2023):

> Ao olhar para o candidato, percebe-se que não se trata de uma pessoa negra/parda, nem afrodescendente. E sua cor, no meio social em que

> vive, não constitui uma causa de discriminação social ou racial. Ou seja, o candidato não tem características físicas que fazem com ou que demonstre ou indique que ela seja discriminada socialmente e sofra as consequências disso.

Nesse contexto, constata-se que a comissão examinadora, ao utilizar o fenótipo como critério de avaliação, conforme previsão editalícia, não enfrentou as razões do recurso da recorrente, explicitando e apontando de forma genérica que a candidata não se encaixava no perfil fenotípico exigido pela banca para concessão das cotas raciais, sem apresentar fundamentação amparada em critério objetivo e sem indicar qualquer elemento próprio da apelante, ou a metodologia empregada para aferir a qualidade de cotista do postulante.

O processo de heteroidentificação deve ser feito por parte da comissão examinadora não só expondo documento com quadro nominal de aprovados e eliminados na averiguação de procedência da autodeclaração, mas também com a justificativa plausível do resultado, seja pela eliminação, seja pela aprovação. Acrescente-se que ainda deve ser explicitado como é feito o procedimento e quais os requisitos a serem atendidos pelos concorrentes a vaga, tendo em vista que não há nada que fundamente o sigilo das informações.

Percebe-se a patente ofensa aos princípios da publicidade, da motivação e das garantias do contraditório e da ampla defesa, conforme apontado pela jurisprudência iterativa da Corte alencarina. Da forma que restou finalizado, o ato impediu os candidatos de conhecerem os critérios utilizados para o indeferimento, obstaculizando a interposição de recurso administrativo, em violação aos artigos supracitados.

O ato administrativo, caso detalhasse sua fundamentação, não configuraria ofensa racial, mas concretizaria o direito de os candidatos terem acesso às razões de sua continuidade ou eliminação no certame. Portanto, padece de vício resposta dada por banca de concurso em sede de recurso administrativo – sobre enquadramento ou não dos candidatos na condição de cotistas – cujo teor seja genérico e impreciso.

Em tal hipótese, o ato administrativo ofende a exigência de motivação prevista no art. 50, inciso III, da Lei nº 9.784/1999, uma vez que o dispositivo em questão determina que os atos administrativos que decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública devem ser motivados com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos.

E quando o indeferimento do recurso administrativo contra a decisão de desclassificação do autor aparentemente não explicitou os

motivos do julgado, apesar de a insurgência expressamente questionar ausência de motivação do ato, a intervenção judicial no caso estará em consonância com o posicionamento do STF e do STJ, observando os limites estabelecidos por estes Tribunais Superiores, assim como nos princípios mencionados.

É tanto que, recentemente, o Ministro Afrânio Vilela deu provimento ao Recurso em Mandado de Segurança n.º 63.167/MA, para:

> a) garantir a permanência da impetrante na lista da ampla concorrência do concurso de Procurador do Estado do Maranhão; e b) determinar a anulação do ato administrativo que resultou na eliminação da impetrante, o seu refazimento, devidamente fundamentado, sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa (BRASIL, 2024).

Isso porque a decisão da comissão e do próprio recurso devem possuir adequada fundamentação, sem se limitar a afirmar genericamente que o recorrente não possui fenótipo negro, mas explicitando quais características fenotípicas considerou determinante para a formação do seu juízo de valor. Assim, não se afigura razoável dispensar a indicação de elementos para invalidar a presunção decorrente da autodeclaração de raça, pois o ato que exclui o candidato do certame deve ser devidamente motivado, em respeito à ampla defesa e ao contraditório (BRASIL, 2024).

Com isso, a jurisprudência do TJCE se firmou no mesmo sentido de haver necessidade de a classificação do candidato na etapa de heteroidentificação se firmar em avaliação de critérios objetivos e mediante análise da condição fenotípica do candidato, o que representa um avanço jurisprudencial em prol das ações afirmativas.

Após essa evolução interpretativa, algumas bancas passaram a utilizar um questionário de traços fenotípicos (cabelo, nariz, boca etc.) que deve ser preenchido pelos examinadores a fim de que eventuais recorrentes possam saber, de antemão e objetivamente, com base em qual fundamento a sua autodeclaração não foi admitida. Esta sistemática permite maior transparência e publicidade aos atos da Administração, garantindo o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa.

Não obstante, após o reconhecimento dessa ilegalidade, surge outro problema: o Tribunal deve dar provimento ao recurso para aprovar o candidato para a próxima fase ou apenas para compelir a banca a repetir o ato com uma motivação idônea? A última opção parece ser a mais adequada com a isonomia, uma vez que não permite que candidatos que recorreram

e obtiveram respostas genéricas, mas, mesmo assim, não possuíam as características fenotípicas para concorrer na listagem especial.

Inclusive, este foi o entendimento adotado em julgamentos liminares, em que foi anulado o ato ilegal e determinada a sua repetição, agora com fundamentação concreta, a fim de evitar nova violação à igualdade de concorrência, desta feita por meio de decisão judicial. Infelizmente, esta diferenciação não tem prevalecido em julgados da Corte estadual.

4 A exclusão do candidato eliminado na fase de heteroidentificação

Outro tema polêmico trata da razoabilidade da exclusão de candidato autodeclarado negro que obtém nota suficiente para continuar no certame na lista de ampla concorrência, tão somente porque desclassificado da lista de vagas reservadas.

Isso porque, embora o art. 3.º, da Lei Federal n.º 12.990/2014, disponha que o candidato negro concorrerá concomitantemente tanto às vagas reservadas quanto às destinadas à ampla concorrência no âmbito de concursos para a administração pública federal, o parágrafo único do art. 2.º admite a sua eliminação da reserva de vagas em caso de declaração falsa, *ipsis litteris*:

> Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.
>
> Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.
>
> Art. 3º Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

Com efeito, a dubiedade na redação da legislação federal fez com que muitos estados dispusessem que o candidato cuja autodeclaração não fosse validada seja eliminado do concurso. É o caso da Lei Estadual nº 17.432/2021 (Ceará, 2021), *in verbis*:

> Art. 2.º O acesso à reserva de vagas instituída nesta Lei dar-se-á por meio de manifestação formal do candidato na qual se autodeclare preto

> ou pardo por ocasião da inscrição no concurso público, observados os quesitos cor e raça utilizados pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.
>
> § 1º O candidato que se autodeclare na forma do caput deste artigo, para validação de sua participação no certame pelo sistema de cotas, será submetido, previamente à realização das provas, à comissão de heteroidentificação, observada, no que couber, a Portaria Normativa nº 04, de 6 de abril de 2018, oriunda do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão/ Secretaria de Gestão de Pessoas, que atestará seu enquadramento nos termos do art. 1.º desta Lei, considerados aspectos fenotípicos. § 2º O candidato cuja autodeclaração não for validada na forma do § 1.º deste artigo será eliminado do concurso.

Ocorre que essa disposição subverte a sistemática das cotas raciais, que é permitir o ingresso de pessoas marginalizadas ou subrepresentadas em órgão públicos, ao não fazer distinção entre aquele que simplesmente não foi considerado pardo, embora assim se autodeclare, daquele que deliberadamente tenta fraudar o sistema de ações afirmativas por meio de declarações falsas.

Afinal, como argumenta o Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha:

> a política de cotas fora instituída no país como ação afirmativa para reduzir as desigualdades sociorraciais e combater o racismo estrutural oriundos do período da escravatura, a fim de ampliar o acesso das pessoas negras (pretos/pardos) aos cargos públicos, à universidade e ao mercado de trabalho a partir da reserva de um percentual das vagas ofertadas (Ceará, 2023).

Caso se concluísse que o candidato deveria ser eliminado do certame, mesmo tendo logrado êxito para integrar as vagas de ampla concorrência, por não ter sido aprovado na etapa de heteroidentificação, a política afirmativa de cotas restaria infrutífera, pois não acarretaria em ampliação da representatividade das pessoas negras nos espaços públicos, em razão de estas, na existência de dúvida, sentirem-se desestimuladas a concorrer nas vagas reservadas a elas, ante a probabilidade de eliminação total do certame na fase de aferição da declaração racial (Ceará, 2023).

Ainda que exista norma editalícia que autorize a exclusão sumária do concurso caso a banca não reconheça a veracidade da autodeclaração do candidato, a melhor interpretação a ser conferida ao regramento que trata das cotas para pessoas pardas e pretas é no sentido de que o candidato considerado não cotista na fase de heteroidentificação deve permanecer

no certame na lista geral, quando possua nota para se classificar na ampla concorrência, salvo quando evidenciada fraude ou má-fé (Ceará, 2023).

Do contrário, haverá um desestímulo à autodeclaração dos candidatos que se identifiquem como negros, especialmente os pardos, "pelo receio de virem a ser eliminados do concurso por não terem essa condição confirmada pela banca avaliadora, o que potencialmente reduzirá as chances de uma maior representatividade de tais grupos no serviço público" (Ceará, 2023).

A falta de consenso sobre os candidatos que se autodeclaram pardos é um ponto crítico, "já que as controvérsias em torno do que seriam as possíveis 'fraudes' decorrem não só em relação aos candidatos brancos que se avocam como 'pardos', mas da dificuldade de lidar com aqueles que se consideram 'negros de pele clara'" (Miranda; Souza; Almeida, 2020, p. 4), e assim foram criados e se identificaram. Com isso, "a heteroidentificação dos pardos está diretamente relacionada à sensibilidade dos membros da Comissão e ao seu maior ou menor aprofundamento nas discussões relativas às relações étnico-raciais no país" (Miranda; Souza; Almeida, 2020, p. 7).

O desafio da execução da política de cotas está colocado, principalmente, no grupo de candidatos cuja autodeclaração causa dúvida na comissão. São eles que, geralmente, recorrem ao Judiciário em caso de se considerarem injustiçados. Para tanto, é imprescindível que os membros da banca julgadora detenham o conhecimento técnico-científico e a capacidade profissional para avaliar a cor declarada pelo heteroidentificado, não podendo ser integrada por pessoas dotadas de "senso comum" acerca da matéria, pelo simples fato de pertencerem aos quadros do órgão julgador, mas alheias à demanda sociocultural por trás desse procedimento.

Portanto, os dispositivos devem ser interpretados de acordo com a norma geral que, como vista acima, permite a concorrência simultânea às vagas de ampla concorrência e às vagas reservadas. Isto é, a exegese correta do art. 2º, § 2º, da Lei Estadual nº 17.432/2021, bem como das cláusulas editalícias que espelham esse normativo, é no sentido de que a exclusão é apenas da participação nas vagas reservadas, implicando a completa eliminação do candidato apenas no caso de não ter nota suficiente para competir na ampla concorrência.

Em outras palavras, a interpretação que mais se coaduna com o espírito da lei é a de que, "caso o candidato seja reprovado na etapa de heteroidentificação, este será eliminado das vagas reservadas aos cotistas, de modo que apenas será desclassificado do certame na hipótese de não

obter pontuação suficiente para figurar nas vagas da modalidade de ampla concorrência" (CEARÁ, 2023).

Karruz (2018, p. 407) aponta que a ausência de concorrência concomitante eleva a nota de corte das modalidades de cotas, porque aqueles que teriam condições de passar na ampla concorrência disputam as vagas reservadas. E Campos, Feres Júnior e Daflon (2014), ao tratarem do ingresso na universidade, asseveram que esse formato institui um teto de entrada de cotistas, já que estes ficam restritos às vagas destinadas às cotas.

Assim, a exegese "das normas atinentes à matéria deve ser orientada no sentido de obter a máxima eficácia dessa política, o que não ocorrerá caso os candidatos se sintam ameaçados ou constrangidos ao prestarem sua autodeclaração" (Ceará, 2023). Atentos a essa realidade, os tribunais estudados tem decidido conforme essa doutrina, por "garantir aos cotistas o direito a preencherem vagas da ampla concorrência, assegurando que ela funcione como piso, não como teto" (Silva Figueiredo, 2023, p. 19).

Não se trata, portanto, de o Judiciário adentrar o mérito administrativo, nem se vislumbra ofensa à separação de Poderes (art. 2º, CRFB/88), mas tão somente de exercer o controle de legalidade dos atos administrativos, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, CRFB/88).

Igualmente, não se vislumbra ofensa à isonomia entre os candidatos (art. 5º, *caput*, CRFB/88), mas em verdadeira consagração deste preceito, pois a administração não pode instituir normas editalícias que sejam elas mesmas anti-isonômicas, ou seja, que prejudiquem candidatos que estejam na mesma condição que seus pares: aprovados dentro da cláusula de barreira instituída pelo edital.

5 Conclusão

Conforme visto, apesar da instituição da política de cotas raciais e da sua declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, ainda restam questões pendentes de regulamentação, o que tem suscitado divergência no âmbito jurisprudencial. A renovação normativa, neste ano, impõe especial atenção nos pontos que causaram maiores polêmicas. Há vários outros problemas que também precisam ser enfrentados, especialmente no que diz respeito à ordem de convocação (Arruda; Bulhões; Santos, 2022).

Conclui-se que o legislador deve estar atento aos meandros jurisprudenciais ao renovar a referida legislação, a fim de evitar interpretações distorcidas do sistema de cotas raciais e enfraquecer a finalidade das ações afirmativas, dando singular enfoque à impossibilidade de eliminação total do candidato que não tiver a sua autodeclaração confirmada pela banca de heteroidentificação – que deverá ser formada por membros capacitados, treinados e sensíveis ao contexto racial brasileiro –, salvo em caso de comprovada fraude ou má-fé, e ao estabelecimento de critérios objetivos a serem adotados pelas comissões, tal qual o questionário padrão, a fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa, além de resguardar a dignidade humana.

Por outro lado, o Judiciário também deve permanecer atento para não criar injustiças a partir de suas decisões judicias que determinam o reingresso do candidato eliminado nas cotas por ato não fundamentado ou genérico, uma vez ainda ser preciso averiguar, na esfera administrativo e mediante o devido processo legal, se o autodeclarado negro é realmente preto ou pardo. Portanto, o mais recomendável é que o ato seja repetido, e não suprimido, pois não cabe o Poder Judicial – que não tem essa expertise – substituir os critérios avaliatórios, mas tão somente prezar pela legalidade, transparência e publicidade do exame.

Desse modo, garante-se a isonomia entre os candidatos, ao mesmo tempo em que se privilegia a justiça material, tratando cada um na medida de sua (des)igualdade. Assim, o mecanismo de cotas cumprirá sua missão social e institucional, combatendo a implementação equivocada da Lei nº 12.990/2014.

Referências

ARRUDA, Dyego de Oliveira; BULHÕES, Lucas Mateus Gonçalves; SANTOS, Caroline Oliveira. A política de cotas raciais em concursos públicos: desafios em face da luta antirracista. **Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 145, p. 91-111, set./dez. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei n.º 12.990, 9 de junho de 2014.** Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das

empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** RE 632.853, Relato(a)r: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-125 DIVULG 26-06-2015 PUBLIC 29-06-2015.

BRASIL. **ADC 41, Relator(a)**: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 08-06-2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017.

BRASIL. **ARE 1385962 AgR**, Relator(a): Edson Fachin, Segunda Turma, julgadoem 26/09/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 13-10-2022 PUBLIC 14-10-2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS n. 66.122/SP**, relator Ministro Herman Benjamin, monocrática, julgado em 31/5/2021, DJe de 29/6/2021.

BRASIL. **AgInt no RMS n. 62.857/DF,** relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 14/3/2022, DJe de 22/3/2022.

BRASIL. **AgInt no RMS n. 63.167/MA**, relator Ministro Afrânio Vilela, monocrática, julgado em 30/4/2024, DJe de 2/5/2024.

CAMPOS, L. A.; FERES JÚNIOR, J.; DAFLON, V. T. **O desempenho de cotistas no Enem: comparando as notas de corte do Sisu**. Rio de Janeiro: Uerj; São Paulo: Iesp, 2014.

CEARÁ. **Lei n.º 17.432, 25 de março de 2021.** Institui política pública social e afirmativa consistente na reserva de vagas para candidatos negros em concursos públicos destinados ao provimento de cargos ou empregos no âmbito dos órgãos e das entidades do poder executivo estadual.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Apelação Cível - 0022885-31.2021.8.06.0001**, Rel. Desembargador(a) Teodoro Silva Santos, 1ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 13/02/2023, data da publicação: 13/02/2023.

CEARÁ. **Apelação / Remessa Necessária - 0200144-73.2022.8.06.0099**, Rel. Desembargador(a) Fernando Luiz Ximenes Rocha, 1ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 13/02/2023, data da publicação: 13/02/2023.

CEARÁ. **Agravo Interno Cível - 0623200-76.2022.8.06.0000**, Rel.

Desembargador(a) Teodoro Silva Santos, 1ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 07/08/2023, data da publicação: 07/08/2023.

CEARÁ. **Agravo Interno Cível - 0624107-51.2022.8.06.0000**, Rel. Desembargador(a) Fernando Luiz Ximenes Rocha, 1ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 08/08/2022, data da publicação: 08/08/2022.

COUTINHO, Gabriela dos Santos; ARRUDA, Dyego de Oliveira. A implementação das cotas raciais nos concursos públicos para o magistério federal: um olhar a partir do Colégio Pedro II. **Mana**: Estudos de Antropologia Social, n. 28, v. 3, p. 1-33, 2022.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes Lima. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. **Univ. JUS**, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez., 2010.

KARRUZ, Ana. Oferta, demanda e nota de corte: experimento natural sobre efeitos da lei das cotas no acesso à Universidade Federal de Minas Gerais. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 61, n. 2, p. 405-462, 2018.

MIRANDA, Ana Paula Mendes de; SOUZA, Rolf Ribeiro de; ALMEIDA, Rosiane Rodrigues de. "Eu escrevo o quê, professor (a)?": notas sobre os sentidos da classificação racial (auto e hetero) em políticas de ações afirmativas. **Revista de Antropologia**, São Paulo, v. 63, n. 3, p. e178854, 2020.

SILVA FIGUEIREDO, Mateus. Cotistas preenchendo vagas de ampla concorrência em universidades federais: concorrência concomitante na lista de espera do Sisu. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**, v. 104, p. e5598, 22 dez. 2023.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Posso utilizá-la? *In*: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). **Metodologia da pesquisa em direito**: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 99-128.

Capítulo 28

O Controle Judicial da Função Político-Fiscalizatória Exercida pelo Poder Legislativo

Tiago Asfor Rocha Lima[1]
André Garcia Xerez Silva[2]

Preliminarmente: uma palavra sobre o homenageado

É com júbilo e satisfação que participamos desta coletânea jurídica de artigos científicos para homenagear um dos maiores nomes do Direito Público não apenas do Ceará, mas de todo o Brasil.

Constitucionalista de escol, magistrado decano do Tribunal de Justiça do Ceará (com trinta anos de judicatura), professor aposentado da mais que centenária Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e "advogado emprestado" aos quadros da magistratura cearense, o Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha é daquelas personalidades ímpares que inspiram não apenas as antigas, mas sobretudo as novas gerações de profissionais das mais distintas carreiras jurídicas.

A atuação de Sua Excelência nos bancos acadêmicos, como professor e doutrinador de inteligência aguçada, preparou inúmeras gerações de alunos para ingresso nas carreiras jurídicas. Suas obras jurídicas e escritos de direito constitucional são referências nacionais e internacionais, servindo de referência em inúmeros julgados dos diversos tribunais brasileiros.

Antes de assumir a judicatura, o Desembargador Fernando Ximenes exerceu com maestria a advocacia e deixou legados em uma ampla gama de

1 Advogado, ex-Juiz Titular do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará (TRE/CE) e ex-Presidente do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, Secção Ceará (CESA/CE). *Visiting Scholar* pela Columbia Law School, New York. Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da International Association of Procedure Law (IAPL).

2 Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Presidente da Comissão Especial de Ética na Política e Combate à Corrupção Eleitoral da OAB/CE. Membro da Academia Brasileira de Direito e Política (ABRADEP). Membro da Comissão Especial de Direito Eleitoral da Ordem dos Advogados do Brasil.

cargos públicos, notadamente como Procurador-Geral do Estado do Ceará e Procurador-Geral do Município de Fortaleza.

No Tribunal de Justiça do Ceará, exerce uma liderança leve e natural na Corte, em qualquer voto que profira, como relator ou não, conta com a redobrada atenção de seus pares, não apenas pela qualidade de decano, mas sobretudo pelo denso conteúdo jurídico de suas manifestações. De personalidade forte e seguidor de princípios inafastáveis, o Desembargador Fernando Ximenes é também um magistrado que julga com o coração e com o sentimento de justiça, sabendo equilibrar muito bem a legalidade e a razoabilidade.

Mais que merecida, pois esta obra é em homenagem a Sua Excelência. Que a trajetória de Sua Excelência sirva sempre de modelo e inspiração para todos aqueles que se prestam ao exercício dos diferentes *munus* público.

1 Introdução

O acirramento da disputa política no ano eleitoral, sobretudo no ciclo de renovação municipal, atrai a atenção para a atuação das Câmaras de Vereadores, que se afiguram como arena central dos embates que contrapõem os diferentes interesses políticos. A tensão na disputa, porém, mereceu particular atenção em reportagem de 21 de maio de 2024, ao denunciar que, "Em meio a disputas políticas, câmaras municipais avançam sob mandatos de vices"[3].

A formulação do título da matéria reúne a ideia dos dois conceitos que expressam de maneira mais aguda a tensão dialética que atormenta a teoria do Direito Constitucional, que é o confronto entre Direito e Política. Em outras palavras, os interesses políticos são o pano de fundo para a utilização de prerrogativas constitucionais para minar a representação política de opositores. Se o fenômeno realmente não é novidade para o pensamento constitucional, sua atualidade é premente diante das permanentes controvérsias que remanesce sob diversas roupagens com que se instrumentalizam as competências constitucionais do Poder Legislativo municipal e, por conseguinte, desafiam o Poder Judiciário a restaurar o império do Estado de Direito.

3 https://www.opovo.com.br/noticias/politica/2024/05/21/em-meio-a-disputas-politicas-camaras-municipais-avancam-sob-mandatos-de-vices.html

Assim, esta investigação pretendeu resgatar uma adequada proposta de compreensão do consolidado princípio da separação de poderes no que diz respeito ao controle judicial dos julgamentos políticos do Poder Legislativo, bem como sustentar teoricamente correlação indissociável entre o fenômeno político e o fenômeno jurídico sob a égide de um Estado de Direito, para, finalmente, ressaltar a diretriz firmada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 378 e seus reflexos para a atuação das Câmaras de Vereadores no exercício de sua função fiscalizatória.

2 Um breve resgate da compreensão do princípio da separação de poderes

A consolidação do Estado formal de Direito, ou Estado Burguês, oriundo da Revolução Francesa, deve a Locke e Montesquieu, principalmente, sua conformação de então, com base no dogma da separação dos poderes, que nada mais era do que uma tentativa de decompor o poder estatal com vistas a freá-lo.

Enquanto Locke (2006, p. 92) defendia que a renúncia à liberdade total dos homens no estado de natureza para se associarem sob um governo comum seria a preservação da propriedade, Montesquieu, ciente de que todo o poder tende a corromper-se e seus titulares tendem a abusar do seu emprego, engendrou um modelo de contrapesos visando à garantia da liberdade individual.

Esse momento histórico, analisado sob o foco do constitucionalismo, representa o contexto de afirmação e consagração dos direitos fundamentais de primeira geração, ou das liberdades negativas, visto que traduz, na verdade, conduta de abstenção por parte do Estado.

Não há como negar sua contribuição e importância histórica, que abriu caminho para o advento de um novo conceito de Estado, impulsionado pelas consequências que vieram a surgir com a consolidação daqueles ideais, de viés doravante intervencionista na ordem política e social.

A crise do Estado Liberal advém, inicialmente, no plano teórico. A Revolução Francesa, pautada no pensamento de Montesquieu e de Rousseau, resultou em modelo de Estado denominado como liberal-democrático, que encerra em si contradição que tentou ser mitigada com a vitória da burguesia. Se, por um lado, Montesquieu se preocupou em

decompor o poder estatal, por outro, Rousseau apenas pretendeu transferi-lo do rei ao povo.

Todavia, a democracia sustentada por Rousseau, que tinha como dogma a indivisibilidade da soberania popular, não se coadunaria com o pluralismo do poder defendido por Montesquieu. Embora a democracia e o liberalismo estivessem momentaneamente conciliados por ocasião de um novo Estado oriundo da Revolução Burguesa, era evidente que seus conceitos não eram sinônimos, mas expressavam uma relação dialética de tensão entre os valores de liberdade formal e de igualdade material, conceitos que adiante seriam mais bem aproximados. Paulo Bonavides (2011, p. 55) avalia com exatidão o que significava a peremptória união:

> Antes, o político (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois, dá-se o inverso: é o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal-democracia.

O Estado Liberal-Burguês, calcado em ideais como a neutralidade e o abstencionismo de Kant - o Estado gendarmiano - que se despia de qualquer responsabilidade na promoção do bem comum, começou a conhecer seu declínio com as novas revoluções do século XVIII.

E a expressão do novo modelo que estava por vir aconteceu primeiro na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar, em 1919, e, no Brasil, na Constituição de 1934. Daí em diante, a positivação de direitos sociais e mandamentos constitucionais que direcionam a ordem jurídica no sentido da afirmação de direitos fundamentais passou a ser prática generalizada nos países da Europa continental e da América Latina, sobretudo.

Esse novo olhar sobre o papel do Estado Constitucional foi ainda fortemente influenciado pelo florescimento de regimes republicanos como fórmula de domesticação jurídica do poder político. Paulo Bonavides (1998, p. 192) esclarece que as formas de governo representam a "organização e funcionamento do poder estatal, consoante os critérios adotados para a determinação de sua natureza", dentre os quais se destacam o número de titulares do poder soberano, o da separação de poderes e o dos princípios essenciais que animam as práticas governativas e o consequente exercício limitado ou absoluto do poder estatal.

Segundo a classificação aristotélica, distinguem-se as formas de governo em monarquia, aristocracia e república. A primeira se refere ao governo de um só; a segunda, ao governo de mais de um; e a terceira, ao

governo em que o povo dirige os seus próprios interesses. Poderiam ser deturpadas em tirania, oligarquia e demagogia, respectivamente.

Se Aristóteles preferiu separar em classes distintas república e aristocracia, Montesquieu (2010, p. 27) conceitua o governo republicano como aquele em que o povo - democracia - ou parte do povo - aristocracia - conserva o poder, ao lado da monarquia, que significa o governo de um só, mas por leis fixas e estabelecidas, e do despotismo, governo de apenas um e sem nenhuma submissão à lei. Aqui, a aristocracia seria uma espécie do gênero república.

Darcy Azambuja (2008, p. 241) acrescenta que na república aristocrática o direito de eleger os órgãos que exercem o poder político assiste apenas a uma classe nobre e privilegiada, ao passo que na república democrática o direito de eleger e de ser eleito é garantido a todos os cidadãos universalmente, uma vez atendidas as exigências legais.

Dalmo de Abreu Dallari (2009, p. 228) esclarece que "a república, que é a forma de governo que se opõe à monarquia, tem um sentido muito próximo do significado democracia, uma vez que indica a possibilidade de participação do povo no governo". Isso porque sua consolidação deriva principalmente das lutas contra a monarquia absolutista e em favor da soberania popular no século XVIII.

Não obstante a forma republicana de governo não ser uma cláusula pétrea na vigente ordem constitucional, ao contrário da forma federativa de Estado, sua violação é tão grave que enseja intervenção federal nos entes federativos que desrespeitarem, a teor do art. 37, VII, da Constituição. A identificação formal de uma república geralmente é percebida na separação e na coexistência dos três poderes nos governos constitucionais, mas seu conteúdo nuclear é bem mais abrangente. Consoante leciona José Afonso da Silva (2009, p. 103-104):

> Isso significa que a forma republicana implica a necessidade de legitimidade popular do Presidente da República, Governadores de Estado e Prefeitos Municipais (arts. 28, 29, I e II, e 77), a existência de assembléias e câmaras populares nas três órbitas de governos da República Federativa (arts. 27, 29, I, 44, 45 e 46), eleições periódicas por tempo limitado que se traduz na temporariedade dos mandatos eletivos (arts. Cits.) e, consequentemente, não vitaliciedade dos cargos políticos, prestação de contas da administração pública (arts. 30, III, 31, 34, VII, d, 35, II, e 70 a 75).

Com base nestas explicações, é fácil averiguar a relação da república com o controle judicial da atuação estatal dos órgãos encarregados pela

condução das políticas públicas. A legitimidade do Estado assentada na vontade popular e nela pautada, que remonta à própria origem etimológica da palavra república (dos gregos, *res publica* – coisa pública), resulta na necessária prestação de contas da Administração Pública, em sentido amplo, ou seja, o conceito de *accountability* do poder político.

Dalmo de Abreu Dallari (2009, p. 230), por sua vez, elege como as principais características da república e que justificam seu prestígio atualmente a temporariedade, a eletividade e a responsabilidade. Quanto ao último traço distintivo, sua compreensão representa o dever de prestar contas da orientação política dos dirigentes estatais. Em suma, a república implica a vinculação do exercício do poder político ao interesse público, não havendo espaço para decisões ou escolhas arbitrárias em qualquer instância de deliberação ou exercício dos poderes conferidos constitucionalmente a seus agentes.

Por isso, o outro lado da moeda do Estado Republicano é o controle. Outrora colocados em situação de antagonismo, pois quanto maior o poder menor o controle e vice-versa, atualmente poder e controle se complementam no arranjo institucional da atuação estatal. A ideia já defendida por Montesquieu, segundo a qual quem goza do poder tende a dele abusar, foi o ponto de partida para que surgissem mecanismos que criassem limites e freios para o exercício do poder, dos quais não se desvinculam a competência do Poder Legislativo para julgar as contas prestadas pelo Chefe do Executivo Municipal (art. 31, CF/88) e processamento por crimes de responsabilidade (Decreto Lei n. 201/67), no caso de Prefeitos, como expressões de funções atípicas do Poder Legislativo.

3 A sujeição do processo político ao Estado de Direito

As duas competências acima referidas reservadas às Câmaras Municipais abrangem verdadeira função "jurisdicional" exercida pelo órgão legislativo, atribuída pelo arranjo constitucional da sistemática de freios e contrapesos. No Brasil, embora vigore o sistema de jurisdição única, ou inglês, por força do princípio da inafastabilidade previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, isso não significa que não exista jurisdição fora do aparelho judicial. Tanto é assim que é trivial enumerar como função atípica de natureza jurisdicional do Poder Legislativo a competência do Senado Federal para julgar o Presidente da República acusado de crime de responsabilidade. O mesmo se pode dizer da atribuição do Poder Executivo para julgar e apreciar as defesas e recursos administrativos na sua

esfera interna, a exemplo da contestação de multas de trânsito, atividade normalmente compreendida como jurisdição administrativa.

Isso não significa, contudo, que o exercício dessa tarefa constitucional reservada ao Poder Legislativo, especialmente em tão grave responsabilidade para destituir Chefe do Poder Executivo democraticamente eleito, no caso de julgamento de crimes de responsabilidade, assim como no julgamento da prestação de contas de governo, que pode vir a resultar em sua inelegibilidade (art. 1º, I, "g", da LC n. 64/90) esteja ao infenso ao controle de legalidade. O fato de os processos se desenvolverem no âmbito de um órgão eminentemente político, como há de ser o Poder Legislativo, os jogos de interesses políticos e partidários próprios da articulação dos julgamentos há que se dá em conformidade com o Estado de Direito, notadamente por se tratar do exercício de atuação estatal com reflexos diretos no funcionamento do regime democrático e em direitos políticos fundamentais.

Nesse campo é fundamental recorrer ao conceito de Luigi Ferrajoli de "garantismo" como Estado de Direito, a partir do princípio da legalidade em sentido estrito, "ou validade substancial, que existe, outrossim, que lhe sejam legalmente preordenadas e circunscritas, mediante obrigações e vedações, as matérias de competência e os critérios de decisão" (Ferrajoli, 2014, p. 790). Ao contrário, a legitimidade formal do exercício do poder pressupõe apenas que "todos os poderes dos sujeitos titulares sejam legalmente predeterminados, bem como as formas de exercício" (Ferrajoli, 2014, p. 790).

Com essas distinções, Ferrajoli relaciona democracia política e Estado de Direito, atrelando as condições formais de exercício do poder ao primeiro conceito, traduzido pelas regras sobre quem e como se deve decidir, ao passo que as condições substanciais dizem respeito ao segundo postulado, representado pelas regras sobre o que se deve ou não se deve decidir. Desse modo, as regras de democracia política cuidam de quem e como se decide e englobam competências e procedimentos como o sufrágio universal e o princípio da maioria. Porém, o Estado de Direito exerce limites substanciais às condições formais do exercício do poder, na medida em que nenhuma maioria pode decidir pela supressão de minoria, contrapondo-se a qualquer Estado absoluto, seja autocrático ou democrático (Ferrajoli, 2014, p. 792).

Não basta para legitimar uma decisão política as regras sobre quem e como se deve decidir, pois nem mesmo pela vontade de maioria, ou da

unanimidade, é possível "que um homem morra ou seja privado sem culpa de sua liberdade, que pense ou escreva ou não pensa ou não escreva de um dado modo, que não se reúna ou não se associe a outros [...]" (Ferrajoli, 2014, p. 793), ou que, no caso desse estudo, seja afastado da Chefia do Executivo ou tornado inelegível em julgamento que não seja conduzido pela ordem constitucional. Nesse sentido, o Estado de Direito representa a dimensão substancial e social da democracia, que reflete, para além do interesse da maioria, o interesse de todos, de modo que o garantismo atua como técnica de limitação e disciplina do exercício do poder, com ênfase naquilo que se deve ou não se deve ser decidido.

Parece claro agora que os julgamentos políticos reservados ao Poder Legislativo se submetem ao sentido material de democracia como condicionante do exercício da vontade popular, neste caso, por meio de seus representantes eleitos, com base nas regras sobre o que não se deve decidir, isto é, não se pode destituir ou inabilitar Prefeitos sem a estrita observância ao ordenamento jurídico. Assim, revela-se a necessidade da institucionalização jurídica do poder político, trabalhada com maestria por Jürgen Habermas.

Embora a teoria de democracia de Habermas seja normalmente associada a um sentido formal, ou procedimental (Streck, 2011, p. 81), haja vista sua ênfase na teoria do discurso que enxerga na política deliberativa o âmago do processo democrático, o autor não considera ser dado à comunidade decidir sobre tudo. Pelo contrário, Habermas (2012, p. 192) afirma que "a consideração de fins coletivos não pode destruir a forma jurídica - que é a função própria do direito; essa consideração não pode deixar o direito diluir-se em política".

O filósofo entende que o princípio da democracia resulta da interligação entre o princípio do discurso e da forma jurídica, que, juntos, formam um processo circular em que o código de direito e o mecanismo de produção do direito legítimo (democracia) se constituem de modo cooriginário. O princípio do discurso repousa na liberdade comunicativa, definida "como a possibilidade – pressuposta no agir que se orienta pelo entendimento – de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo" (2012, p. 155). O processo circular que começa com o princípio do discurso termina com sua aplicação ao direito, que, por sua vez, permite a "institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar

retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica" (Habermas, 2012, p. 155).

Assim, Habermas concebe a autonomia privada no sentido dos direitos humanos, enquanto a soberania do povo representa a autonomia política, que se entrelaçam nesse processo circular de criação e legitimação. Se, por um lado, a autonomia privada, enquanto direitos humanos, oferece liberdades subjetivas de ação, por outro, a autonomia política exige um código jurídico que coloque o direito como *medium* da liberdade comunicativa.

Enquanto condições necessárias que possibilitam o exercício da autonomia política, a forma jurídica não é capaz de circunscrever a soberania, pois "condições possibilitadoras não impõem limitações àquilo que constituem" (Habermas, 2012, p. 165). Por isso, o princípio do discurso somente revela o princípio da democracia quando mediado pelo direito, no qual "os cidadãos fazem um uso originário de uma autonomia política que se constitui através de um modo performativo autorreferencial" (Habermas, 2012, p. 165).

Esse substrato teórico e filosófico recoloca o cerne deste artigo sob a ótica de que a soberania política, exercida pelos membros do Poder Legislativo, por meio de seus mandatos representativos, ainda que na condição portadores da vontade popular, encontra limites que devem se circunscrever a uma forma jurídica para que se preserve a própria democracia. A consequência disso é a absoluta possibilidade de o Poder Judiciário sindicar a legalidade dos julgamentos políticos desempenhados pelas Câmaras de Vereadores contra os Prefeitos Municipais, por força da ordem constitucional e de um vigente Estado de Direito, que é incompatível com toda forma de poder absoluto, mesmo que acobertado pelo véu da autonomia política.

É bem verdade que o princípio da separação dos poderes impõe ao Judiciário um dever de autocontenção, porém, havendo vício de constitucionalidade e/ou legalidade nas decisões políticas emanadas do Legislativo, abre-se a via do controle jurisidicional como instrumento de preservação do Estado de Direito.

4 Lições da ADPF 378 para a atuação das Câmaras Municipais de Vereadores

O emblemático precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Prefeito Fundamental n. 378, prenunciou perigosas advertências sobre qual deveria ser o papel do Poder Judiciário no controle da legalidade do processo de *impeachment* da então Presidente da República, Dilma Rousseff. A ação ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil pretendia discutir a adequação do rito previsto pela Lei n. 1.079/1950 (define os crimes de responsabilidade e o respectivo processo de julgamento) com a Constituição Federal de 1988. Entre os pedidos, consistia no seguinte pleito:

> [...] p) seja realizada interpretação conforme do art. 19 da Le n. 1.079/1950, com efeitos ex tunc – alcançando processos em andamento -, para fixar a interpretação segundo a qual o Presidente da Câmara dos Deputados apenas pode praticar o ato de recebimento da acusação contra a Presidente da República se não incidir em qualquer das hipóteses de impedimento ou suspeição, esta última objetivamente aferível pela presença de conflito concreto de interesses (STF, ADPF n. 378, Peça inicial, 2017, p. 73-74).

Em que pese abranger controle abstrato de constitucionalidade, os contornos concretos da ação envolviam o recebimento de pedido de *impeachment*, por crime de responsabilidade, pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, contra a então Presidente da República, em 2 de dezembro de 2015, mesmo dia em que o Partido dos Trabalhadores, ao qual a denunciada era filiada, anunciou que votaria a favor do prosseguimento de denúncia contra o Presidente da Câmara perante o Conselho de Ética do Poder Legislativo. Assim, discutiu-se que o recebimento de denúncia se deu em retaliação à Presidente e seu partido, maculando a higidez do processo pelo que seria um claro desvio de finalidade. A esse respeito, todavia, assentaram o Ministro Relator, Edson Fachin, e Revisor, Luís Roberto Barroso, em decisão acompanhada à unanimidade dos demais membros da Corte, pela improcedência do pedido, conforme o excerto do acórdão:

> Embora o art. 38 da Lei n. 1.079/1950 preveja a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal em processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, o art. 36 da Lei já cuida da matéria, conferindo tratamento especial, ainda que de maneira distinta do CPP. Portanto, não há lacuna legal acerca das hipóteses

> de impedimento e suspeição dos julgadores, que pudesse justificar a incidência subsidiária do Código. A diferença de disciplina se justifica, de todo modo, pela distinção entre magistrados, e parlamentares, que podem exercer suas funções, inclusive de fiscalização e julgamento, com base em suas convicções político-partidárias, devendo buscar realizar a vontade dos representados. (STF, ADPF n. 378, Rel. Min. Edson Fachin. Rel. para acórdão Min. Luís Roberto Barroso, p. 6).

A posição perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal representou uma fragilização na teoria de direito constitucional acumulada historicamente, inclusive na contramão de seus próprios entendimentos anteriores consolidados, desde o julgamento do MS n. 21.564, que apreciou a legalidade do processo de *impeachment* de José Sarney. Por isso, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2022, p. 236) oferece uma análise crítica sobre a sinalização decorrente do julgamento da ADPF n. 378:

> Em outras palavras, o STF permitiu que o cargo de Presidente da Câmara dos Deputados suportasse aberta utilização do Direito Constitucional como arma política contra inimigos. Nem sequer o óbvio argumento da dogmática jurídica do Direito administrativo sobre o desvio de finalidade dos atos administrativos veio à discussão, o que significa que, mesmo no âmbito da normatividade, a discussão foi evitada.

Por sua vez, em escala muito maior e mais recorrente, os Poderes Legislativos municipais vêm instrumentalizando suas prerrogativas constitucionais contra adversários políticos, seja por meio da instauração de procedimentos com base no Decreto-Lei n. 207/67, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade praticados contra Prefeitos e Vereadores, assim como os julgamentos das contas públicas prestadas pelo Chefe do Executivo, a teor do art. 31, da Constituição de 1988. Contra eventuais arbítrios praticados pela Câmara de Vereadores, o Poder Judiciário é a última trincheira de defesa para restaurar a ordem jurídica e constitucional, que já desaguou em conflitos submetidos ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Sem a pretensão de exaurir ou apresentar uma jurisprudência uniforme da Corte Estadual do Estado do Ceará, apenas dois casos concretos julgados que se relacionam à temática em estudo serão ilustrados, que dizem respeito às duas atribuições mencionadas que foram incumbidas às Câmaras de Vereadores, e que revelam uma atuação do Judiciário em defesa do fortalecimento do Estado Democrático de Direito. O primeiro diz respeito à cassação do mandato de Vice-Prefeito, opositor do então Prefeito Municipal, pelo Poder Legislativo de Maranguape, com base no

Decreto-Lei n. 207/67. Eis o teor do que foi consignado na ementa do referido julgado:

> EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. VICE-PREFEITO. MANDATO. CASSAÇÃO. COMISSÃO PROCESSANTE. CONSTITUIÇÃO. OBSERVÂNCIA DO ART. 5º, II, DO DECRETO-LEI Nº 201/1967. POSSIBILIDADE DE SINDICÂNCIA PELO PODER JUDICIÁRIO QUANTO À REGULARIDADE DO PROCESSO, SEM VALORAR A MOTIVAÇÃO. SORTEIO DOS MEMBROS DA COMISSÃO. INEXISTÊNCIA PORQUE OS VEREADORES COMPONENTES FORAM INDICADOS PELO PRESIDENTE DO LEGISLATIVO. HIPÓTESE QUE TRATA DE CASSAÇÃO DO MANDATO E NÃO DA SUA EXTINÇÃO, COMO DEFENDIDO PELA AGRAVANTE. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, À LEGALIDADE E À TRANSPARÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. ARTS. 5º, LIV, E 37, CAPUT, DA CF/1988. - O processo para a cassação do Prefeito, assim como do Vice-Prefeito, pela prática de infração político-administrativa não prescinde da observância das regras previstas no art. 5º, II, do Decreto-Lei nº 201/1967. - A indicação dos membros da comissão processante, feita pelo Presidente da Câmara Legislativa, a par do necessário sorteio dos Vereadores que deveriam compô-la, viola preceitos legais e constitucionais, tendo em vista a necessidade de que a formação da comissão deve obedecer à regra legal, isonômica (proporcionalidade das representações partidárias) e impessoal prevista da legislação de regência. - Hipótese que trata de cassação do mandato do Vice-Prefeito e não da extinção deste. RECURSO CONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO. (TJ/CE. Processo n. 0627471-75.2015.8.06.0000. Primeira Câmara Cível. Rel. Des. Paulo Airton Albuquerque Filho. Julgado em 25/04/2016)

Entre os fundamentos importantes do voto proferido pelo Relator, que foi acompanhado pelo Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha e pela Desembargadora Lisete de Sousa Gadelha, extrai-se o enfrentamento da tese sustentada pela Câmara de Vereadores de Maranguape de que a cassação do Vice-Prefeito Municipal consubstanciaria um ato puramente político, que não estaria sujeito ao exame judicial, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes. Em suma, foi assentado pelo Relator, a respeito da inafastabilidade da jurisdição, que "a moderna interpretação deste dispositivo constitucional é no sentido de ser possível sindicar a legalidade e a constitucionalidade do ato administrativo sem que este controle jurisdicional afete o princípio da separação dos poderes insculpido no art. 2º da Carta Magna". Isso porque separação de poderes não implica separação de Política e Direito, ou separação de autonomia política e ordem jurídica.

Essa linha de compreensão converge com as premissas teóricas sustentadas quanto à absoluta e necessária sujeição do processo político aos ditames jurídicos, que não estará imune ao controle judicial de legalidade. Ainda que a ementa indique um possível limite da intervenção judicial quanto à valoração da motivação que ensejou o processo de cassação, visto que somente seria passível de sindicância sua regularidade, esse ponto não atraiu a centralidade da discussão, o que impede um aprofundamento dogmático desse aspecto do julgado. A ênfase na violação procedimental prevaleceu no reconhecimento da ilegalidade do exercício da prerrogativa constitucional do Poder Legislativo Municipal.

O acórdão do Tribunal de Justiça do Ceará findou por manter a decisão liminar originariamente concedida em Mandado de Segurança em favor do Vice-Prefeito, ao reputar ilícito o ato do Presidente da Câmara de Vereadores que cassou seu mandato eletivo e, por conseguinte, determinou que fosse restabelecida sua condição de agente político representante da vontade popular. A importância de um julgado que garante o pleno exercício de um mandato eletivo violado ultrapassa o interesse imediato de seu titular, pois atinge todo os seus eleitores que depositaram sua confiança na direção estatal por meio de seu delegatário e, por isso, tem o condão assegurar a premissa maior do governo democrático consistente na autodeterminação política.

Outro procedimento que costuma se inserir na arena das disputas políticas entre adversários é a competência do Poder Legislativo municipal para julgar as contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo. Isso porque o julgamento que delibere pela desaprovação de suas contas, após a emissão do parecer prévio pelo Tribunal de Contas, detém aptidão para inabilitar o gestor para a disputa de eleições futuras por 8 anos, em virtude da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, "g", da LC n. 64/90 (Lei da Ficha Limpa).

A gravidade de suas consequências remete, portanto, às advertências anteriores no sentido de que o Poder Judiciário proceda um controle de legalidade que crie barreira à instrumentalização dos processos como ferramentas de aniquilação política das legítimas divergências ínsitas à disputa democrática. No ponto, uma inusitada situação foi submetida à apreciação da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Ceará. O Poder Legislativo do Município de Aurora/CE tramitou diversos procedimentos baseados em acórdãos do Tribunal de Contas do Ceará proferidos contra o anterior Chefe do Executivo e, ao final, proferiu os

respectivos decretos legislativos em que decidia pela desaprovação de suas contas.

O gestor aduziu que os processos estavam viciados, pois careciam da emissão do parecer prévio da Corte de Contas, que se afigura condição indispensável para que se processe seu julgamento pelo Poder Legislativo. Na verdade, a Câmara de Vereadores instaurou os processos com base em deliberações do Tribunal de Contas que julgaram o gestor pela sua participação em atos de gestão, não com a natureza de contas de governo, que são aquelas prestadas anualmente a fim de aferir a legalidade dos aspectos orçamentários da gestão pública e cuja deliberação, tecnicamente, denomina-se "parecer prévio".

Em outras palavras, não é todo pronunciamento oriundo dos Tribunais de Contas que desperta a competência do Poder Legislativo para julgar as contas do Chefe do Executivo, mas aqueles decorrentes da emissão de parecer prévio que recomende a aprovação ou rejeição de suas contas, cuja conclusão deixa de prevalecer mediante deliberação e dois terços da Câmara Municipal. Após a rejeição da pretensão autoral pela sentença, que não constatou quaisquer vícios nos procedimentos, a apelação foi provida com base no acórdão assim ementado:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. JULGAMENTO DAS CONTAS DE GESTÃO DE EX PREFEITO. TEMA 835 DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF. AUSÊNCIA DE REGULAR NOTIFICAÇÃO DO EX-GESTOR. MALFERIMENTO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DAAMPLA DEFESA. NOTIFICAÇÃO QUE EMBORA EXPEDIDA NÃO ATINGIU A SUA FINALIDADE. OFÍCIO DA CÂMARA MUNICIPAL INDICANDO A AUSÊNCIA DE PARECER PRÉVIO DO TRIBUNAL DE CONTAS. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO PELA CASA LEGISLATIVA. PRECEDENTES. VÍCIOS CONFIGURADOS. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. 1. Cuida-se de apelação cível em face de sentença que julgou improcedente o pedido autoral, concernente na decretação de nulidade do julgamento pela Câmara Municipal de Aurora, que decidiu pela desaprovação das contas de gestão dos exercícios de 2006, 2007 e 2008, referentes ao período em que atuou como Prefeito daquela localidade (Decretos Legislativos nº 06/2016, nº 07/2016 e nº 08/2016). 2. Em relação às notificações dirigidas ao ex-gestor acerca da sessão de julgamento das contas, esta Corte já firmou entendimento no sentido de que "haja vista que a notificação, apesar de expedida, não chegou em suas mãos para ciência, o que, induvidosamente, inviabilizou o exercício da ampla defesa e

> do contraditório constitucionalmente assegurados." (RN0050092-16.2020.8.06.0041, Rel. Desembargador(a) INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO, 3ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 09/08/2021, data da publicação: 09/08/2021). 3. O contraditório e a ampla defesa são direitos fundamentais de qualquer cidadão, assegurados na Constituição Federal de 1988, sem os quais resta maculado o processo administrativo que culminou na desaprovação das contas de gestão do recorrente. 4. Quanto ao parecer prévio da Corte de Contas, dormita nos autos, à fl. 47, Ofício da Câmara Municipal de Aurora indicando que "em relação aos Pareceres Prévios do Tribunal que foram solicitados, gostaríamos de informar que após análise e pesquisas nas referidas pastas não foram encontrados nenhum documento referente aos pareceres prévios requeridos". 5. É sabido que o julgamento das contas de Prefeito deve ocorrer pela respectiva Câmara Municipal, mediante parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas, conforme disposto nos art. 31 e 71 da Carta Magna de 1988. 6. Sobre o tema, esta e. Corte de Justiça possui jurisprudência no sentido de que "o parecer técnico a cargo da Corte de Contas deve preceder ao julgamento político feito pela Câmara Municipal de Quixeramobim, porquanto a Constituição Federal foi assente em definir o papel específico do legislativo municipal para julgar, após parecer prévio do tribunal de contas, as contas anuais elaboradas pelo chefe do poder executivo local." (RN0001952-68.2018.8.06.0154, Rel. Desembargador(a) MARIAIRANEIDE MOURA SILVA, 2ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 08/06/2022, data da publicação: 08/06/2022) 7. Portanto, em consonância com o parecer ministerial, constatados os vícios apontados, relativos à intimação do ex-gestor acerca da sessão de julgamento legislativa e a ausência de prévio parecer do TCE, deve ser provido o recurso, a fim de reformar a sentença de primeiro grau de jurisdição, e julgar procedente o pedido autoral. - Apelação conhecida e provida. - Sentença reformada. (TJ/CE. Processo n. 0050254-11.2020.8.06.0041. 3ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Maria Iracema Martins do Vale. Julgado em 22/08/2022)

Além do aspecto procedimental da tramitação que foi considerado ilícito em virtude dos vícios na notificação do gestor, restabeleceu-se o império da ordem constitucional no que diz respeito ao acertado regime de responsabilização do Chefe do Executivo perante o Poder Legislativo municipal. O voto da Relatora, Desembargadora Maria Iracema Martins do Vale, destacou a impossibilidade de a Câmara de Vereadores proceder ao julgamento político do Chefe do Executivo à míngua do parecer prévio emitido pela Corte de Contas, por força do art. 31 da Constituição da República.

Os engenhosos artifícios operados pelas Câmaras de Vereadores, com o rótulo da formalidade procedimental, escondem o arbítrio da

politização da função fiscalizatória do Poder Executivo, que, a pretexto de zelar pela vigilância das contas públicas, intenta expulsar da arena eleitoral desafetos, por meio da incidência de sua possível inelegibilidade. Não se defende a descredibilização da atuação política do Poder Legislativo, mesmo em julgamentos de índole eminentemente política. O que se sustenta é que sua condução não pode se eximir da rigorosa observância aos ditames constitucionais, o que igualmente não autoriza a substituição pelo Poder Judiciário da tarefa constitucionalmente assegurada às Câmaras de Vereadores.

Em arremate, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2022, p. 241) explica o real significado que justifica e orienta a inspiração constitucional para conferir ao Poder Legislativo a fiscalização e julgamento do Chefe do Poder Executivo, inspirado no modelo estadunidense:

> Trata-se da percepção de que o deslocamento do espaço do julgamento da Suprema Corte estadunidense para o Senado dava-se em razão do fato de ser mais complexa a pressão sobre quase uma centena de senadores do que sobre nove justices. Ou seja, não se renunciaria ao aspecto formal jurídico para a apuração de crime de responsabilidade do Presidente da República. Em termos claros: no que pese a forte dosagem política presente em qualquer processo para apuração e julgamento de crime de responsabilidade de mandatários eleitos, o elemento jurídico deve dirigir o processo, no sentido de que o devido processo legal e a ampla defesa sejam observados e garantidos.

Assim, vislumbra-se que o lócus do exercício do poder constitucional para fiscalizar o Executivo no âmbito do Poder Legislativo se explica antes como uma garantia constitucional para a idoneidade do regime do que como uma deferência a uma imunidade política para o seu desempenho. A perversão dos processos instaurados pelas Câmaras de Vereadores para fulminar opositores políticos merece permanente vigília do Poder Judiciário, de modo que o exercício das atribuições constitucionais advindas de um órgão eminentemente político não o exime da sujeição absoluta ao jurídico.

5 Conclusão

Após perpassar pela investigação dos tópicos anteriores, a primeira conclusão que a pesquisa permite firmar é a compreensão do significado do princípio da separação dos poderes como uma ferramenta de controle e contenção do exercício do poder político. Inspirado nos ideais que deram origem ao nascimento do Estado liberal, a repartição das funções do governo não importa em atribuições estanques e absolutas. O fortalecimento dos

regimes republicanos, como é o caso da Constituição brasileira de 1988, reforça a dimensão de *accountability* que se exige dos governos e, por conseguinte, da necessária vinculação do exercício do poder ao interesse público.

Essa forma de organização estatal implica que todas as deliberações políticas advindas dos agentes públicos devem guardar consonância com a ordem jurídica. Não existe, no panorama do Estado de Direito, ou dimensão material da democracia, um plano de exercício da vontade puramente política que não dependa de conformação jurídica, sob pena de dissolver jurídico em político. Política e Direito, na teoria democrática contemporânea, estão implicados mutuamente em uma relação de criação e dependência, o que resulta na necessidade de controle judicial dos processos políticos exercidos pelo Poder Legislativo.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 378, não haver aprofundado o exame de legalidade do processo de *impeachment* contra a então Presidente Dilma Rousseff, sobretudo quanto à instrumentalização do processo como ferramenta de retaliação política, o Tribunal de Justiça do Ceará sinaliza em seus precedentes uma firme sindicância judicial sobre a prerrogativa constitucional das Câmaras de Vereadores de exercer a fiscalização do Chefe do Poder Executivo, em consonância com a métrica constitucional da conciliação do político com o jurídico.

Referências

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e

validade. Volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: 2012.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Supremo Tribunal Federal**: Prússia contra Reich. São Paulo: Contracorrente, 2022.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 27.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 103-104.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Alberto Silva Franco
Alcides Saldanha Lima
Alexandre Freitas Câmara
Ana Paola Castro Lins
André Garcia Xerez Silva
Bruno Pimentel Feitoza
Denise Lucena Cavalcante
Dimas Macedo
Edilberto Carlos Pontes Lima
Emilio de Medeiros Viana
Felinto Alves Martins Filho
Fernando Braga Damasceno
Filomeno Moraes
Flávia Piovesan
Francisco Luciano Lima Rodrigues
Gabrielle Bezerra Sales Sarlet
Gilberto Bercovici
Hugo de Brito Machado Segundo
Ingo Wolfgang Sarlet
João Gabriel Laprovitera Rocha
Joriza Magalhães Pinheiro
Joyceane Bezerra de Menezes
Juvêncio Vasconcelos Viana
Lenio Luiz Streck
Letícia Antonio Quixadá
Luiz Edson Fachin
Mantovanni Colares Cavalcante
Marcelo Roseno de Oliveira
Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Martonio Mont'alverne Barreto Lima
Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão
Raquel Cavalcanti Ramos Machado
Roberto Rosas
Teodoro Silva Santos
Tiago Asfor Rocha Lima
Valquíria Maria Novaes Menezes Fraemam

ISBN 978-655397253-7

ESMEC
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará