

COORDENADORES:
GILMAR FERREIRA MENDES
PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

XXI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL

**30 ANOS DE CONSTITUIÇÃO: UM BALANÇO
(ANAIS 2018)**

CONFERENCISTAS: **ANA CLÁUDIA NASCIMENTO GOMES, CARLOS BLANCO DE MORAIS, GRACE MENDONÇA, JOÃO TRINDADE CAVALCANTE FILHO, LUIZ RODRIGUES WAMBIER, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO**

AUTORES: **AFONSO SOARES DE OLIVEIRA SOBRINHO, CÁCIA PIMENTEL, DANIEL AUGUSTO DINIZ VILA-NOVA, EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA, HENRIQUE SMIDT SIMON, JOSÉ GUIMARÃES MENDES NETO, JULIANO RIBEIRO SANTOS VELOSO, MANUELA ITAMAR LIMA, NATÁLIA OLIVEIRA MARCOLINO GOMES, RAFAEL CAMPOS SOARES DA FONSECA**

Organizadores
Gilmar Ferreira Mendes
Paulo Gustavo Gonet Branco

XXI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL
“30 ANOS DE CONSTITUIÇÃO: UM BALANÇO”
(ANAIS 2018)

1ª edição

CONFERENCISTAS:	AUTORES:
Ana Cláudia Nascimento Gomes	Afonso Soares de Oliveira Sobrinho
Carlos Blanco de Moraes	Cácia Pimentel
Grace Mendonça	Daniel Augusto Diniz Vila-Nova
João Trindade Cavalcante Filho	Emerson Affonso da Costa Moura
Luiz Rodrigues Wambier	Henrique Smidt Simon
Manoel Gonçalves Ferreira Filho	José Guimarães Mendes Neto
	Juliano Ribeiro Santos Veloso
	Manuela Ithamar Lima
	Natália Oliveira Marcolino Gomes
	Rafael Campos Soares da Fonseca

IDP
Brasília
2019

M538v

Mendes, Gilmar Ferreira (Org.)

XXI Congresso Internacional de Direito Constitucional: “30 anos de constituição: um balanço” / Organizadores Gilmar Mendes Ferreira, Paulo Gustavo Gonet Branco; Afonso Soares de Oliveira Sobrinho ...[et al.]. – Brasília: IDP, 2019.

247 p.

Inclui notas explicativas e bibliográficas.

ISBN: 978-85-9534-035-0

1. Direito Constitucional - coletânea. 2. Direito Constitucional. 3. Brasil - Constituição (1988). I. Título. II. Mendes, Gilmar Ferreira (org.) III. Branco, Paulo Gustavo Gonet (org.).

CDDir: 341.2

CDU:342(81)

Catalogação na Fonte
Revisada pela Bibliotecária Debora Freitas de Sousa – CRB 1/3249

APRESENTAÇÃO

O Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) tem, dentre suas missões institucionais, o escopo de estimular o desenvolvimento científico e pensamento reflexivo, que promovam retorno à sociedade. Para tanto, realiza parcerias com grandes centros internacionais de pesquisa, o que desvela sua abertura institucional e sua inserção no debate jurídico global. Tais parcerias, por conseguinte, resultam em eventos e publicações relativos ao Direito Constitucional Comparado.

Assim, o Congresso Internacional de Direito Constitucional consiste nesse importante espaço de debate para aprimoramento científico e para o intercâmbio de experiências jurídicas. Em sua vigésima primeira edição, o evento abordou a temática “**30 anos de Constituição: um balanço**”, ocorrendo no período de 7 e 8 de novembro de 2018 na sede do IDP e contando com a participação de renomados juristas, membros de Poderes Públicos, advogados, jornalistas, docentes e discentes.

Esta obra, por sua vez, é coordenada pelos professores Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonçalves Branco e reúne as principais temáticas que foram objetos de análise, tanto nos painéis quanto nas apresentações de artigos no grupo de trabalho (GT). Diante disso, esta produção se configura como relevante fonte de pesquisa em temas atuais e de grande impacto nacional e internacional, a saber: A Construção de uma Democracia Duradoura; Controle de Constitucionalidade nos Últimos 30 anos: Evolução e Problemas; Direito Penal e Segurança Pública: Erros, Acertos e Possibilidades; Constituição, Democracia Representativa, Estado de Direito e Ativismo Judicial: O que Esperar dos Próximos 30 anos?; Direitos Fundamentais: O Legado da Constituição Federal de 1988.

A primeira parte desta publicação recebe a contribuição dos palestrantes com os textos que embasaram suas apresentações no congresso. Nesse sentido, apresentam-se os seguintes autores: Ana Cláudia Nascimento Gomes, Carlos Blanco de Moraes, Grace Mendonça, João Trindade Cavalcante Filho, Luiz Rodrigues Wambier, Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

A segunda parte conta com os artigos dos autores que apresentaram suas pesquisas no Grupo de Trabalho deste Congresso, coordenado pelos Professores João Paulo Bachur e Paulo Mendes do Programa de Mestrado em Direito Constitucional do IDP. Tratam-se de artigos que foram submetidos à avaliação *double blind review*, aprovados por dois ou mais avaliadores, destacando-se por estarem de acordo com edital de chamada de trabalhos deste evento. Ademais, compreendem textos de pós-graduandos, graduandos e professores desta e de outras instituições, a saber: Afonso Soares de Oliveira Sobrinho, Cácia Pimentel, Emerson Affonso da Costa Moura, Daniel Augusto Diniz Vila-Nova, Henrique Smidt Simon, Manuela Ithamar Lima, José Guimarães Mendes Neto, Juliano Ribeiro Santos Veloso, Natália Oliveira Marcolino Gomes e Rafael Campos Soares da Fonseca.

Consiste, assim, em publicação oriunda do evento, em formato de *e-book*, que congrega discussões nacionais e internacionais de suma relevância para o Direito.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

SUMÁRIO

CONFERENCISTAS

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF.....	08
ANA CLÁUDIA NASCIMENTO GOMES	
DEMOCRACIA DIGITAL: ALIADO OU ADVERSÁRIO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.....	24
CARLOS BLANCO DE MORAIS	
RESOLUÇÃO PACÍFICA DE CONFLITOS.....	34
GRACE MENDONÇA	
CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE E DE LEGÍSTICA PELAS COMISSÕES DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA: IMPORTÂNCIA, PERSPECTIVAS E DESAFIOS.....	47
JOÃO TRINDADE CAVALCANTE FILHO	
A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E A TUTELA DA EVIDÊNCIA CONCEDIDA EM CARÁTER LIMINAR.....	59
LUIZ RODRIGUES WAMBIER	
DIREITOS FUNDAMENTAIS: O LEGADO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	69
MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO	

AUTORES

OPORTUNIDADES ESTRATÉGICAS PARA OS ADVOGADOS: A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO ÉTICO E PARTICIPATIVO.....	81
AFONSO SOARES DE OLIVEIRA SOBRINHO	
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL, SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ASPECTOS ECONÔMICOS.....	108
CÁCIA PIMENTEL	
INTERVENÇÕES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E SEUS EFEITOS PARA O EQUILÍBrio POLÍTICO: AS INCERTEZAS NA APLICAÇÃO DA LEI DA FICHA LIMPA.....	122
DANIEL AUGUSTO DINIZ VILA-NOVA	
HENRIQUE SMIDT SIMON	
A FIXAÇÃO DE MANDATOS PARA MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E REPUBLICANO: ANÁLISE DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 35 DE 2015.....	146
EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA	
O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE ENSINO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	166
JOSÉ GUIMARÃES MENDES NETO	
MANUELA ITHAMAR LIMA	
BALANÇO DOS 30 ANOS DA “GESTÃO DE RESULTADOS” NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....	189
JULIANO RIBEIRO SANTOS VELOSO	
O ABORTO SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL NO BRASIL.....	210
NATÁLIA OLIVEIRA MARCOLINO GOMES	
A FUNÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO FEDERALISMO FISCAL.....	222
RAFAEL CAMPOS SOARES DA FONSECA	

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF

Ana Cláudia Nascimento Gomes¹

1. Introdução

O artigo que ora trazemos a lume (em verdade, um resumo) foi fomentado a partir de uma palestra que, conjuntamente com o *Doutor Paulo Gustavo Gonçalves Branco*, ofertamos no painel “Controle de Constitucionalidade nos últimos 30 anos: evoluções e problemas” do *XXI Congresso Internacional de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP*; este realizado no final de 2018, em Brasília, em comemoração dos 30 Anos da Constituição de 1988, sob o seguinte mote: “30 Anos da Constituição: o que esperar dos próximos 30 anos”.

O objetivo daquele debate – e que agora perpassa o presente arrazoado – era tecer comentários sobre a evolução do controle de constitucionalidade no período pós-constitucional, em especial, do controle realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF); e, mediante o atual cenário judicial, poder eventualmente antecipar algumas novidades e/ou dificuldades para os próximos anos.

Assim, reproduzimos aqui a essência daquele frutuoso debate; não tanto pelas constatações e considerações jurídicas que nele foram formuladas; mas, principalmente, pelo convívio acadêmico e doutrinário que por ele se viabilizou.

Vejamos.

¹ Doutora em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Concursada da PUCMINAS-Belo Horizonte. Procurada do Trabalho. Atualmente, membro do Ministério Público da União (MPU/MPT) Auxiliar da Procuradoria-Geral da República em matéria trabalhista.

2. Inovações e complexidades do controle de constitucionalidade no STF:

Do quadro normativo positivo respeitante ao controle de constitucionalidade perante o STF (Constituição; Emenda Constitucional nº 3/1993; Lei nº 9868/99; Lei 9.882/99; Emenda Constitucional nº 45/2004; Lei 11.417/2006, em ordem cronológica), evidencia-se que foram atribuídas à Corte o processamento e o julgamento de uma variedade de ações do processo objetivo (ADI/ação direta de inconstitucionalidade; ADC/ação direta de constitucionalidade; ADO/ação de inconstitucionalidade por omissão e ADPF/arguição de descumprimento de preceito fundamental).²

Para além disto, a Constituição ampliou consideravelmente o acesso à jurisdição constitucional abstrata, na medida em que várias autoridades da República e (art. 103-I a IX) e atores da esfera pública (partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional) passaram a deter a legitimidade ativa para tanto perante o STF; eliminando o monopólio que o Procurador-Geral da República detinha, na Carta de 1969, para a propositura de “representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual” (CR/69, art. 119-I-).³

Por consequência e finalmente, a tal variedade de ações do controle concentrado passou-se a associar diferentes decisões com força geral e obrigatória (decisões com eficácia *ex tunc*; *ex nunc* e, até *pro futuro*; decisões de “interpretação conforme a Constituição”; de “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto” – arts. 27 e 28-parágrafo único da Lei 9.868/99); ressaltando que, introduzidas pela EC 45/2004, também as

² Considerando o objetivo expresso do presente artigo (de sintetizar a essência do debate apresentado no Congresso), apresenta-se nessa nota obras que nos serviram de referência para a feitura daquela apresentação: MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei 9.868/99*, Editora Saraiva, São Paulo, 2^a ed., 2012; MENDES, Gilmar Ferreira, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2^a ed. 2011; GOMES, Frederico Barbosa, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: uma visão crítica*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2008; FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi, *Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Controle de Constitucionalidade*, Ed. LTR, São Paulo, 2011.

³ Sobre as controvérsias jurídicas sobre a discricionariedade ou vinculação do PGR à propositura da ação de inconstitucionalidade, quando representado: v. MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei 9.868/99*, Editora Saraiva, São Paulo, 2^a ed., 2012, p.39 ss.

súmulas (vinculantes) passaram a poder ter tais características, em conformidade com o procedimento agora constante da Constituição. (art. 103-A).⁴

Assim, a ordem jurídica (Constituição e as leis processuais correlativas) passou a estruturar um complexo sistema de proteção objetiva da Constituição; o qual, todavia, hodiernamente, foi ainda incrementado por **outros ingredientes e recursos jurídicos** (os quais foram em parte acrescidos pelo legislador, em parte inseridos pela própria criatividade judicial do Supremo Tribunal Federal); fato que veio colacionar novas questões no controle abstrato de normas e a corroborar o quanto peculiar se afigura esse Tribunal Constitucional em sede de Direito Comparado.⁵ São eles, em nossa ótica, os seguintes.

De um lado, observa-se uma elevação das modalidades de decisões possíveis de serem pronunciadas pelo STF, inclusive em sede de cautelares.

A despeito do art. 10⁶ que as decisões cautelares são, em regra, colegiadas (e, portanto, submetidas à prévia deliberação plenária, em harmonia com a cláusula de reserva de plenário do art. 97 da Carta), nota-se, com alguma frequência, decisões cautelares em sede de ADI/ADC monocráticas, fundamentadas na especial urgência e relevância da matéria debatida, *ad referendum* do Plenário; mormente em questões politicamente atuais e sensíveis. E, não obstante o art. 5º-§1º da Lei 9.882/99⁷ possa permitir maior flexibilidade ao Ministro Relator da

⁴ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

⁵ Não se fala apenas em função das competências não afetas ao controle de constitucionalidade que o STF tem; mas pela própria “multiplicidade” desse sistema de proteção objetiva da Constituição Federal. Sobre o tema, CORREIA, Fernando Alves, “Relatório Geral da I Conferência da Justiça Constitucional da ibero-América, Portugal e Espanha”, in *Separata Documentação e Direito Comparado*, nº 71 e 72, 1998, Portugal, p. 37ss.

⁶ Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

⁷ Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental. §1º - Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

ADPF, o *caput* deste dispositivo é ainda harmonioso com a reserva de plenário, especialmente como principiologia do controle de constitucionalidade. São exemplos recentes, relacionados ao nosso âmbito de atuação institucional: ADI 5938/DF⁸ e ADPF 519/DF,⁹ ambas do Rel. Min. Alexandre de Moraes; ADC 48/DF, Rel. Min. Roberto Barroso; ADPF 323/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADPF 489/DF,¹⁰ Rel. Min. Rosa Weber; ADPF 530/PA, Rel. Min. Edson Fachin. Exemplo paradigmático seria a liminar concedida pela Ministra Cármem Lúcia na ADI 4917 MC/DF (caso dos *Royalties*), em 18/03/2013, não ratificada colegiadamente até 2019.

A doutrina já tem apontado esse fenômeno, por vezes com críticas (na essência, coloca-se em situação melindrosa a legitimidade democrática direta do legislador e o procedimento para a superação da presunção da constitucionalidade dos atos normativos e, pois, de sua eficácia); isto mais presente nos últimos anos, alertando para premente necessidade de, nessas situações excepcionalíssimas, haver imediatamente o referendo do Plenário.¹¹

Em sede legislativa também se agregaram novas possibilidades

⁸ Sobre o tema do trabalho em local insalubre da gestante e da lactante.

⁹ Envolvendo a paralização dos transportadores de cargas ocorrida em 2018.

¹⁰ Sobre portaria do Ministério do Trabalho e Emprego que continha definições sobre o trabalho em condições análogas à de escravo.

¹¹ Este dado é foi apontado anteriores por outros doutrinadores, inclusive por MENDES, Gilmar Ferreira (e VALE, André Rufino, “Questões Atuais sobre as Medidas Cautelares no Controle Abstrato de Normas”, *in Observatório da Jurisdição Constitucional*, Ano 5, 2011/2012 (disponível: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/661/454>, acesso em jul. 2019). Ainda: VALE, André Rufino, “Cautelares em ADI, decididas monocraticamente, violam Constituição”, *in https://www.conjur.com.br/2015-jan-31/observatorio-constitucional-cautelares-adi-decididas-monocraticamente-violam-constituicao*, acesso em jul. 2019. Segundo este: “Nos últimos anos, tem aumentado o número de decisões monocráticas de ministros do Supremo Tribunal Federal que concedem medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. O fenômeno passou a ser mais perceptível a partir de 2009, quando se tornou recorrente a prática dessas decisões”; e “Seja qual for a razão existente para tanto – congestionamento da pauta de julgamentos, eventual falta de organização e planejamento dos trabalhos internos de gabinetes, etc. –, o fato é que hoje é possível identificar medidas cautelares em ADI, concedidas monocraticamente, que produzem há meses (ou até anos) os seus plenos efeitos, sem nunca terem sido devidamente apreciadas pelo órgão colegiado.” Ainda, FILHO, José Santos Carvalho, “Congresso reage às decisões monocráticas de ministros do Supremo em ADIs”, *in Observatório Constitucional*, <https://www.conjur.com.br/2018-jun-09/observatorio-constitucional-congresso-reage-decisoes-monocraticas-supremo-adis>, acesso em jul. 2019. Segundo este texto: “Breve pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal revela que o caso dos royalties é apenas um dos mais conhecidos, mas está longe de ser o único. Somente nos últimos seis meses, o STF deferiu medidas cautelares em pelo menos oito ações diretas de inconstitucionalidade: ADI, 5.814, Rel. Min. Roberto Barroso; ADI-TP 5.907, Rel. Min. Dias Toffoli; ADI 5.855, Rel. Min. Alexandre de Moraes; ADI-MC 5.882, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADI 5.874, Rel. Min. Roberto Barroso; ADI-MC 5.353, Rel. Min. Alexandre de Moraes; ADI-MC 5.809, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; e ADI-MC 5.838, Rel. Min. Gilmar Mendes.”.

judiciais no controle abstrato do STF.

A Lei 12.063/2009 alterou a Lei 9.868/99, acrescentando importantes dispositivos processuais sobre a ADO, em especial, sobre a concessão de medida cautelar. Segundo o art. 12-F-*caput* e §1º (que também privilegiou o princípio da colegialidade, não obstante hajam também decisões cautelares monocráticas em ADO's), “*a medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal*”. Esta parte final da regra, principalmente, abriu grande fenda para a inovação de tipos decisórios diversos do Tribunal, inclusive de diversificadas “decisões de apelo ao legislador” (omissão, no caso). Foram neste sentido, por exemplo, exitosas as decisões cautelares monocraticamente proferidas nas ADO's 23/DF,¹² Rel. Min. Ricardo Lewandowski, e 24/DF,¹³ Rel. Min. Dias Toffoli, considerando a eliminação do vazio normativo e do atendimento da exordial compreensão dos Ministros, conduzindo à extinção dos processos, sem resolução de mérito, pela perda superveniente do objeto.

A importância da decisão do STF proferida em sede de ADO é de tal monta no cenário jurídico e social nacional atual que, mesmo em temas considerados “reservados (materialmente) ao legislador” (Constituição, art. 5º-XXXIX), o STF tem empreendido avanços, como também recentemente demonstrou a decisão definitiva proferida na ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello, no tema da “homofobia”, implementando verdadeira “revolução” (sob o aspecto da tipicidade) quanto à interpretação conforme à Constituição.¹⁴

¹² A ADO 23 teve como objeto a mora legislativa do Congresso Nacional para legislar, por lei complementar, sobre “estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios” (Constituição, art. 161-II).

¹³ A ADO 24 teve como objeto a mora legislativa na elaboração da lei de defesa do usuário de serviços públicos, nos termos do art. 27 da EC nº 19/98.

¹⁴ STF. ADO 26, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, decisão de 13/06/2019. Na parte mais relevante, a decisão registra: “d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em

Não suficiente, tem sido ainda notada alguma amenização do rigorismo da “jurisprudência defensiva” do STF relativamente as entidades de classe de âmbito nacional, que ativam no controle concentrado.

Talvez superado o receio inicial da ampla legitimação desses atores para acesso direto à Corte para a fiscalização abstrata,¹⁵ observa-se ultimamente tendência para flexibilização dos requisitos objetivos para adentrar-se ao mérito da controvérsia normativa, superando, por razões materiais, critérios apriorísticos para atendimento daquela legitimidade. Assim, por exemplo, mais recentemente, nos julgamentos da ADPF 324/DF¹⁶ e da ADI 4.079/ES, ambos da relatoria do Min. Roberto Barroso. Naquele caso, superando-se um critério meramente formal do conceito de “homogeneidade” da categoria representada; neste, através de uma qualificação de “representação adequada” para o caso.¹⁷

De fato, até então, a jurisprudência constitucional fixou como critérios – cumulativos - para a legitimidade ativa de entidades de classe de âmbito nacional para instaurar controle concentrado de constitucionalidade: (*i*) homogeneidade da categoria que represente; (*ii*) representatividade da

atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homofobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão”. Com críticas, CABETTE, Eduardo Luiz Santos, “Criminalização da homofobia pelo STF: uma aberração jurídica”, *in* <https://jus.com.br/artigos/74447/criminalizacao-da-homofobia-pelo-stf-uma-aberracao-juridica>, acesso jul. 2019; e, do mesmo Autor, “Homofobia - Racismo: tentando uma definição típica e uma projeção da amplitude consequencial da decisão do STF”, *in* <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/723734907/homofobia-racismo-tentando-uma-definicao-tipica-e-uma-projecao-da-amplitude-consequencial-da-decisao-do-stf>, acesso em Jul. 2019.

¹⁵ Em rápida pesquisa com o termo “Confederação” no Cadastro Nacional de Entidades Sindicais apurou-se mais de 50 confederações registradas. *In* <http://trabalho.gov.br/cadastro-de-entidades-sindicais/cadastros-nacional-de-entidades-sindicais/consultas-ao-cadastro-nacional-de-entidades-sindicais>, jul. 2019.

¹⁶ Caso da constitucionalidade da terceirização nas atividades finalísticas empresariais. STF. ADPF 324, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, em 22/08/2018. Acórdão ainda não publicado. Quanto às preliminares: “Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, ... iv) e de ilegitimidade ativa ad causam, vencidos os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Cármem Lúcia (Presidente)”.

¹⁷ ADI 4079, Rel. Min. Roberto Barros, Tribunal Pleno, DJe n. 82, de 05/05/2015: “Ementa: PROCESSO CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL PARA PROPOR ADI. CRITÉRIO DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA. II. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INSTITUIÇÃO DE REGIME DE SUBSÍDIO. DIREITO DE OPÇÃO PELO REGIME ANTERIOR. CONSTITUCIONALIDADE. 1. A Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE demonstrou possuir representatividade adequada em âmbito nacional, circunstância que supera dúvidas suscitadas quanto ao número de federações que a integram. Ademais, versando a impugnação sobre o regime do magistério, está igualmente presente a pertinência temática”.

categoria em sua totalidade; (iii) não hibridismo na composição; (iv) comprovação de caráter nacional pela presença de membros ou associados em, pelo menos, nove Estados da Federação; (v) vinculação temática entre objetivos institucionais da postulante e norma impugnada.¹⁸

Essa tendência (possível?) de “amenização” na compreensão dos apontados critérios quanto à tal legitimidade das entidades de classe de âmbito nacional (talvez mesmo iniciada com a decisão da ADI 3.153/DF AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence para admitir “associações de associações de classe” naquele conceito jurídico¹⁹) possa conduzir a uma aplicação adaptada à fiscalização abstrata do art. 4º do CPC, na medida em que se ventila orientação para o “princípio processual da primazia da resolução do mérito” também nessa seara.

Do aduzido, ou seja, do aumento das possibilidades objetivas para a concessão de medidas cautelares com força vinculante, inclusive monocráticas, e de um possível afrouxamento nos requisitos subjetivos para a caracterização da legitimidade ativa *ad causam* das entidades de classe no controle concentrado (e, portanto, com a maior probabilidade de pronunciamento de decisões definitivas de eficácia geral pelo STF); além, agora, da existência das súmulas vinculantes, resulta em um campo potencialmente muito mais vasto para ser objeto de discussão em sede de reclamações constitucionais, nas quais se alega a ofensa pela autoridade

¹⁸ Vide: STF. Plenário. Questão de ordem na ação direta de inconstitucionalidade 108/DF. Relator Ministro Celso de Mello. 13/4/1992, unânime. Diário da Justiça, 5 jun.1992; Revista trimestral de jurisprudência, vol. 141, p. 3; STF. Plenário. ADI 1.486-MC/DF. Rel. Min. Moreira Alves. 19/9/1996. DJ, 13 dez. 1996; STF. Plenário. ADI 146/RS. Rel. Min. Maurício Corrêa. 6/5/1998, un. DJ, 19 dez. 2002; RTJ, v. 139, p. 391; STF. Plenário. ADI 108-QO/DF. Rel. Min. Celso de Mello. 13/4/1992. DJ, 5 jun. 1992; RTJ, v. 141, p. 3; STF. Plenário. ADI 1.873/MG. Rel. Min. Marco Aurélio. 2/9/1998. DJ, 19 set. 2003). Na doutrina, MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle Abstrato...*, p. 104.

¹⁹ STF. ADI 3153 AgR/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 9/9/2005. EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: legitimização ativa: “entidade de classe de âmbito nacional”: compreensão da “associação de associações” de classe: revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal. 1. O conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito. 2. É entidade de classe de âmbito nacional - como tal legitimada à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art 103, IX) - aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe. 3. Nesse sentido, altera o Supremo Tribunal sua jurisprudência, de modo a admitir a legitimização das “associações de associações de classe”, de âmbito nacional, para a ação direta de inconstitucionalidade.

reclamada a tais decisões, nos termos do art. 988-III do CPC.

Ademais, também se pode perceber uma evolução da jurisprudência constitucional quanto ao objeto do controle normativo, o que foi principalmente viabilizado pela positivação da ADPF. Assim, se antes desta, a jurisprudência constitucional entendia como pressuposto do juízo de inconstitucionalidade o fato da lei/ato normativo ter sido editado sob a égide da vigente Constituição; doravante este requisito perdeu sentido em seu rigor inicial, uma vez que com a arguição passou-se a viabilizar o questionamento de atos normativos pré-constitucionais e municipais. E não só. A latitude legislativa de “atos do poder público” (art. 1º-caput, da Lei 9882/99) tem permitido não apenas a inclusão de decisões judiciais no objeto do controle, quando atendido o critério da subsidiariedade ou da ausência de outro meio eficaz para sanar a lesividade (v.g. ADPF’s 54/DF,²⁰ 488/DF, 486/RS, 519/DF²¹); mas, inclusive, atos despidos de normatividade e de caráter cogente como atributos próprios das normas gerais e abstratas (v.g. ADPF’s 323/DF²² e 324/DF²³). Não suficiente, a jurisprudência constitucional mesmo tem acolhido a possibilidade de questionamento, ainda que em atendidas determinadas circunstâncias, de convênios públicos em matéria tributária (v. g., ADI’s 4171/DF²⁴ e 5553/DF/DF²⁵). Há hoje, portanto, um verdadeiro “plexo normativo” passível de ser enquadrado como objeto de ações do controle concentrado.

Aliás, na ADPF 347/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, o STF rompeu mesmo a barreira (estritamente) normativa como dado pressuposto e configurou “*o quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falênciac de políticas públicas e*

²⁰ Caso da anencefalia. STF, ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe nº 80, de 30/04/2013.

²¹ Caso da paralização dos motoristas de transporte rodoviário de cargas em maio de 2018. STF. ADPF 519, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão cautelar deferida em 25/05/2018.

²² ADPF que se discute a interpretação judicial dos tribunais do trabalho consubstanciada na Súmula 277 do TST. Liminar concedida monocraticamente pelo Min. Rel. Gilmar Mendes em 14/10/2016; ainda não referendada pelo Plenário.

²³ Já citado. Nesta ADPF 324, na essência, a compreensão judicial da Justiça do Trabalho sobre a ilicitude da terceirização nas atividades finalísticas das empresas, consubstanciada na Súmula 331 do TST.

²⁴ STF. ADI 4.171/DF. Rel. (p/ acórdão) Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe nº 164, de 21/08/2015: Na ementa: “II - Cabe a ação direta de inconstitucionalidade para questionar convênios, em matéria tributária, firmado pelos Estados membros, por constituírem atos normativos de caráter estrutural, requeridos pelo próprio texto Constitucional (art. 155, § 5º). Precedente da Corte.”

²⁵ Caso da desoneração fiscal dos agrotóxicos. Ainda sem decisão. Rel. Min. Edson Fachin.

*cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas *inconstitucional*’.²⁶* Ou seja, uma determinada situação coletiva, reiteradamente lesiva dos direitos fundamentais dos cidadãos, na qualidade de “estado de coisas” (dos fatos da realidade jurídica) controlável no âmbito da própria fiscalização abstrata.

Não apenas existem novidades quanto ao objeto do controle normativo e as possibilidades decisórias do STF. Afere-se ainda no próprio aspecto processual/procedimental. Afinal, a criação da ADPF, conjuntamente com o caráter dúplice da ADI-ADC, possibilitou ao STF visualizar as ações do controle concentrado, unitariamente, como um verdadeiro o sistema de proteção jurisdicional da Constituição, tornando harmoniosa a aplicação das respectivas leis (Leis 9.868/99 e Leis 9.882/99). Isto também tem viabilizado, por exemplo, a aplicação do princípio da fungibilidade, em determinados casos de “dúvida razoável” entre a utilização da ADI ou da ADPF (v.g., ADPF’s 451/MA²⁷ e 378/DF, ADI 4.163/SP). Nessa medida, esfacelam-se as diferenciações teóricas entre essas ações e reforça-se, como já antecipado, pronunciamento meritório do STF, com força obrigatória e geral.

Ainda no campo processual, o procedimento atualmente adotado da ADPF 519/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes (ainda sem julgamento meritório), que conjuga possibilidades processuais subjetivas (aplicação de mais de 151 multas por descumprimento de ordem judicial)²⁸ e objetivas de

²⁶ STF. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe n. 031, de 19/02/2016: “CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO.”

²⁷ STF. ADPF 451 AgR/MA, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe nº 072, de 16/04/2018. Na ementa: “4. A fungibilidade entre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta de Inconstitucionalidade pressupõe dúvida aceitável a respeito da ação apropriada, a fim de não legitimar o erro grosseiro na escolha. Precedente: ADPF 314 AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 19/2/2015.”

²⁸ ADPF 519, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão de 28/06/2018: “... Em consonância com a medida cautelar proferida, e diante de manifestações da Advocacia-Geral da União, apliquei, em decisões proferidas em 30/5/2018, 4/6/2018 e 8/6/2018, multas a 151 pessoas jurídicas, nos valores indicados em memória de cálculo da AGU (Pet 33.438/2018 – peça. 100, Pet 34.136/2018 – peças. 108 e 109, Pet 36.281/2018 – peças. 223 e 229), em razão do descumprimento da tutela inibitória concedida. ... Até a conclusão da audiência aqui designada, suspenso os atos executivos em curso nos cumprimentos provisórios de tutela jurisdicional

“atos do Poder Público” (no caso, o controle da eficácia de decisões judiciais relativas aos pleitos possessórios formulados pela União),²⁹ poderá apontar para uma nova estrada de viabilidades nas ações do controle concentrado do STF, aproximando-as (ainda que apenas em relação à ADPF, por ter esse caráter subsidiário de outro recurso eficaz) às ações subjetivas de pleitos com conteúdo ou obrigações cominatórias. Evidentemente que, se concretizada essa nova via, o STF terá que demonstrar, inclusive para sustentar a eficácia social de seus pronunciamentos, procedimentos assessórios para o respectivo cumprimento. Afinal, se isto possa ser usual nas ações originárias subjetivas (v.g. como naquelas decorrentes de situações de prerrogativa de foro), não se demonstra natural no campo do controle de constitucionalidade.

Não suficiente, as decisões proferidas pelo STF nas ADI's 3406/RJ e 3470/RJ, sobre o banimento do amianto no Brasil, também podem permitir cogitar na construção de novas hipóteses de tipos decisórios com força obrigatória e geral pelo STF; multifacetando ainda mais esse já alargado sistema de controle objetivo da Constituição. Nestas ações, inovou a Corte Constitucional e declarou, *incidentalmente*, porém, com força *erga omnes*, a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95³⁰ (o qual havia permitido a

originados nesta ADPF, sem prejuízo do regular transcurso de prazo para apresentação de recursos e impugnações pelas empresas citadas.”

²⁹ Em 25 de maio de 2018, às 19h08. CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR postulada na presente ADPF, ad referendum do Plenário (art. 5º, § 1º, da Lei 9.882/1999) e, com base no art. 5º, § 3º, da Lei 9.882/1999: (a) AUTORIZO que sejam tomadas as medidas necessárias e suficientes, a critério das autoridades responsáveis do Poder Executivo Federal e dos Poderes Executivos Estaduais, ao resguardo da ordem no entorno e, principalmente, à segurança dos pedestres, motoristas, passageiros e dos próprios participantes do movimento que porventura venham a se posicionar em locais inapropriados nas rodovias do país; bem como, para impedir, inclusive nos acostamentos, a ocupação, a obstrução ou a imposição de dificuldade à passagem de veículos em quaisquer trechos das rodovias; ou o desfazimento de tais providências, quando já concretizadas, garantindo-se, assim, a trafegabilidade; inclusive com auxílio, se entenderem imprescindível, das forças de segurança pública, conforme pleiteado (Polícia Rodoviária Federal, Polícias Militares e Força Nacional). (b) DEFIRO a aplicação das multas pleiteadas, a partir da concessão da presente decisão, e em relação ao item (iv.b) da petição inicial, estabeleço responsabilidade solidária entre os manifestantes/condutores dos veículos e seus proprietários, sejam pessoas físicas ou jurídicas. (c) SUSPENDO os efeitos das decisões judiciais que, ao obstarem os pleitos possessórios formulados pela União, impedem a livre circulação de veículos automotores nas rodovias federais e estaduais ocupadas em todo o território nacional, inclusive nos respectivos acostamentos; (d) SUSPENDO os efeitos das decisões judiciais que impedem a imediata reintegração de posse das rodovias federais e estaduais ocupadas em todo o território nacional, inclusive nos respectivos acostamentos. Publique-se e comunique-se, com URGÊNCIA, o DD. Presidente da República. Publique-se.”

³⁰ STF. ADI 3406/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe nº 019, de 01/02/2019: Na ementa: “... À luz do conhecimento científico acumulado sobre a extensão dos efeitos nocivos do amianto para a saúde e o meio ambiente e à evidência da ineficácia das medidas de controle nela contempladas, a tolerância ao uso do amianto crisotila, tal como positivada no art.

extração e comercialização daquele produto em nível nacional e cuja constitucionalidade fora aferida na ADI 4066/DF; porém, sem quórum para a respectiva declaração, nos termos o art. 97 da Constituição)³¹. Em outras palavras, o STF realizou nessas ADI's 3406/RJ e 3470/RJ controle incidental da lei federal (porque em causa diretamente leis estaduais que proibiam, nos respectivos estados da Federação, a produção e a comercialização do amianto); mas, entendeu que a esse pressuposto decisório (no caso, da decisão sobre a constitucionalidade das leis estaduais) seriam atribuídos os efeitos próprios do art. 102-§2º da Constituição.

Se, por um lado, pode-se questionar sobre tal viabilidade jurídica (na medida em que o objeto normativo das ações não era diretamente a Lei 9.055/95); não se pode olvidar o já conhecido e salutar fenômeno de aproximação dos controles difuso e concentrado no Brasil (“abstrativização do controle difuso”, com o julgamento de recursos extraordinários de repercussão geral e com fixação de teses; “subjetivação do controle concentrado”, com maior participação da sociedade civil – *amici curiae*, audiências públicas, autoridades públicas e peritos -, nos termos do art. 20 da Lei 9.868/99).

Além disso, considerando o entendimento sedimentado no julgamento do RE 466.343/SP, Rel. Min. Cesar Peluso - no sentido de que “*diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na CF/1988, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante*” - ;

2º da Lei nº 9.055/1995, não protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado (arts. 6º, 7º, XXII, 196, e 225 da CF), tampouco se alinha aos compromissos internacionais de caráter suprallegal assumidos pelo Brasil e que moldaram o conteúdo desses direitos, especialmente as Convenções nºs 139 e 162 da OIT e a Convenção de Basileia. Inconstitucionalidade da proteção insuficiente. Validade das iniciativas legislativas relativas à sua regulação, em qualquer nível federativo, ainda que resultem no banimento de todo e qualquer uso do amianto. 8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente, com declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995 a que se atribui efeitos vinculante e *erga omnes*. ”

³¹ STF. ADI 4.066/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, decisão de 24/08/2017: “No mérito, o Tribunal computou cinco votos (dos Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cármem Lúcia) pela procedência da ação, e quatro votos (dos Ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Marco Aurélio) pela improcedência da ação, e, por não se ter atingido o quorum exigido pelo artigo 97 da Constituição, não se pronunciou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, em julgamento destituído de eficácia vinculante. Impedidos os Ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes.”

isto pelo *status supralegal* dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, enquanto não aprovados como emendas à Constituição (conforme a ótica da Suprema Corte), conclui-se pela larga janela que fora aberta com as decisões das ADI's 3406/RJ e 3470/RJ: possibilita-se a compreensão de que sejam atribuídos aos efeitos paralisantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil (quando a legislação interna afigura-se com eles incompatível ou “inconvencional”) os efeitos próprios das decisões do controle abstrato; ou seja, com *força geral e obrigatória*. Isto, na medida em que, no processo abstrato do STF, conjuntamente se deduza violação à Constituição.

Portanto, tais “efeitos paralisantes vinculantes” seriam resultado do controle incidental de convencionalidade, no bojo de um controle direto de constitucionalidade da lei nacional. Aqui, imagina-se, as viabilidades decisórias são vastíssimas e certamente conduzirão a uma maior eficácia dos tratados de direitos humanos no âmbito nacional; movimento que também pode atribuído como efeito mediato da globalização jurídica.³²

Finalmente, às questões de “multiplicidade qualitativa” do controle abstrato que foram supra aduzidas ainda se associam a uma “multiplicidade quantitativa” de processos nele em trâmite. Os dados estatísticos informam um crescimento de 400% dos processos estritamente constitucionais a partir de 2008 no STF.³³ Tal conjugação de fatores, conduz, como se pode intuir, em necessidades permanentes da Corte no aprimoramento e na celeridade de seus julgamentos, sem que com isto tenha perda de coerência jurisprudencial.

Em face do exposto, pode-se concluir pela **multiplicidade de possibilidades acessíveis ao STF no âmbito do controle concentrado**, que o realmente coloca esse Tribunal Constitucional numa posição muito peculiar relativamente aos demais em sede comparada. Há multiplicidade de partes, sujeitos e atores processuais cabíveis (*lato sensu* considerados); diversidade de tipos de ações; multiplicidade de tipos decisórios e variados momentos adequados para a pronúncia de decisão de caráter geral; variedade e complexidade no objeto passível de controle concentrado, que há não se

³² V. MATIAS, Eduardo Felipe P., *A humanidade e suas fronteiras – do Estado soberano à sociedade global*, Ed. Paz e Terra, São Paulo, 2005.

³³ FALCÃO, Joaquim (e outros), *I Relatório Supremo em Números - O Múltiplo Supremo*; In FGV, Escola de Direito do Rio de Janeiro, série *Novas ideais em Direito*, <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10312>, acesso em Jul. 2019, p. 42.

constituiu exclusivamente de normas jurídicas dotadas de abstração; diferentes tipos de eficácia da declaração de constitucionalidade, etc.

Trata-se, portanto, de um **sistema de defesa da Constituição realmente complexo e plural** e, que, nessa medida, exige e exigirá do próprio STF um esforço de racionalização interpretativa, a fim de manter a estabilidade, a integridade e a coerência não apenas de suas decisões (inclusive monocráticas) e jurisprudência (art. 926 do CPC)³⁴; mas, principalmente, desse próprio sistema enquanto tal; fator de extrema importância para a percepção social de sua própria relevância institucional enquanto “guardião máximo da Constituição”.

Não obstante se possam deduzir críticas pontuais e/ou estruturais sobre o atual quadro (legislativo e jurisprudencial) do sistema de proteção abstrata da Constituição no STF, nos parece inequívoco que aqueles seus atributos – de **complexidade e de pluralidade** – harmonizam-se com a qualificação do Estado brasileiro: um **Estado complexo em termos jurídico-constitucionais** (territorial, normativa, administrativa e socialmente dizendo).

3. Sugestões de racionalização:

Considerando o aduzido nos tópicos anteriores, permite-se antecipar algumas vias para a racionalização das atividades judiciais do STF, vinculadas direta ou indiretamente ao controle abstrato de constitucionalidade. Podem ser algumas delas, em nossa ótica, a título de sugestão:

- 1. Construir, paralela e simultaneamente à grande “janela” de hipóteses do controle concentrado, uma “jurisprudência defensiva” para o conhecimento e cabimento das reclamações constitucionais, a fim de compensar aquela maior abertura. Tem-se realmente notado, nos últimos anos, uma grande elevação do número de ajuizamento das RCL’s, especialmente depois da vigência do CPC de 2015;³⁵ isto como consequência mesmo da

³⁴ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

³⁵ Aliás, tal tendência pode ser observada na participação crescente do número de RCL’s no recebimento de feitos nas estatísticas do STF. In: site do STF, C:\Users\prt3.membro\AppData\Local\Temp\pesquisaclassificada.mhtml.

grande quantidade de decisões/súmulas com eficácia vinculante já pronunciadas pelo STF, de validade indeterminada e *ad futurum*, como se sabe. Quiçá se possa pensar no elastecimento da compreensão do STF sobre o art. 988-§5º-II do CPC³⁶ para tais situação.

Com efeito, “O Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que o esgotamento das vias de impugnação a que se refere o artigo 988, § 5º, inciso II, parte final, do Código de Processo Civil deve ser lido de modo a englobar o percurso de todo o iter recursal cabível antes do acesso à Suprema Corte”.³⁷ Isto, para se evitar que a reclamação constitucional seja utilizada como sucedâneo recursal e *per saltum*, porquanto, nos dizeres do STF, “A reclamação não é sucedâneo ou substitutivo de recurso próprio para conferir eficácia à jurisdição invocada nos autos de recursos interpostos da decisão de mérito e da decisão em execução provisória”.³⁸ Assim, não apenas nas hipótese de ajuizamento de RCL para resguardar a observância de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida seria necessário demonstrar o esgotamento das vias recursais anteriores ao STF; mas também na hipótese do art. 988-III: “garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”.

Se por um lado não houve expressa menção a tal requisito no diploma processual civil; também é fato que no art. 988-§5º-II, o STF deu interpretação bastante ampliativa para o conceito de “instâncias ordinárias”; nelas inserindo as instâncias extraordinárias antecedentes ao Tribunal. Por outro lado, como reforço de argumentação, as decisões/súmulas vinculantes, pela sua própria condição, devem ser conhecidas e aplicadas por todas as autoridades judiciárias (Constituição, art. 102-§2º), razão pela qual, pelo princípio da pluralidade de graus de jurisdição,³⁹ há razoabilidade em que se

³⁶ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Pùblico para: ... § 5º - É inadmissível a reclamação: II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

³⁷ STF. RCL 32.868 AgR/GO, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe nº 092, de 06/05/2019.

³⁸ STF. RCL 30.018 AgR/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe nº 129, de 14/06/2019.

³⁹ V. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 2013, p. 641ss, apontando este princípio como um daqueles “estruturantes” do Poder Judiciário.

permitir, por meio do recurso imediatamente adequado, seja questionado o eventual desrespeito da autoridade de decisões vinculantes do STF. Com isto, atribui-se ainda a possibilidade de que não seja esta Corte a “cassar” a decisão reclamada; ato que, via de regra, afigura-se dotado de uma maior “carga autoritária” perante a autoridade judicial reclamada (evidentemente, comparando-se a uma decisão de reforma recursal).

- 2. Atribuir maior celeridade ao trâmite dos processos do controle objetivo. Segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça, “*A taxa mais alta de congestionamento ao longo de toda a série está na competência de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC, ADO e ADPF)*. À exceção do ano de 2014, a taxa mostra-se estável em níveis superiores a 90%, tendo atingido 91% em 2017.”⁴⁰ Recentemente, aliás, o STF alterou o seu regimento interno, de modo a permitir uma mais ampla utilização do julgamento em “Plenário Virtual”, inclusive para ações do controle concentrado.⁴¹ Demandar-se-á, provavelmente, melhoramentos tecnológicos de modo a viabilizar maior aproximação dos jurisdicionados sobre este tipo de julgamento, em conformidade com os princípios da publicidade e da transparência.

Por um lado, é fato, inclusive apontado no “*I Relatório Supremo em Números - o Múltiplo Supremo*”,⁴² que “os processos da persona constitucional do STF são os quais apresentam maior quantidade de andamentos: quase 32 até a baixa do processo, ou seja, exigem o triplo da atenção da estrutura do Supremo que é dedicada aos processos recursais”; isto para além do tempo que implicam as discussões colegiadas, com a possibilidade de participação da sociedade civil. Ademais, afere-se tendências de maior delonga na apreciação

⁴⁰ In Supremo em Ação 2018, Conselho Nacional de Justiça, p. 50. Acessível in: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciais/supremo-em-acao>, Jul. 2019.

⁴¹ No site do STF: “Com a publicação da Emenda Regimental 52, do Supremo Tribunal Federal (STF), medidas cautelares em ações de controle concentrado, referendo de medidas cautelares e de tutelas provisórias e demais classes processuais cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante na Corte poderão ser submetidos a julgamento virtual no STF”; in <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=416241>, acesso em 20 ago. 2019.

⁴² FALCÃO, Joaquim (e outros), In FGV, Escola de Direito do Rio de Janeiro, série Novas ideias em Direito, <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10312>, acesso em Jul. 2019.

plenária de medidas cautelares⁴³ e mesmo de “individualização das decisões” (isto é, aumento das decisões monocráticas dos Ministros);⁴⁴ o que, consoante antes aduzido, também se verifica nos processos do controle concentrado, ainda que com menor proporção, em face da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição).

Não obstante, é todo recomendável que a sociedade não aguarde por anos sucessivos para que uma dada controvérsia jurídico-constitucional possa ser definitivamente solvida pelo STF, com força obrigatória geral. E a multiplicidade do sistema de proteção objetiva da Constituição, como vimos, permite estradas adequadas á tal desiderato.

⁴³ V. “STF demora 400 dias em média para julgar liminar”, *in Folha de São Paulo*, 29/12/2019, <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1845367-stf-demora-400-dias-em-media-para-julgar-liminar.shtml>, acesso em Jul. 2019.

⁴⁴ V. Em ano de crises, Supremo tem 18% menos decisões coletivas, *in Folha de São Paulo*, 26/12/2016, <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1844509-em-ano-de-crises-supremo-tem-18-menos-decisoes-coletivas.shtml>, acesso em Jul. 2019.

DEMOCRACIA DIGITAL: ALIADO OU ADVERSÁRIO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Carlos Blanco de Moraes⁴⁵

1. O Segundo ato de uma representação anterior.

Esta intervenção surge na sequência de outra proferida no IDP sobre o tema da “democracia Digital” em 2017. Dissemos, então, que nas últimas décadas, um novo espaço público de debate no ciberespaço através das redes sociais teria criado a chamada “democracia digital”, universo de opinião influente, com novos atores, liberdade difusa de comunicação alargada a todos, imediatismo e interação entre governantes e governados.

A “democracia digital” refletiria, em tese, uma sociedade informada e emancipada, criaria controlos extra-orgânicos ao poder político, disputaria o espaço público com os *opinion makers* e assumir-se-ia como vertente informal da democracia deliberativa de Habermas, oxigenando uma democracia representativa em crise. E a questão colocada no encontro do IDP foi: É a democracia digital capaz de reanimar uma democracia representativa em crise? Tirámos então três conclusões pessimistas:

1º. Se o ciberespaço permite aos cidadãos conhecerem melhor os problemas do Estado e da sociedade, o facto é que muitos dos dados disponibilizados são distorcidos na ação política e partidária para efeito da sua utilização, numa lógica de ação e reação.

A inexistência de filtros da informação cria “terras de ninguém” onde não se torna possível desmontar no imediato “fake news” ou reprimir mensagens difamatórias. Mas pior: Tendendo os debates políticos nas redes sociais a ser maniqueístas, muitos cidadãos e agentes políticos percepcionam o que é falso, mas se acomodam, convivem e até estimulam essa falsidade, para fulminar o adversário.

⁴⁵Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

2º. O uso político das redes sociais é, maioritariamente, mais um instrumento de contestação e mobilização do que de reflexão. Cidadãos fechados em “nuvens” de radicalização que estimulam a mobilização, o “pronto a pensar” e a humilhação do adversário, nada têm a ver com a democracia deliberativa de Habermas, ligada à busca do melhor argumento e legitimação da decisão pelo debate. Democracia digital não é democracia deliberativa e esta última é hoje uma utopia.

3º. A “democracia digital” tão pouco elevou a qualidade da democracia representativa. Aliás, em rigor, não se trata de uma forma de democracia, mas sim de uma manifestação do pluralismo contemporâneo que é, de importa dizê-lo, condição fundamental da existência da democracia competitiva. Através do ciberespaço, um universo neutro e anómico, tanto é possível derrubar regimes autoritários como permitir a estes identificar e perseguir adversários. Assim, o pluralismo digital, tanto pode estimular como contribuir para a erosão da democracia representativa. Por um lado, permite denunciar a corrupção e revelar à luz do dia contradições e erros dos atores políticos. Mas, por outro, dessacraliza o poder, achincalha a autoridade dos governantes e debilita DF, como o direito á imagem, ao bom nome e à privacidade.

2. As redes sociais são uma ameaça à democracia representativa?

Depois de um ciclo de entusiasmo, na comunicação social tradicional e nos claustros académicos, pela e-democracia e o papel de vigilância e controlo protagonizado pelas redes, registou-se uma virada em 2016. O uso político das redes migrou dos contestatários das primaveras árabes, dos arautos da globalização ou do movimento Occupy, para uma muito improvável direita populista, cujo suposto arcaísmo seria incompatível com o acesso às novas tecnologias. Com o triunfo do Brexit, de Trump, de Putin, dos partidos populistas na Itália, Hungria, Polónia, Áustria e agora com Bolsonaro no Brasil deflagrou a pandemia do trollismo. O trollismo, inspirado na figura do troll, um monstro disforme e brutal das lendas célticas, traduz-se na queda das redes sociais em “máis mãos”, mormente dos que desviadamente colocam

posts inflamados, notícias falsas e deturpadas, montagens enganadoras e discursos difamatórios e de ódio.

O trollismo constituiria uma ameaça à democracia porque: i) as redes seriam manipuladas por forças ultraconservadoras para difundir “fake news” desinformadoras do eleitorado; ii) substituiria uma comunicação social tradicional isenta e responsável, por uma informação fabricada e alienante; iii) e propagaria um discurso violento, catalisador de ódio e de incentivo ao crime. Em síntese o trollismo, amplificado por reenvios em massa, perverteria o pluralismo de opinião e inquinaria o debate democrático, afetando a liberdade consciente de escolha do eleitor.

O movimento contrário ao trollismo divide-se entre opções censórias impostas aos gestores das redes sociais (opção dura alemã) e opções centradas em códigos de ética e denúncia das notícias falsas nos media tradicionais e em observatórios (opção suave). Ora pese o nosso ceticismo já expresso em 2017 sobre o papel tonificador das redes sobre a democracia representativa (dado seu papel ambivalente) não ratificamos sem mais o discurso dominante sobre o trollismo como ameaça à democracia. Para abordar o tema é necessário responder a três questões:

1^a O trollismo é uma ameaça efetiva à democracia e transporta consigo uma marca ideológica definida?

2^a. A incontrolabilidade das redes, em eleições, manipula a opinião pública e destrói a imprensa livre como mediador indispensável profissional e isento, do acesso popular à informação credível?

3^a. O uso de um sistema de controlo das fake news, e hate speech postadas em rede, por reguladores, tribunais ou servidores, em defesa da democracia, respeita a liberdade de expressão e acesso à informação, sem as quais a mesma democracia não é real?

3.1. O Trollismo tem viés ideológico nas campanhas eleitorais?

A associação do “Trollismo” à direita radical populista foi feita pela mídia do *mainstream* e académicos depois do êxito eleitoral do uso das redes sociais por Trump e agora por Bolsonaro. O “Trollismo”, sendo difícil definir foi: dispersivamente identificado i) com as noções de falsidade, hate speech e

manipulação; **ii)** com a comunicação incisiva e até brutal do Presidente americano através do twitter; **iii)** com a suposta interferência russa na campanha americana com o uso de robôs para a disseminação de notícias falsas e difamatórias contra Hillary Clinton; **iv)** com a utilização do Facebook por certas empresas ligadas aos conservadores (Cambridge Analytics nos EUA) para difundirem mensagens extremistas, xenófobas e difamatórias; **v)** e agora com o uso do youtube e o WhatsApp no Brasil, para produzir um efeito idêntico na campanha Presidencial, tendo como vítima o PT. Será, pois, que a direita radical capturou as redes sociais e as manipulou como máquina de propaganda de uma “pós-verdade” ?

Sem dúvida que a direita populista utiliza melhor que o centro e a esquerda as redes sociais em seu favor. A necessidade aguça o engenho e as redes são a única forma desse setor passar a sua mensagem, frente a uma mídia hostil. Sem, dúvida, também, que nas redes, esse setor propaga, por vezes, notícias falsas, agressivas e difamatórias, embora tal ocorra muitas vezes espontaneamente por apoiantes dispersos. Só que o uso das redes para espalhar conteúdos falsos e difamatórios não é um exclusivo desse setor ideológico. Por exemplo, em 2016 várias redes sociais distorceram deliberadamente um discurso de Trump dando ideia de que teria apelado ao lobby das armas para assassinar a candidata Clinton, distorção que passou para a imprensa norte-americana e estrangeira de referência como o conservador “*Telegraph*”, que noticiou que “*Trump sugere que Clinton devia ser abatida*”. Foi noticiado também que apoiantes de Trump teriam gritado num comício “*odiamos muçulmanos, odiamos negros, queremos o nosso País de volta*”, facto que se revelou inteiramente falso.

No Brasil foi difundido nas redes, por vezes com origem nos mídia, que Bolsonaro teria ameaçado de Morte a ex-mulher; que teria votado no Congresso contra deficientes; que teria dito que pacientes com câncer eram muito caros para o Estado; que os seus partidários teriam assassinado um conhecido capoeirista da Bahia e gravado uma suástica na pele de uma moça; que Flávio Bolsonaro (em montagem fotográfica) teria usado camiseta contra nordestinos; e que haveria um Caixa 2 em que empresas financiariam a divulgação massiva de propaganda do candidato pelo WhatsApp. Trata-se de

um exemplo do uso das redes pela esquerda para divulgar fake news contra adversários conservadores.

Por outro lado, que dizer da linha ideológica dos providers que gerem twitter, Facebook, Google e youtube, bem como agora o WhatsApp? A resposta é que se guiam fundamentalmente pelo lucro, mas, o facto é que têm assumido um viés político mais progressista do que conservador. Veja-se o apoio de dois destes providers à marcha dos migrantes em direção à fronteira norte americana. Por outro lado, milhares de utilizadores do espelho da direita populista foram bloqueados nos EUA, Alemanha e Brasil, tendo motivado queixas do próprio Presidente dos EUA, de deputados do AFD e do presidente recém-eleito do Brasil sobre sectarismo e censura sobre os seus apoiantes. Nos EUA o Western Journal analisando o impacto destas medidas nos meios de difusão conservadores e progressistas no Facebook (Algorithm impact) comprovaram com um gráfico que os primeiros sofreram uma queda, ficando os meios de difusão do mainstream intocados.

Em conclusão: **1º**. A disseminação de fake news e informação violenta e difamatória nas redes não tem viés ideológico e o trollismo não é monopólio do populismo conservador; **2º**. O maior sucesso no uso das redes pelos conservadores populistas levou os gestores das redes, por opção ou temendo multas em países da EU, a nivelar setores políticos, fazendo uma política de cancelamentos ou suspensões massivas de acesso e um policiamento ideológico ao populismo de direita que coloca sérios problemas de liberdade de expressão.

3.2. O trollismo é uma ameaça efetiva à democracia ?

A Liberdade de expressão e opinião é uma condição fundamental para a realização de eleições livres, competitivas e com equivalência de opções. Daí que fenómenos como a governamentalização dos media, a opção massiva destes por um candidato com a exclusão da mensagem de outros ou a censura prévia do ciberespaço e redes sociais contra certas opções políticas e partidárias constitua uma ameaça à democracia pois aniquila ou comprime a liberdade de expressão: é o que se passa na Venezuela ou na Turquia. Diversamente, o trollismo é um excesso ou abuso de liberdade de expressão,

no contexto da radicalização do pluralismo na sociedade civil e política. Ora, na medida que concorra com opiniões divergentes seja na mídia seja nas redes, o trollismo não ameaça a democracia, pois cabe ao eleitor escolher o discurso político da sua preferência. Nos EUA, uma das democracias estáveis mais antigas, onde a liberdade de expressão é garantida em absoluto, inclusivamente aceitando o hate speech, o trollismo convive competitivamente com outro tipo de mensagens.

Uma questão diversa, é saber se o trollismo, à esquerda e à direita afeta a qualidade da democracia, na medida em que envolva a prática de atos ilícitos e abusos objetivos da liberdade de expressão que firam outros direitos. E a resposta é afirmativa: Na medida em que propicie mensagens falsas, difamatórias e violentas replicadas na mídia e por dirigentes políticos, o trollismo profissionalizado e com efeito multiplicador reduz a qualidade de uma democracia que pretende que o voto seja exercido por cidadãos minimamente informados. Daí que seja pertinente a discussão do abuso da liberdade de expressão em rede e fora dela e a regulação equilibrada do ciberespaço. Convirá, contudo, no plano da alienação dos eleitores, questionar em que medida é que as redes sociais têm efeitos constrangedores e manipuladores relevantes sobre os eleitores. Uma observadora da OEA disse que o efeito era enorme depois de falar com o candidato derrotado no Brasil. Contudo uma pesquisa do IBOPE revelou que críticas e ataques disseminados pelo aplicativo podem ter afetado na mesma proporção tanto Jair Bolsonaro (PSL) quanto Fernando Haddad (PT). Três em cada quatro eleitores disseram não ter recebido mensagens desfavoráveis a algum candidato à Presidência na semana que antecedeu o primeiro turno. Em relação ao universo total da pesquisa, dos que receberam campanha negativa pelo aplicativo apenas 6% admitiram que isso influenciou seu voto e os participantes de reunião entre ministros do TSE e representantes de PGR, PF e AGU avaliaram que a quantidade de fake news disparadas no segundo turno foi inferior à do primeiro.

Mas, já que estamos falando em pesquisas, será de questionar se as pesquisas eleitorais, que na maioria falharam rotundamente não terão um efeito manipulatório e constrangedor sobre o eleitorado, maior do que o trollismo em rede? Empates que depois se comprovam inteiramente falsos condicionam eleitores indecisos, sobretudo com interpretações distorcidas na

mídia. Se em nome da qualidade da democracia há que regular o abuso da liberdade de expressão no ciberespaço em tempo eleitoral, também haverá que regular as sondagens.

3.3. A incontrolabilidade das redes destrói o papel mediador da mídia profissional e deixa o eleitorado vulnerável à manipulação?

Existe hoje um discurso muito crítico por parte da mídia profissional às redes sociais. Por antítese a estas, a mídia reclama os seus pergaminhos aristocráticos de liberdade, isenção, rigor e transmissão de conteúdos formativos, sublinhando que sem uma mídia livre não existiria uma sociedade livre. Seria, pois, um risco para a sociedade livre que a informação transite das mãos dos profissionais para as redes desinformadoras e robotizáveis do ciberespaço. Será assim? Duas reflexões.

1º. A Defesa da imprensa profissional, deve ser feita, pese que fora da lógica atual da defesa corporativa de um suposto monopólio da verdade que nunca, em bom rigor, existiu. A mídia profissional teve o exclusivo de orientar opiniões e formar consciências, tendo agora de partilhar essa tarefa com concorrentes informais nas redes, onde impera a incontrolabilidade. Tendo de sobreviver, com pesados encargos salariais, oscilações de tiragem ou de audiências, a mídia confronta-se com veículos informativos de baixo custo onde um número elevado de cidadãos recolhe a informação, mormente a partir do Facebook ou do WhatsApp.

Em resposta, os profissionais criaram jornais digitais interativos com os cidadãos e com certos blogs e redes, passando, contudo, a ter de operar na lógica imediatista destas últimas, acabando na vertigem da notícia do momento, por propagar ou desmentir fake news das redes.

Neste pluralismo difuso em rede, a liberdade democrática leva a que cada qual consuma as notícias que deseja e no formato que entende, tanto as fidedignas como torrentes de vídeos e lixo informativo, que os algoritmos indicam ser da sua preferência. Ora, a negação de cidadão renitentes e quiçá menos cultos em aceder a uma opinião diferente e mais esclarecida não pode ser suprida por um Big Brother estatal que censure essa escolha e imponha o consumo da mídia politicamente correta. Terminou o tempo em que a mídia dizia nós decidimos o conteúdo, e vocês leem.

2º. Os Mídia profissionais têm uma maior exigência na filtragem de notícias e na acuidade dos conteúdos transmitidos do que as redes. Nas campanhas eleitorais, elencam até as fake news. Seria, contudo, um exagero erigi-los a guardiões da verdade, respeitadores da privacidade e do bom nome ou imunes ao hate speech. A violação da vida privada começa nos paparazzi dos tabloides e acaba nos grandes jornais e TV pretensamente rigorosos e prestigiados, como a CNN, canal que dedicou, e peço perdão pela inconveniência do tema, painéis de discussão sobre os genitais de Donald Trump, descritos por uma estrela pornô.

Isenção e equidistância política é algo que também não tem abundado. A larga maioria da mídia americana ergueu um “firewall” contra Trump.. E em matéria de hate speech, alguns observadores contam as vezes em que na CNN o Presidente é chamado de *racista, animal, desumano, nazi, desequilibrado mental ou animal*. Pelo seu turno, o editor do Die Zeit alemão publicou que a única forma de evitar a catástrofe de Trump seria um assassinato na casa Branca. E no Brasil? No Brasil foi também um facto do Globo à Folha, passando pela Veja e o Estadão, que o Presidente eleito foi tratado de *homofóbico, racista, fascista e misógino*. Ora a imprensa, pode seguir as linhas editoriais mais nobres, mas perde a aura de isenção quando distorce notícias, injuria, incita ao crime como o Die Zeit e passa de observador a player político. Ou quando difunde boatos como a suástica gravada pelos seus partidários numa moça ou quando especula sem provas sobre um Caixa 2 baseado no WhatsApp. Não espanta, pois, que candidatos demonizados pela imprensa e sem tempo de antena na TV recorram às redes sociais para comunicarem, sob pena de não existirem.

Em suma, a vitória, para muitos controversa e imerecida, de candidatos populistas nos EUA e Brasil operada através da comunicação em rede, implicou não apenas a derrota dos seus adversários diretos e do establishment político, mas também da mídia profissional que tenazmente se lhe opôs. Trata-se de um case study que seguiremos no nosso workshop de amanhã. Não basta, pois, dizer que sem mídia profissional livre não há sociedade livre. Há que acrescentar que essa sociedade livre não existe sem media e sem liberdade nas redes.

3.4. O controlo das fake news, injurias e hate speech postadas em rede é consentâneo com a liberdade de expressão?

O ciberespaço, pelo relevo político e securitário que assumiu não pode ser uma “terra sem lei”. No plano político e eleitoral, a facilidade com que se multiplicam notícias falsas, difamatórias ou violentistas e a forma como essa multiplicação impacta no eleitorado e nos seus df carece de um ponto de ordem em nome da qualidade da democracia. Como fazê-lo sem sacrificar o conteúdo essencial da liberdade de expressão é o mais complexo e tem de ser obtido algures entre dois extremos.

Num primeiro extremo está o libertarismo norte-americano. A primeira emenda tolera o hate speech nas redes e fora dela, mesmo quando assume conteúdo potencialmente violento, blasfemo ou anti-nacional. Gregory Lee Johnson queimou a bandeira americana e a mensagem foi reproduzida. Terry Jones apelou a um dia de queima do Corão, tendo depois desistido. Os dois atos estavam ao abrigo da primeira emenda. Existem, contudo, certas formas de hate speech proibidas: é o caso da difamação, chantagem, ameaças ilícitas, incitamento ou solicitação para a prática iminente de crimes ou violação de regras de cibersegurança. Será suficiente? Talvez não. As fragilidades do sistema permitem discursos de ódio que violam direitos e põem em risco a paz pública, tornando o sistema permeável à manipulação eleitoral e interferência de entidades externas nas eleições (vide a Cambridge analytica e Assange).

No segundo extremo está o proibicionismo da legislação alemão. A Lei Alemã, NetzDG de junho 2017, tornou as firmas gestoras das redes, sob pena de pesadas multas, responsáveis pela remoção, com prazos determinados, de conteúdos ilícitos (fake news e uma muito lata definição de hate speech), criando um sistema de denúncia desses conteúdos pelos consumidores. O resultado foi a criação nas redes, mormente no Facebook, de grupos de vigilantes encartados policiando as redes e incitando à remoção de posts que possam ser tidos como hate speech, termo cinzento que envolve discursos anti-islâmicos, securitários ou anti-imigração. Vários deputados do AfD um partido populista com cerca de 90 deputados teve as suas páginas do Facebook suspensas. A censura feita indiretamente pelo Estado através dos gestores privados das próprias redes é considerada por muitos,

inconstitucional, não se ligando mais à qualidade da democracia, mas às condições da sua existência: no Parlamento alemão a medida foi apoiada pela CDU e SPD e oposta pelos restantes partidos, da esquerda à direita. Em face da jurisprudência do TC alemão sobre liberdade de expressão há dúvidas que esta lei subsista sem alterações. O trollismo retira qualidade à democracia, mas a censura ameaça a sua existência.

No Brasil o uso das redes tem sido uma questão sensível nestas eleições, mas de difícil solução. O TSE tem atuado casuisticamente removendo algumas mensagens e permitindo outras enquanto certa imprensa tem feito um repositório útil de notícias falsas. O caminho faz-se, pois, caminhando. Será pois possível, quiçá, a partir da jurisprudência e dos contributos da Academia, dos mídia e dos próprios providers das redes, encontrar uma lei equilibrada, com especialidades para períodos eleitorais, que balanceie a proibição de alguns excessos de liberdade de expressão com a proibição de censura, e não confunda a agressividade e o radicalismo do discurso, próprios de uma eleição competitiva, com veículos multiplicadores de notícias falsas e difamatórias e apelos à prática de crimes violentos. Este é um importante desafio para o novo ciclo político no Brasil e para própria União Europeia.

RESOLUÇÃO PACÍFICA DE CONFLITOS

Grace Mendonça⁴⁶

1. Introdução

A sociedade convive ao longo dos séculos com a existência de situações de conflitos, sejam estes de caráter interpessoal ou interinstitucional. As adversidades naturalmente presentes na rotina das comunidades refletem contendas que perpassam por questões de ordem social, ética, trabalhista, civil, criminal, administrativa, entre outras.

O descontentamento corresponde a um estado de espírito inerente ao ser humano, de modo que as contendas dele decorrentes se apresentam como algo natural e rotineiro. Se o descontentamento e consequente conflito ocorrem naturalmente, também a busca por soluções constitui parte intrínseca à natureza humana.

Ao longo da história, o formato de resolução de conflitos foi avançando até atingir a configuração atual na qual o Poder Judiciário é o ator responsável por conceder a solução para as demandas que o alcançam. Entretanto, o sistema de justiça tem passado pela experiência de sobrecarga, o que impõe a elaboração de novos mecanismos que viabilizem efetivamente o desfecho de demandas.

2. Resolução de litígios e Acesso à Justiça

Os litígios compõem ordinariamente o cenário social, muito embora o tratamento e a solução de litígios não representem uma tarefa singela. Daí a relevância do papel desempenhado pelo Direito, cuja atuação nas mais variadas vertentes visa substancialmente alcançar o desfecho de inúmeros conflitos.

Em um contexto de Estado Democrático de Direito, a resolução de desentendimentos sucedidos entre indivíduos cabe ao próprio Estado,

⁴⁶ Advogada

mediante atribuições múltiplas a ele constitucionalmente designadas. Compete ao Estado, dessa maneira, elaborar e aplicar a legislação, bem como observar os direitos inerentes às circunstâncias de conflito, com o intuito de retirar da esfera dos indivíduos envolvidos na disputa a função de solucioná-la por conta própria.

Assim, nas balizas estabelecidas por princípios e regras, incumbe ao Poder Judiciário conceder o legítimo amparo aos indivíduos que se encontrem em cenários de divergência, especialmente considerando que a tutela jurisdicional confere a devida legitimidade indispensável à resolução do conflito.

Embora o Poder Judiciário propicie o adequado espaço para o alcance de soluções dos conflitos a ele submetidos, não se pode negar o elevado número de demandas que diariamente batem as portas do Sistema de Justiça, de modo a comprometer, inclusive, a celeridade da prestação jurisdicional e, como consequência, o próprio direito fundamental de acesso à justiça.

Importa destacar que o direito fundamental de acesso à justiça não reflete somente a possibilidade de adentrar os tribunais, mas também de que a prestação jurisdicional seja entregue à população em observância ao princípio da eficiência, e em respeito a todas as garantias processuais – muitas delas previstas no art. 5º da Constituição da República de 1988 – e ao devido processo legal. Ademais, a eficiência também diz respeito ao prazo em que a prestação jurisdicional deve ser efetivada, uma vez que as demandas necessitam de um desfecho em tempo hábil para que o objeto da ação seja devidamente satisfeito.

Nesse sentido, o acesso à justiça pode ser compreendido como um conceito de maior amplitude do que unicamente como o ingresso⁴⁷ no complexo oficial de resolução de conflitos. O direito fundamental de acesso à justiça, dessa forma, abrange perspectivas diversas e constitucionalmente amparadas, como a razoável duração do processo⁴⁸ e a prestação jurídica em

⁴⁷O ingresso no sistema de justiça encontra amparo na Constituição da República, art. 5º, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴⁸Constituição da República, art. 5º, LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

caráter integral e gratuito para aqueles que comprovadamente apresentem insuficiência de recursos⁴⁹.

Logo, o direito fundamental de acesso à justiça, com os seus mais variados elementos de efetivação, garante à população que as demandas entregues nas mãos do Poder Judiciário sejam devidamente tratadas com base nos melhores parâmetros associados a uma efetiva prestação jurisdicional.

É necessário assegurar que a largada da prestação jurisdicional se concretize, muito embora os efeitos do acesso à justiça não se restrinjam ao preenchimento desta fase, uma vez que seu conceito toca todo o trâmite processual até a conclusão, em observância aos limites da proteção do jurisdicionado estabelecidos pela Constituição da República.

Isso significa que mesmo o desfecho deve suceder em conformidade com os parâmetros constitucionais, especialmente considerando que o direito a uma decisão devidamente fundamentada nas normas vigentes no ordenamento jurídico, bem como a proteção jurídica suficientemente eficaz e temporalmente adequada⁵⁰, também compõem perspectivas de acesso à justiça. O seu conteúdo compreende, assim, a garantia de que os meios judiciais essenciais ao justo amparo de outros direitos fundamentais serão devidamente efetivados, em uma verdadeira promoção de direito aos direitos⁵¹.

3. Mecanismos consensuais de solução de conflitos

Embora os maiores conhecimento e consciência dos membros da sociedade em relação aos seus direitos revelem uma vertente extremamente positiva para o Estado de Direito, as consequências naturais da sobrecarga ao Poder Judiciário são gradualmente mais sentidas.

O elevado grau de judicialização tem sido acompanhado de intensos obstáculos para a entrega de uma prestação jurisdicional efetiva a todo o volumoso conjunto de processos rotineiramente em trâmite nos tribunais. Os efeitos da sobrecarga atingem tanto o Poder Judiciário, na condição de sistema

⁴⁹ Constituição da República, art. 5º, LXXIV: o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

⁵⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 498-499.

⁵¹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 6ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 417.

incumbido de efetivar a tutela jurisdicional, como os próprios jurisdicionados, nomeadamente no seu objetivo de obter a adequada solução para as contendas em que estejam envolvidos.

Inegavelmente, o elevado volume de processo acaba por embaraçar o funcionamento eficiente do sistema de justiça, já que a morosidade, como efeito natural em um contexto de considerável multiplicação de demandas, coloca em risco até mesmo a confiança dos cidadãos na Justiça.

Uma das consequências negativas da judicialização excessivamente promovida, dessa forma, revela-se no fato de que muitos dos conflitos se arrastam por décadas sem qualquer desfecho, o que, inclusive, demonstra uma cenário paradoxal, já que não se garante ao jurisdicionado precisamente a prestação jurisdicional que o impulsionou a procurar o Poder Judiciário logo de início.

Embora o Poder Judiciário reúna forças por meio de medidas diversas com o intuito de promover uma prestação jurisdicional⁵² mais célere, os esforços lamentavelmente não acompanham o volume⁵³ de demandas que ingressam no seu domínio.

Daí a importância de se estimular a estruturação e a execução de mecanismos alternativos de solução de litígios que promovam em maior nível de celeridade a tão desejada pacificação das contendas. Para tanto, é necessário consolidar alicerces que viabilizem o diálogo entre as partes envolvidas no conflito.

O cenário vivenciado pelo Poder Judiciário, assim, aciona a utilização de novos métodos que efetivamente ponham fim às demandas, de modo a desafogar todo o sistema de justiça e garantir uma prestação jurisdicional satisfatória para aqueles que, munidos das bases do direito fundamental de acesso à justiça, procuram a resolução de seus pleitos.

⁵² Dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça referentes ao ano de 2018 apontam que cada um dos magistrados solucionou, em média, 1877 processos, conforme consta do relatório “Justiça em Números” anualmente produzido: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/08/4668014df24cf825e7187383564e71a3.pdf>>.

⁵³ O relatório do CNJ também revela que foram baixados 31,9 milhões de processos no ano de 2018, enquanto o ingresso de novas demandas registrou o número de 28,1 milhões de processos, conforme pode ser conferido em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/08/4668014df24cf825e7187383564e71a3.pdf>>.

Os meios conciliatórios de solução de litígios ascendem como mecanismos que não somente facilitam o desfecho de lides, mas também colaboram com a desobstrução dos tribunais, já que as ferramentas de autocomposição refinam a performance e a funcionalidade de todo o sistema de justiça⁵⁴. Ademais, as vias consensuais de resolução de litígios tendem a apresentar maior celeridade e menor dispêndio econômico, não apenas para as partes, mas também para o próprio Poder Judiciário, uma vez que a manutenção de um elevado volume de processos em trâmite ocorre sob altos custos.

É precisamente nesse cenário que a conciliação, a mediação e a arbitragem se manifestam como instrumentos plenamente aptos à formação de um consenso entre as partes integrantes da demanda, bem como à redução da sobrecarga observada no Poder Judiciário, até mesmo como via de alcance da almejada pacificação social.

A busca por meios consensuais de resolução de conflitos, assim, revela-se como mecanismo plenamente apto a concretizar um acesso eficiente à justiça. Apostar no diálogo e no consenso pode trazer resultados efetivos para o jurisdicionado, além de beneficiar toda a sociedade com a redução do volume de processos em trâmite no Poder Judiciário.

A utilização dos meios alternativos de solução de litígios, dessa forma, também vem acompanhada da grande oportunidade de aprofundamento do diálogo entre o Estado e a sociedade civil, que é salutar até mesmo em um contexto de Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a solução pacífica de conflitos reside logo no preâmbulo da Constituição da República, uma vez que a justiça é arrolada como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, com bases na harmonia social, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias⁵⁵.

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa, Revista da Escola Nacional da Magistratura, Vol. 2, n. 5, 2008, p. 2.

⁵⁵ Preâmbulo da Constituição da República de 1988: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias,

Muito embora não exerça força normativa constitucional, o preâmbulo da Constituição firma as bases nas quais se estrutura o Estado Democrático de Direito, bem como os valores que conduzem os comandos insertos no texto, de modo a prestar um papel orientador de todo o conteúdo constitucional. Assim, a partir da essência contida no preâmbulo, nota-se a clara sinalização de que o Estado, por meio de suas instituições, deve reunir esforços e conceder meios necessários à resolução pacífica de conflitos, tanto no contexto interno, como no externo.

Ademais, o legislador constituinte originário trouxe ao texto a disposição de que um dos princípios norteadores da atuação da República Federativa do Brasil em suas relações internacionais constitui precisamente a solução pacífica de conflitos, conforme consta do art. 4º, VII da Carta⁵⁶, o que significa que eventuais controvérsias de cunho internacional devem ser resolvidas por meio do diálogo entre as nações.

Para além dessas disposições, outras também fundam a essencial utilização dos meios consensuais de resolução de litígios, como aquelas insertas no art. 5º da Constituição da República. Ademais, o próprio princípio da eficiência, constante do *caput* do art. 37 do texto constitucional, sustenta a opção por vias pacíficas de solução de demandas, já que o desfecho das desavenças em tempo hábil para que o objeto da ação seja devidamente satisfeito – um dos muitos pontos positivos extraídos da vias consensuais – revela justamente a materialização de uma eficiente prestação jurisdicional.

Já no âmbito infraconstitucional, o novo Código de Processo Civil também estimula o diálogo entre as partes logo em seus dispositivos iniciais. Ao Estado é conferida a atribuição de promover vias de resolução em caráter pacífico de litígios, sempre que possível⁵⁷. Logo, os agentes ligados ao Sistema de Justiça devem incentivar a utilização de vias consensuais⁵⁸, como a

promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

⁵⁶ Art. 4º, VII da Constituição da República: A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VII - solução pacífica dos conflitos.

⁵⁷ Assim consta do art. 3º, §2º do Código de Processo Civil: O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

⁵⁸ Art. 3º, §3º do Código de Processo Civil: A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

conciliação⁵⁹ e a mediação⁶⁰, com o intuito de conferir celeridade e efetividade na prestação jurisdicional, bem como reduzir a sobrecarga existente no Poder Judiciário.

Ao tema referente aos mecanismos de resolução pacífica de conflitos também é dedicada uma seção⁶¹ completa do Código de Processo Civil, o que revela justamente a importância conferida à matéria no atual contexto. Verifica-se a valorização dos meios consensuais de solução de litígios também pelo registro no referido Código de audiência prévia ao oferecimento de defesa do réu e de homologação judicial de autocomposição de qualquer natureza, além da possibilidade de inserção de matéria e sujeitos além do objeto do litígio⁶².

A legislação processual civil, ademais, ainda assinala a possibilidade da criação de câmaras de conciliação e mediação no âmbito da Administração Pública. Nessa perspectiva, União, Estados e Municípios podem conceber câmaras de mediação e conciliação com a finalidade de dirimir conflitos a partir de balizas consensuais⁶³.

Ainda nessa esteira, as disposições insertas na Lei Federal que versa sobre os meios consensuais de resolução de divergências estabelecem, para além do conceito de mediação⁶⁴, preceitos que orientam sua utilização, até mesmo com a previsão de transação por adesão naqueles conflitos que

⁵⁹ Conforme consta do art. 165, §2º do Código de Processo Civil, a conciliação ocorre preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

⁶⁰ Como consta do art. 165, § 3º do Código de Processo Civil, a mediação ocorrerá preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

⁶¹ A Seção V do Código de Processo Civil, cujo título é Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, trata sobre a criação pelos tribunais de centros de judiciário de solução consensual de conflitos, bem como da forma como deve suceder suas atividades.

⁶² Os dispositivos do Código de Processo Civil que versam sobre as temáticas são, respectivamente: art. 334 e art. 695; art. 515, III e art. 515, §2º.

⁶³ Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

⁶⁴ Art. 1º, Parágrafo único, Lei 13.140/2015: Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

envolvam a Administração Pública Federal Direta, suas autarquias e fundações⁶⁵.

Nesse sentido, a aplicação de ferramentas de conciliação e mediação para resolver litígios de maneira consensual permite a construção de soluções com maiores doses de criatividade, que podem se revelar por vezes mais eficientes do que aquelas obtidas por meio de decisões judiciais⁶⁶. Assim, a polarização entre as partes, naturalmente existente em um processo judicial, é elidida através da utilização de meios pacíficos de solução de conflitos que alcançam, por meio do diálogo, o desfecho da demanda em questão.

A mediação, inclusive, detém a força de consolidar uma aproximação entre as partes, bem como de permitir que encontrem conjuntamente uma solução para a divergência. Muito embora o mediador não tenha poder de decisão no tocante ao objeto do litígio, detém a capacidade de auxiliar as partes para que possam alcançar cooperativamente uma solução pacífica para a desavença.

4. A experiência referente ao Acordo dos Planos Econômicos

O mais evidente exemplo da força e da amplitude de alcance da mediação reside no recente acordo celebrado entre poupadore e bancos

⁶⁵ Art. 35, Lei 13.140/2015: As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em: I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

⁶⁶ MÜLLER, Julio Guilherme. A negociação no Novo Código de Processo Civil: Novas Perspectivas para a Conciliação, para a Mediação e para as Convenções Processuais, in ALVIM, Thereza Arruda (Coord.). O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos Dirigidos: Sistematização e Procedimentos, Forense, Rio de Janeiro, 2015, p. 188.

referente à judicialização dos planos econômicos. Assim, nem mesmo o número de pessoas envolvidas em processos em trâmite no Poder Judiciário ou o grau de complexidade da temática foram empecilhos para a utilização do diálogo e do consenso para se atingir o desfecho da demanda.

O objeto das inúmeras ações judiciais em trâmite perante o Poder Judiciário corresponde à discussão da constitucionalidade dos planos econômicos elaborados nas décadas de 1980 e 1990. Os poupadore pretendiam a obtenção do pagamento de passivos referentes às leis geradoras de cada um dos planos econômicos instituídos à época: Plano Bresser, Plano Collor e Plano Verão. A questão, inclusive, alcançou o Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, bem como na seara de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Os efeitos práticos de eventual decisão judicial favorável aos poupadore poderiam posicionar em situação de risco a própria higidez do Sistema Monetário Nacional, não somente quanto aos valores envolvidos nos resarcimentos a título de perdas – cujo montante atingiria bilhões de reais –, mas também em relação à segurança jurídica. O afastamento da constitucionalidade das leis após cerca de três décadas seria nocivo para o sistema, especialmente considerando que poderia restar uma imagem negativa para o país no tocante ao investidor estrangeiro e sua confiança.

Por outro lado, caso a decisão fosse favorável às instituições financeiras, estar-se-ia elidindo a pretensão de milhares de consumidores, de modo a produzir insegurança jurídica, uma vez que já havia desfechos em benefício dos poupadore em milhares de ações que tramitavam nas instâncias judiciais. Assim, desfechos distintos para pretensões similares culminariam em um sentimento de injustiça para os envolvidos, também prejudicial ao Sistema de Justiça pelo desequilíbrio decorrente de decisões díspares.

A partir desse contexto, a Advocacia-Geral da União foi provocada por entidades representativas de poupadore e por instituições financeiras para atuar como mediadora, de modo a buscar uma solução consensual para a questão. A utilização desse mecanismo evitaria efeitos de “tudo ou nada”, o que conduziria a uma resolução que seria proveitosa para ambos os lados, alcançando um meio-termo.

A questão de elevada magnitude, entretanto, exigiu esforços para estruturar um ambiente favorável à conciliação, de forma que os envolvidos estivessem verdadeiramente receptivos ao alcance de um desfecho consensual. Assim, tendo em vista as inúmeras ações coletivas que discutiam o tema – processos que poderiam ser benéficos para um número expressivo de pessoas –, seria necessário realizar um levantamento de informações e um estabelecimento de critérios de maneira responsável para que os trabalhos pudessem ser iniciados.

Nesse sentido, na primeira etapa, sucedeu a colheita de informações acerca dos processos judiciais. Fase processual, legitimados ativos e passivos, jurisprudência consolidada sobre a temática, prazos prescricionais, entre outros, foram, por meses, objeto de criteriosa análise, até que se pudesse firmar cenário propício à conciliação.

A AGU, então, desencadeou trabalhos de interlocução com os poupadore, realizando diversas reuniões com seus representantes para que se obtivesse legitimação adequada⁶⁷. Igualmente, também foi realizada a interlocução com as instituições financeiras⁶⁸. Não seria possível iniciar um processo conciliatório seguro sem que a mesa de diálogo contasse com os representantes devidamente legitimados para discutir sobre a questão.

Na fase seguinte, foram realizadas reuniões em separado entre a AGU e os representantes dos poupadore e a AGU e os representantes das instituições financeiras. As resistências e concessões de cada um dos lados foram trabalhadas e levadas à apreciação do outro. Após atingir o consenso mínimo em torno de pontos considerados sensíveis, iniciou-se nova fase.

O ambiente favorável ao diálogo construído anteriormente com cada uma das partes possibilitou a consolidação de reuniões conjuntas. Assim, a sensibilidade acerca do momento adequado para posicionar as partes envolvidas em uma mesa de negociação mostra-se determinante para que o trabalho conciliatório seja exitoso. A boa receptividade de uma parte em relação aos objetivos da outra, inclusive, está diretamente associada a esse

⁶⁷ A legitimidade foi fixada no representante do Instituto de Defesa do Consumidor - IDEC, bem como na Frente Brasileira de Poupadore – Febrapo, esta responsável por obter procuraçao de todas as entidades representativas de poupadore integrantes de ações coletivas ativas.

⁶⁸ A Federação Brasileira dos Bancos - Febraban foi definida como entidade apta a atuar na representação dos interesses das instituições financeiras.

trabalho preparatório de lapidação do conflito, indispensável para a estruturação de uma atmosfera propícia ao diálogo.

As discussões conjuntas carregaram processos de negociação intensos, de modo a exigir demasiada dedicação de todos os envolvidos. Mesas de diálogo paralelas às reuniões foram abertas para que as conversas também ocorressem separadamente. Nessa etapa, o processo passou a contar com a participação do Banco Central do Brasil, bem como de sua Procuradoria-Geral.

Nessa perspectiva, as propostas acerca de cada um dos termos eram apresentadas para então serem avaliadas pelas mesas separadamente, de modo a oferecer aos envolvidos espaço e liberdade para atingir o limite considerado como mais adequado em relação a cada um dos pontos.

A AGU, ainda que não pudesse definir a solução do litígio, considerando sua qualidade de mediadora, trabalhou intensamente perante as partes, destacando os fatores positivos e negativos de cada uma das propostas colocadas em discussão e calibrando as pretensões das partes. No cumprimento do seu papel de facilitadora da comunicação entre as partes, a AGU atuou no sentido de neutralizar resistências e auxiliar na produção de alternativas que viabilizassem a resolução do conflito, sem interferir, contudo, na autonomia da vontade dos envolvidos.

Após um período de 13 meses de árduo trabalho, durante os quais foram realizadas cerca de 50 reuniões, foi possível alcançar um desfecho consensual e equilibrado em relação às pretensões buscadas pelos envolvidos. A etapa final consistiria na consolidação de um termo de acordo que expressasse precisamente o que havia sido definido consensualmente pelas partes e, por isso, o trabalho deve ser igualmente criterioso, até mesmo para produzir os efeitos jurídicos desejados pelos envolvidos.

O termo de acordo foi assinado e submetido ao Supremo Tribunal Federal para apreciação e posterior chancela, o que atribuiria segurança jurídica e validade à solução consensual alcançada. Assim, o termo foi homologado pela Suprema Corte, revelando a importância da utilização de meios consensuais de resolução de conflitos, especialmente em ações coletivas.

Assim, o acordo dos planos econômicos indica que é possível firmar soluções pacíficas para litígios de grande complexidade. Se uma demanda de tal envergadura – discutida em mais de um milhão de processos judiciais – foi resolvida por meio de mecanismo consensual, é plenamente possível a política de redução de litigiosidade no país.

Nesse sentido, o êxito obtido por meio do acordo dos planos econômicos torna-se um marco para todo o Sistema de Justiça, uma vez que possibilitou que sejam retiradas do Poder Judiciário um milhão de ações judiciais e garantiu o acesso à justiça para quase três milhões de poupadores. Portanto, se um tema de tamanha dimensão e complexidade pode ser devidamente resolvido por meios consensuais, também outros de menor extensão podem obter uma apropriada solução.

5. Considerações Finais

O Sistema de Justiça tem vivenciado um cenário de extrema sobrecarga, o que afeta toda a população que busca no Poder Judiciário desfechos que amparem os seus interesses. Ainda que toda a máquina judiciária se mobilize no sentido de reduzir a litigiosidade, o número de processos que atingem as portas do Poder Judiciário continua expressivo.

Nessa perspectiva, revela-se como essencial levantar estruturas que viabilizem a utilização dos meios de solução pacífica de conflitos e que propaguem a importância da aplicação de tais mecanismos. O emprego das vias consensuais de resolução de litígios pode repercutir positivamente não somente para o Sistema de Justiça, mas também para toda a população que necessita de ferramentas que possibilitem a entrega célere de desfechos efetivos para suas demandas.

O resultado obtido na assinatura do acordo dos planos econômicos – situação que já se prolongava há décadas sem um desfecho para todos os envolvidos – demonstrou a força que os mecanismos consensuais possuem de assegurar uma solução benéfica para todos, já que sucedeu a partir da construção de um diálogo entre os envolvidos. Isso significa que até mesmo questões de extrema amplitude e complexidade podem ser solucionadas por meio de vias conciliatórias.

Fixar a importância da utilização de mecanismos consensuais, nesse sentido, mostra-se substancial para converter o atual cenário de sobrecarga do Poder Judiciário e de ausência de celeridade na conclusão dos pleitos alçados ao seu domínio. As vias pacíficas possibilitam a resolução de conflitos a partir do diálogo entre os envolvidos, o que reverbera intensamente na dinâmica do Sistema de Justiça, de modo a contribuir para seu desafogamento e, em última análise, assegurar a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.

CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE E DE LEGÍSTICA PELAS COMISSÕES DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA: IMPORTÂNCIA, PERSPECTIVAS E DESAFIOS

João Trindade Cavalcante Filho⁶⁹

1. INTRODUÇÃO

No âmbito da Legística material, uma das maiores preocupações com a qualidade da norma diz respeito à sua validade jurídica, isto é, à sua compatibilidade com o ordenamento jurídico. Isso porque de nada adianta redigir uma norma tecnicamente clara, direta, escorreita, sintética e bem estruturada (requisitos da Legística formal), mas que venha, por exemplo, a ser declarada inconstitucional pelas instâncias judiciais. O risco de declaração de inconstitucional é, inclusive, um custo a ser precificado (ou, quando menos, levado em conta) quando da avaliação de impacto legislativo, qualquer que seja a metodologia que se vá utilizar nessa análise.

Nos países de Língua Portuguesa, em geral, mas no Brasil, de forma mais pronunciada, temos assistido, nas últimas décadas, uma transformação do Judiciário no “centro de gravidade” do controle de constitucionalidade. Essa tendência natural ao enfoque do judicial review, quando se fala em fiscalização de constitucionalidade, tem levado, no entanto, a um “esquecimento” ou “menosprezo” dos outros mecanismos constitucionais de controle quanto à validade de normas jurídicas, em especial daqueles realizados durante a tramitação parlamentar. Nesse contexto, o intuito de nosso artigo é: a) destacar a importância do controle preventivo de constitucionalidade e de técnica legislativa pelas comissões parlamentares, especialmente aquelas especializadas nessa temática (isto é, as Comissões de Constituição e Justiça – CCJ); b) investigar os desafios e riscos ao desempenho dessa função; e c) expor as perspectivas para essa espécie de controle preventivo, assim como possíveis propostas de aperfeiçoamento.

A metodologia utilizada baseia-se na análise documental (normas jurídicas em vigor, em nível constitucional e regimental), na revisão de literatura

⁶⁹ Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público

e na análise empírica (verificação dos casos de rejeição de projetos por inconstitucionalidade, na última década, no âmbito do Senado Federal brasileiro). Em relação a esse último aspecto, precisamos justificar nosso recorte temporal e espacial. Quanto à delimitação de tempo (um década, isto é, o período completo 2008-2018), justifica-se por diversos motivos, a saber: a) não é excessivamente longo, a ponto de inviabilizar a análise e o tratamento dos dados coletados, além de permitir o cenário mais desejável numa análise estatística, é dizer, o estudo de toda a população de projetos apreciados, e não apenas por amostragem; b) não é excessivamente curto, de modo a minimizar riscos de que a análise seja enviesada pelas peculiaridades de uma legislatura específica; c) está completamente coberto por relatórios estatísticos e registros de dados informatizados, no âmbito do Senado Federal, o que permite um maior acesso e um otimizado tratamento dos dados relativos à tramitação dessas proposições. Em relação ao recorte orgânico/espacial, a delimitação ao Senado Federal explica-se por ser a instituição que dispõe de mais dados informatizados acerca do tema (a pesquisa em nível subnacional, por exemplo, encontra muitas barreiras em relação a esse aspecto); demais disso, o fato de o Senado Federal, no Brasil, atuar mais frequentemente como casa revisora do processo legislativo (CF, art. 64, *caput*) faz com que o volume de projetos seja menor, o que facilita uma análise exauriente, tal como a proposta.

Ainda no âmbito da contextualização, merece registro o fato de que, no Brasil, por expressa previsão constitucional, as comissões parlamentares têm poder de rejeitar determinadas categorias de projetos de lei, sem necessidade de deliberação plenária (CF, art. 58, § 2º, I). Esse dispositivo constitucional é utilizado pelos regimentos internos das Casas legislativas para justificar que os projetos (de lei, de resolução e de decreto legislativo) e as propostas (de emenda à Constituição) sejam definitivamente rejeitados (com ou sem recurso ao Plenário, a depender do caso) quando considerados inconstitucionais pela CCJ respectiva. No caso do Senado Federal, por exemplo, o art. 101 do Regimento Interno do Senado Federal (RISF) prevê competir à CCJ apreciar a constitucionalidade de proposições (inciso I), sendo considerada arquivada aquela que receber parecer contrário da CCJ, por motivo de inconstitucionalidade, não sendo cabível sequer recurso ao Plenário, quando unânime o parecer (RISF, art. 101, § 1º). Assim, embora no Senado Federal

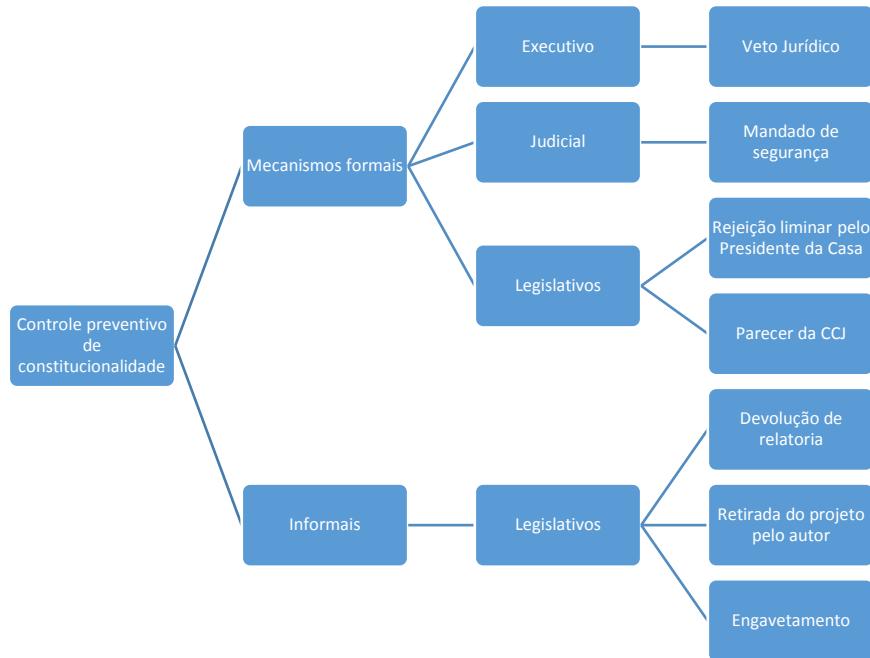
nem todos as proposições sejam submetidas ao controle de constitucionalidade pela CCJ, é certo que essa comissão possui um poder bastante pronunciado, especialmente no controle da constitucionalidade das proposições.

2. IMPORTÂNCIA DO CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE PELA CCJ

A verificação da constitucionalidade (compatibilidade formal e material da proposição com a CF) constitui uma das etapas principais da tramitação parlamentar. É certo que esse controle de constitucionalidade preventivo não é exercido apenas pela CCJ, uma vez que existem outros mecanismos típicos e atípicos de verificação da constitucionalidade formal e material. Dentre os mecanismos típicos, podemos citar a rejeição liminar pelo Presidente da Casa Legislativa de proposições flagrantemente inconstitucionais (RISF, art. 48, IX); o veto jurídico do Presidente da República, por meio do qual o Chefe do Executivo pode negar sanção a projetos de lei que considere inconstitucionais (devendo, nesse caso, o Congresso Nacional deliberar novamente sobre o assunto, só podendo contrapor-se à vontade presidencial por meio da maioria absoluta dos membros de ambas as Casas, na forma dos §§ 1º a 5º do art. 66 da CF). Já os meios atípicos que podem ser citados são: a apresentação de emenda saneadora do vício, nos casos de inconstitucionalidade parcial da proposição; a retirada do projeto pelo próprio autor, quando se percebe a inconstitucionalidade da proposição, ou o risco de que seja rejeitada por esse motivo na CCJ; a devolução de relatoria, fenômeno por meio do qual as proposições inconstitucionais vão sendo devolvidas pelos vários parlamentares incumbidos de relatá-las, até que terminem arquivadas ao final da legislatura; o fenômeno conhecido como “engavetamento”, por meio do qual o relator da proposição simplesmente não se pronuncia sobre ela, deixando-a morrer à míngua, especialmente nos casos em que o projeto é inconstitucional, mas não se quer o ônus político de desagrurar o autor; e a própria intervenção judicial, por meio de controle preventivo realizado pela via do mandado de segurança, por provocação de parlamentar da Casa em que

tramita a proposição, com a finalidade de impedir a tramitação de PL com vício formal, ou de PEC com vício formal ou que viole cláusula pétreas⁷⁰.

Podemos resumir tais mecanismos de controle da seguinte forma:



De todos esses mecanismos (formais ou informais) de controle preventivo de constitucionalidade, porém, o controle realizado pelas CCJs tem algumas notas que o destacam. É o único mecanismo de controle *formal* realizado por um órgão colegiado do Legislativo, isto é, um mecanismo formal de autocontrole da constitucionalidade. É o único controle legislativo que gera precedentes facilmente rastreáveis e replicáveis (já que a rejeição liminar da proposição pelo Presidente da Casa não chega a ter a mesma publicidade)⁷¹.

⁷⁰ Conforme a tradicional jurisprudência do STF (Pleno, Mandado de Segurança – MS nº 20.257/DF), reiterada no julgamento do MS nº 32.033/DF.

⁷¹ Na Câmara dos Deputados, inclusive, são publicadas súmulas dos entendimentos da CCJ, a fim de orientar decisões e casos futuros.

3. DESAFIOS

Não obstante a fundamental função desempenhada pelo controle preventivo de constitucionalidade pelas CCJs, esse instituto não está, por óbvio, imune a riscos e desafios.

Um dos primeiros (e principais) riscos é a contaminação, por assim dizer, de discussões jurídico-técnicas por debates estritamente políticos. Se já é bem conhecido o fenômeno da confusão constitucionalidade-mérito (quando, por falha técnica, se considera inconstitucional um projeto, por se ser contrário ao direcionamento trazido pela norma; ou, da mesma forma, quando se defende a constitucionalidade de uma proposição por ser ela considerada relevante, quanto ao mérito), tal situação pode se tornar dramática quanto a um controle técnico (constitucionalidade) sendo exercido por um órgão político.

Não partimos de um pressuposto ingênuo que negue a impossibilidade de separação total entre análise jurídica e análise política, impossível até mesmo em relação ao controle jurisdicional de constitucionalidade⁷². Não pode, porém, partir para o outro extremo, que cincicamente nega qualquer tipo de distinção entre Direito e Política. Nosso marco teórico se baseia na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, que considera a Constituição um acoplamento estrutural entre Direito e Política; nesse sentido, o processo legislativo (e o controle de constitucionalidade preventivo pelas comissões, mais especificamente) configura o estatuto jurídico do político e o estatuto político da análise jurídica. Em outras palavras: não se pode incorrer no erro comum de qualificar como “mera” política a análise feita pelas CCJs. Apesar de formada exclusivamente por parlamentares, tais comissões possuem um certo aspecto de análise técnica, por diversos motivos: a) sua composição naturalmente atrai membros com formação jurídica, de modo que as discussões muitas vezes travadas são de natureza bastante técnica, não obstante o óbvio direcionamento político dos atores; b) os pareceres utilizam-se da linguagem jurídica, evitando a análise política das

⁷² Cf., sobre as relações entre política e interpretação constitucional, especificamente em relação ao *hate speech*, o que escrevemos em nossa dissertação de mestrado. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O Discurso do Ódio na Jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira. Uma análise à luz da filosofia política.** São Paulo: Saraiva, 2018, especialmente a Parte 1.

proposições, especialmente quando a função da comissão, naquela proposição, é avaliar exclusivamente a admissibilidade; c) mais de 90% das minutas de pareceres são elaboradas pela Consultoria Legislativa, órgão técnico de assessoramento superior formado exclusivamente por servidores concursados e efetivos (muito embora, em contraponto, as minutas possam ser modificadas pelo parlamentar, antes da sua apresentação ou durante a discussão).

É preciso, contudo, reconhecer que a discussão jurídica feita por um órgão político está realmente mais sujeita à “contaminação” política dos debates⁷³. Ainda mais quando se trata de proposições polêmicas, há uma tendência a que os parlamentares confundam sua posição favorável ou contrária ao *mérito* do projeto com a necessidade de votar pela *constitucionalidade* ou *inconstitucionalidade* da proposição. Esse risco é inerente a essa espécie de controle preventivo de constitucionalidade por órgão político, mas o desenho institucional pode ser realizado de forma a tentar minimizar ou atenuar esse risco. Assim, por exemplo, a paulatina conscientização dos parlamentares sobre o papel da CCJ pode ajudar bastante nessa tentativa de “imunização” da política (essa conscientização cabe cumulativamente a vários intervenientes na relação com o parlamentar: à Secretaria da Comissão, geralmente formada por servidores efetivos titulares de função comissionada; à assessoria do próprio parlamentar, formada por servidores em geral comissionados, de confiança do Deputado ou Senador, e que podem insistir com ele para o direcionamento a ser dado à análise na CCJ; à Consultoria Legislativa, especialmente na elaboração das minutas dos pareceres, evitando entrar na análise sobre o mérito da proposição – ou, quando tal não for possível, separando claramente a análise de admissibilidade (jurídica) da valoração quanto ao mérito (político); e, finalmente, à Presidência da Comissão, que pode e deve orientar os parlamentares em seus pareceres, intervenções, emendas e discussões, inclusive para delimitar o objeto de

⁷³ Não se trata, contudo, de problema exclusivamente brasileiro. Na Itália, por exemplo, a experiência do controle de constitucionalidade e de qualidade dos projetos pelo Comitato per la Legislazione da Câmara dos Deputados tem resultados controversos, inclusive em virtude da frequente “desconsideração” de argumentos técnicos constantes do parecer do Comitato pelas comissões de mérito. Cf., sobre o tema, BILLÈ, Roberta. **Qualità della legge e forme di governo. Controlli e garanzie costituzionali in prospettiva comparata.** Universidade de Bologna [Tese de Doutorado], 2008, pp. 381 e seguintes.

análise da comissão. Outra solução para tentar evitar essa “contaminação” de discussões jurídicas pelos argumentos de mérito é a progressiva transformação da CCJ numa comissão de análise exclusiva sobre a admissibilidade (tal como praticamente ocorre na Câmara dos Deputados); isso porque, quanto mais especializada é a função do colegiado, mais difícil, em tese, distanciar-se dela; quanto mais segregada for a análise entre admissibilidade (CCJ) e mérito (outras comissões), menor a tendência da CJJ a opinar sobre o mérito da proposição (até mesmo, e talvez principalmente, por temor de desagravar os membros dos outros colegiados, por invadir a competência das outras comissões)⁷⁴.

Outro risco/desafio está na pessoalidade da análise, principalmente quando o autor pertence à mesma Casa em que se faz o controle. Com efeito, em relação ao Judiciário, mesmo que demonstre respeito pela instância política deliberativa, é certo que faz o controle da produção normativa de outra instituição, com outros atores. Já na CCJ, muitas vezes cabe a um parlamentar relatar o projeto de autoria do colega, que não só o procura para pedir a aprovação, como muitas vezes comparece à reunião da Comissão, ainda que dela não seja membro. Logicamente, uma situação dessas pode não apenas ser desconfortável para o parlamentar relator, quando precisa opinar pela constitucionalidade da proposição; por representar também uma concorrência de riscos, já que o papel de relatar um projeto de um aliado ou de um opositor na esfera política pode contaminar a análise do parlamentar relator.

Trata-se, ademais, de um risco mais difícil de neutralizar por meio de desenho institucional. Menos mal que, de uma forma ou de outra, parecem já existir mecanismos informais de controle preventivo de constitucionalidade, a substituir o parecer explícito pela constitucionalidade.

É muito comum, por exemplo, o fenômeno da “devolução de relatoria”. No âmbito do Legislativo brasileiro, tradicionalmente a distribuição (determinação de quem será o relator de cada matéria) cabe ao Presidente do Colegiado. Tal prerrogativa representa, aliás, um enorme poder de agenda e de direcionamento do parlamentar que comanda o colegiado, que pode, por

⁷⁴ Nesse sentido, parece-nos mais adequado a essa finalidade o desenho institucional da Câmara dos Deputados, cuja CCJ opina sobre quase todas as proposições, mas quase que exclusivamente quanto à admissibilidade jurídica (constitucionalidade formal e material, regimentalidade, juridicidade e técnica legislativa).

exemplo, atrasar a tramitação do projeto, ou designar um relator antipático ou simpático à tese. Não há, por exemplo, distribuição mediante sorteio, ou qualquer outro meio eletrônico ou impessoal: a designação do relator é um ato de graça pessoal do Presidente da Comissão. O relator, no entanto, pode “devolver a relatoria”, solicitando que a proposição seja distribuída a outro parlamentar. Essa postura é muito comum quando o relator designado considera que o ônus político de relatar a proposição é maior que a visibilidade auferida; ou – o que mais nos interessa – quando a proposição é inconstitucional, sem possibilidade de emenda saneadora, mas o relator não quer “confrontar” o autor do projeto ou da proposta. Nesse último caso, em vez de se “indispôr” com o colega autor da proposição, apresentando um relatório pela inconstitucionalidade (que, se aprovado, importará o arquivamento da proposição), prefere-se simplesmente abrir mão da relatoria, “passar o problema adiante”. Claro que esse não é, em tese, o melhor mecanismo de aferição da constitucionalidade das proposições; do ponto de vista prático, no entanto, funciona relativamente bem, sendo relevante o número de projetos aparentemente inconstitucionais que têm a relatoria devolvida (muitas vezes, inclusive), até serem arquivados ao final da legislatura (RISF, art. 332), sem deliberação: apesar de não haver um pronunciamento da comissão sobre a inconstitucionalidade da proposição, a finalidade de impedir o nascimento de uma norma contrária à CF foi, afinal, alcançado.

Mais um risco – que não só precisa ser identificado, como também não pode ser minimizado – diz respeito à “confiança” da intervenção judicial, durante a tramitação ou após a aprovação parlamentar definitiva. Podem os parlamentares adotar, na CCJ, uma posição mais “ousada”, de aprovar proposições de duvidosa constitucionalidade, “confiando” na existência de outras etapas de análise (sanção ou veto – mecanismo típico; e mandado de segurança ou ações de controle abstrato de constitucionalidade – mecanismos atípicos).

Por um lado, tal situação pode ter uma feição positiva, uma vez que estimula a inovação, a experimentação institucional. De outra parte, no entanto, parece demonstrar a necessidade da existência de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis; há, porém, quem entenda a questão de forma exatamente contrária, por considerar que a existência de mecanismos de

judicial review termina por induzir comportamentos inconstitucionais do Legislativo⁷⁵. Tal comportamento “judiciariocêntrico” termina por gerar, na verdade, uma atrofia dos mecanismos de controle legislativo de constitucionalidade, já que “comodamente”, como diz Conrado Hubner Mendes, se defere *apenas* ao Judiciário a responsabilidade por velar pela Constituição⁷⁶.

Tal situação pode ser contornada com a conscientização dos parlamentares de que a abdicação do exercício da função de controle em sede de parlamentar tende a incentivar ainda mais o fenômeno da judicialização da política e a postura ativista do Judiciário. Em outras palavras: se se quer tanto combater o ativismo judicial, o melhor é se começar por evitar que projetos flagrantemente inconstitucionais sejam aprovados, é evitar que a intervenção judicial se faça necessária.

Trata-se de um exercício de aprendizado institucional, até mesmo porque há dados que sugerem uma correlação entre intervenção judicial de natureza preventiva (especialmente via mandado de segurança impetrado por parlamentar) e atrofia do controle preventivo de constitucionalidade, inclusive mediante a redução paulatina de proposições rejeitadas por inconstitucionalidade no âmbito da CCJ do Senado Federal na última década (redução essa ainda mais acentuada em relação às rejeições motivadas por inconstitucionalidade *material*). A relação de causalidade, contudo, ao que parece, é recíproca; isto é, os dois fenômenos se retroalimentam: o Judiciário intervém cada vez mais, de forma preventiva, porque o controle parlamentar tem falhado, e o controle parlamentar se torna cada vez mais tímido, porque se sabe que o Judiciário pode, a qualquer hora, intervir na matéria⁷⁷.

⁷⁵ Cf., a propósito, a crítica de Jeremy Waldron. **The Core of the Case Against Judicial Review**. The Yale Law Journal; Apr 2006; 115, 6.

⁷⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Universidade de São Paulo [tese de doutorado], 2008, p. 5.

⁷⁷ Logicamente, essa relação de causalidade recíproca precisa ser analisada com mais aprofundamento – não obstante a determinação de relações de causalidade em ciências sociais sejam algo sempre problemático. Isso porque, muitas vezes, o temor da judicialização leva o Legislativo a adotar uma postura de controle ainda maior. Não necessariamente em casos de legislação, mas no exercício da função atípica de julgamento de autoridades por crimes de responsabilidade, por exemplo (que, no Brasil, é atribuída em grande medida ao Senado Federal) leva a que se adote um procedimento extremamente rigoroso, a fim de justamente evitar a declaração de nulidade de atos pelo Judiciário.

4. PERSPECTIVAS

As perspectivas para ampliar o controle de admissibilidade, em geral, de atendimento às regras de Legística, em particular, podem ser agrupadas em duas categorias, a saber: a) alterações normativas (institucionais) no funcionamento do juízo de admissibilidade pelas CCJs; e b) modificações culturais (atitudinais) em relação aos membros que integram tais colegiados.

Em relação às alterações normativas, é preciso que as CCJs se especializem como uma comissão especializada no controle de admissibilidade. Cada vez mais nos convencemos de que misturar a análise de admissibilidade com a avaliação sobre o mérito das proposições é deletério para a necessária separação entre a análise técnica e a avaliação política. Em nosso entender, o modelo mais adequado se aproxima daquele praticado, no Brasil, na Câmara dos Deputados, casa em que a CCJ praticamente só se preocupa com a análise sobre a admissibilidade da proposição (inclusive em relação a questões de técnica legislativa). Com efeito, se levarmos a sério o risco de “contaminação” de argumentos técnicos com avaliação política, já citada, deve-se procurar, mais e mais, a especialização do juízo de admissibilidade, a fim de distingui-lo (procedimentalmente, inclusive) da análise da comissão de mérito. Urge, por exemplo, que o Regimento Interno do Senado Federal seja alterado, a fim de se compatibilizar com esse modelo de CCJ especializada (o que na Itália se designa como “comissão-filtro”).

Por outro lado, é preciso reforçar (nas CCJs, inclusive) a necessidade de levar a sério a avaliação de impacto legislativo das proposições. Desde a promulgação, no Brasil, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF, Lei Complementar nº 101, de 2000), faz-se necessário ao autor de qualquer proposição que tenha impacto financeiro anexar a demonstração devida. Essa exigência, porém, é reiteradamente descumprida, e as CCJs tendem a enxergar tal requisito mais como uma competência das comissões de análise econômica do que como aquilo que realmente é: um dado essencial para a análise, inclusive, da constitucionalidade e da Legística (material). Por outro lado, com a promulgação da EC nº 95, de 2016, tal exigência passou a

ter sede constitucional, o que – espera-se – virá a trazer ao tema as luzes de que necessita.

Há quem sugira, ademais, a adoção de um modelo semelhante ao *Comitato per la Legislazione* da Itália (isto é, uma comissão, com composição paritária entre maioria e minoria, especializada na análise de Legística dos projetos). Em tese, tal modificação poderia ser feita por meio de resolução aprovada pela própria Casa legislativa (CF, art. 51, III, e art. 52, XII). Todavia, caso se queira mesmo dar a essa comissão uma composição que não seja baseada na proporcionalidade partidária, entendemos que seria necessária uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC), uma vez que tal regra precisaria excepcionar o mandamento do § 1º do art. 58 da CF⁷⁸.

De outra parte, não se pode descartar a necessidade de uma mudança cultural/atitudinal por parte dos membros das comissões especializadas em admissibilidade. Em regra, questões de Legística (especialmente formal, porque a material muitas vezes sequer se coloca) são consideradas temas de menor importância, formalismo, tecnicismo. É preciso que os parlamentares que integram as CCJs se convençam (e sejam convencidos) do papel da Legística, especialmente a fim de produzir leis com maior qualidade e, dessa forma, trazer não apenas segurança jurídica, mas também limitar a intervenção judicial em matérias de legislação. Também se faz necessário.

5. Conclusões

O controle da constitucionalidade e do respeito à técnica legislativa (Legística formal), no âmbito dos parlamentos, não pode ser encarado apenas com base nos mecanismos formais. Existem muitas outras maneiras, especialmente informais, de exercício dessa função de controle no âmbito das Casas Legislativas.

Isso não pode esconder, no entanto, a necessidade de se aperfeiçoarem os mecanismos *formais* dessa análise, com reforço, especialmente, do papel das comissões nesse sentido. A experiência italiana

⁷⁸ “Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.”

com o *Comitato per la Legislazione* e a vivência brasileira com as Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas mostram que há um horizonte favorável ao fortalecimento do controle preventivo de constitucionalidade e de Legística pelo próprio parlamento.

Logicamente, existem alguns desafios a serem enfrentados, tais como a resistência política a “amarras” jurídico-técnicas, a falta de institucionalização do controle, ou mesmo a falta de pessoal de apoio para a análise técnica da constitucionalidade e da adequação legística das proposições. São pontos a serem superados, caso se queira levar a sério o objetivo de obter, no âmbito legislativo, uma *better regulation*.

A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E A TUTELA DA EVIDÊNCIA CONCEDIDA EM CARÁTER LIMINAR

Luiz Rodrigues Wambier⁷⁹

1. Introdução

O ordenamento jurídico deve ser entendido como um corpo sistêmico, compreendendo-se a correlação que existe entre os distintos ramos do Direito e a conformação que lhes confere a Constituição. Por muito tempo, prevaleceu a noção de processo autônomo, alheio ao direito material a cuja concretização se destinava. Essa concepção foi superada sob o prisma da função predominantemente instrumental do processo.

Como *instrumento de realização do direito material*, insere-se o processo no elenco de direitos fundamentais, na medida em que a existência de normas que regulem as relações jurídicas se tornariam inócuas se não houvesse garantia, com força constitucional, de erradicação de eventual conflito que possa decorrer da violação dessas normas através de um processo justo, no bojo do qual a tutela jurisdicional adequada e efetiva seja prestada.

Este breve ensaio provoca reflexão acerca da constitucionalidade da concessão de tutela da evidência *inaudita altera parte*, à luz dos princípios e garantias fundamentais que permeiam o processo.

⁷⁹ Advogado com atuação no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Sócio do escritório Wambier, Yamasaki, Bevervanço & Lobo Advogados. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

2. O processo civil à luz da CF/88

O princípio do devido processo legal, com origem no direito anglo-saxão, substancializa-se no direito brasileiro pelo postulado de todo o sistema processual estampado no art. 5º, LIV, da CF, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁸⁰.

Além da garantia da legalidade, com a qual o devido processo legal diretamente relaciona-se, pela obrigatoriedade de observância da lei quanto ao procedimento a ser seguido (e nem se diga que a flexibilização procedural e os negócios processuais atípicos caracterizariam uma exceção a essa regra, já que eles próprios decorrem de autorização expressa na lei), há outras dimensões da concretização desse princípio, voltados à imposição de uma atuação jurisdicional em harmonia com valores constitucionais e a materialização de um *processo razoável*, consoante direitos e garantias fundamentais.

Na comunidade internacional, o *due process of law* está previsto tanto na Convenção Americana dos Direitos Humanos quanto na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Conforme estabelece o art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

No mesmo sentido, dispõe o art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao tutelar o *direito a um processo equitativo*: “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial,

⁸⁰ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*, v. 1, 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 73. V. também, de Luiz Rodrigues Wambier: Anotações sobre o princípio do devido processo legal. *Revista de Processo*, vol. 63, p. 54, jul. 1991; Liminares: alguns aspectos polêmicos. In: ALVIM, Teresa Arruda (Org.). *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 152-185.

estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”.

Significa, em linhas gerais, que toda ingerência estatal na esfera pessoal ou patrimonial dos indivíduos deve preceder de um processo que tenha tramitado de acordo com prévia disposição legal, de acordo com os princípios e garantias que lhe regem.

O devido processo legal, portanto, pressupõe um *processo justo*, no sentido formal e substantivo. O conteúdo formal implica a estrita observância de um processo estabelecido em lei para que somente então se possa atingir a esfera pessoal ou patrimonial de alguém. É possível sintetizar esse conceito como sendo o processo justo um *processo legal*. Sob a ótica substancial, trata-se de um processo *legal, justo e adequado*.

Sobre o tema, Eduardo José da Fonseca Costa⁸¹, em seu estudo acerca das noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência, destaca que:

Após o advento de um Estado Social Democrático de Direito, o devido processo legal, isto é, o processo civil justo, não pôde mais corresponder a um processo cujas etapas sejam severamente descritas com minudência pela lei, nem tampouco a um processo civil que, embora se implemente na prática, não seja capaz de flexibilizar-se a ponto de adequar-se aos princípios e aos valores e de produzir decisões particularmente ajustadas com as necessidades inimitáveis de cada situação concreta (princípio da tutela jurisdicional diferenciada e princípio da eficiência).

Na lição de Canotilho, o devido processo é aquele cujo conteúdo material é informado pelos princípios da justiça. Para o autor, “o ‘processo devido’ começa por ser um processo justo logo no momento da criação normativo-legislativa. Os objetivos da exigência do processo devido não poderiam ser conseguidos se o legislador pudesse livre e voluntariamente converter qualquer processo em processo equitativo”.⁸²

A concepção substantiva do processo justo, como se viu, mais ampla do que aquela meramente formal, considera a adequação do processo

⁸¹ FONSECA COSTA, Eduardo José da. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de Processo* v. 121/2005, p. 275-301.

⁸² CANOTILHO, JJ. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 494 – 495.

às particularidades de cada caso e o prestígio a direitos, liberdades e garantias constitucionais como um todo, a exemplo do acesso à justiça e da paridade de armas.

A garantia de acesso à justiça, nos estados liberais burgueses, basicamente consistia no direito à propositura ou contestação de uma ação. Entendia-se que ao Estado não cabia mitigar as desigualdades materiais entre os jurisdicionados. Cappelletti descreve que “o acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”.⁸³

O entendimento que vigora relativamente ao conceito de acesso à justiça se volta à percepção de que mais do que o direito de submeter a solução de um conflito ao Poder Judiciário, a garantia consiste no acesso à ordem jurídica justa, isto é, no amplo acesso a todos e na obtenção de resultados individual e socialmente justos.

A concretização do acesso à justiça e do devido processo legal é indissociável dos princípios da efetividade e celeridade processuais. Eduardo José da Fonseca Costa destaca a comum hibridação que ocorre, na prática, entre os diversos princípios. É precisamente o que ocorre em relação aos dois citados (efetividade e celeridade). Nas palavras do autor⁸⁴:

Daí por que o mesmo comportamento pode ser adequado tanto para a concretização de um princípio quanto para a concretização de outro. Parta-se do exemplo do processo de execução por quantia certa contra devedor solvente. Aqui, só é possível ser-se efetivo sendo célere. Quanto mais tardia a constrição de bens do devedor, de mais tempo o executado dispõe para “proteger” seu patrimônio e frustrar a satisfação do crédito alegado pelo exequente; quanto mais demorada a alienação judicial dos bens penhorados, maior a desvalorização imposta a esses bens. Neste caso específico, pois, a aceleração no trâmite procedural da execução para pagamento de soma em dinheiro implica aumento da probabilidade de efetivação da tutela jurisdicional. Em outras palavras: na seara da

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 9.

⁸⁴ FONSECA COSTA, Eduardo José. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de Processo*, vol. 121/2005, p. 275-301. Sobre o tema, Hermes Zaneti Jr. alerta para a necessidade de superação de paradigmas do processo civil liberal-burguês, compreendendo-se “a efetividade como corolário do acesso à Justiça e o devido processo legal substancial como forma de controle do ‘correto’ exercício do ‘poder’ de julgar (razoabilidade e proporcionalidade nas decisões judiciais)”. ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 29. 2005.

execução monetária, a atenção ao princípio da celeridade processual enseja atendimento reflexo ao princípio da efetividade da jurisdição.

A concretização da garantia do acesso à justiça, portanto, pressupõe necessariamente a prestação de uma tutela que seja *juridicamente eficaz* e *temporalmente adequada*⁸⁵. Significa dizer que a concepção de justiça no âmbito do processo é retratada no cumprimento, no plano empírico, das finalidades a que se predispõe.

O direito processual assume feição fundamentalmente instrumental em relação ao direito material. Por meio do processo, dá-se rendimento à norma jurídica de direito material violada. Essa é a finalidade jurídica do processo. Sua finalidade social é a pacificação de conflitos. Há ainda outras finalidades, cujo exame demandaria aprofundamento incompatível com a natureza do presente estudo.

A consciência acerca das finalidades do processo conduz à constatação de que verdadeiramente se trata de um instrumento de obtenção de resultados, de modo que o valor do sistema processual, como bem ensinam Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes⁸⁶, “reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo”. Ou seja, a prolação de sentença, mesmo que impecável em sua forma e conteúdo, de nada adianta se não puder produzir efeitos úteis a quem forem favoráveis os seus termos, “eliminando a insatisfação” que impulsionou a submissão do conflito à solução pela via judicial ou a resistência na pretensão contra ele aforada. É pontualmente esse o sentido de justiça e efetividade processual.

⁸⁵ A respeito, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto de. Efetividade e processo de conhecimento. *Academia brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%283%29%20-formatado.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2018.

⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 21-22. Para os autores, cumpre ao processo o dever de propiciar a quem a sentença for favorável “sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter, sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social”.

3. A tutela da evidência *inaudita altera parte* e o contraditório diferido.

Com a reformulação do sistema de decisões fundadas em cognição sumária, operada pelo legislador do CPC/2015, as tutelas antecipada e cautelar passaram a ser disciplinadas em um mesmo regime, denominado tutela provisória.

A tutela provisória pode ser fundada em urgência ou evidência. Enquanto a primeira se destina às circunstâncias em que se demonstra a presença da probabilidade do direito (*fumus boni juris*) e do risco na demora da prestação da tutela jurisdicional (*periculum in mora*), a segunda prescinde da demonstração do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, destinando-se às situações expressamente previstas em lei, nas quais o legislador percebeu haver grande probabilidade de procedência da pretensão formulada.

Conforme dispõe o art. 311 do CPC/2015, o juiz concederá a tutela da evidência quando: (I) restar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; (II) as alegações puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento sob o rito dos repetitivos ou em súmula vinculante; (III) tratar-se de pedido repercurssório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito; (IV) a petição inicial estiver instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Entendeu o legislador que, precisamente nessas circunstâncias, a probabilidade de verossimilhança quanto ao pedido do autor é tão intensa, que fazê-lo esperar pelo curso normal do processo acarretaria grave injustiça. A tutela da evidência visa, portanto, a redistribuir o ônus da demora do processo⁸⁷.

⁸⁷ Sobre o tema, já escreveu o Min. Luiz Fux no seguinte sentido: “São situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada”. (A tutela dos direitos evidentes. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 24 set. 2018).

Nesse sentido, o Código autoriza a concessão da tutela da evidência, sem a prévia ouvida da parte contrária, nas hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 311. Essa regra, prevista nos arts. 9º, parágrafo único, II, e 311, parágrafo único, causou inúmeras discussões na doutrina e na jurisprudência, tendo sido, inclusive, objeto de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo governador do Rio de Janeiro⁸⁸.

De modo geral, os que defendem a inconstitucionalidade dos dispositivos afirmam que tal regra violaria a garantia do contraditório (art. 5º, LV, CF), consubstanciada no direito de efetiva influência na formação da convicção judicial e vedação à decisão surpresa.

Para aqueles que assim entendem, somente a urgência justificaria postergar-se o contraditório para momento posterior à concessão da tutela provisória, sob o argumento de que se estaria em causa a própria concretude do acesso à Justiça.

Trata-se o contraditório de garantia de sede constitucional, dotada daquilo que a doutrina chama de eficácia plena, constituindo-se em vetor indicativo da conduta a ser observada tanto pelo legislador quanto pelo juiz ou por quem tenha poderes decisórios, no plano administrativo, público ou privado⁸⁹.

A eficácia plena da norma não impede, contudo, a densificação infraconstitucional com o estabelecimento de contornos claros, de modo que não haja margem para a dúvida. O atual CPC, seguindo essa diretriz, ressignificou o contraditório, aprofundando seu conteúdo e dando-lhe maior concretude. Inserido no mesmo contexto das garantias de acesso à justiça, igualdade e ampla defesa, o contraditório não mais se reduz à mera ciência e

⁸⁸ Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n. 5492, Rel. Min. Dias Toffoli.

⁸⁹ Para Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o princípio do contraditório “também indica garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocado romano *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo” (*Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 79). No mesmo sentido, Leonardo Carneiro da Cunha sustenta que “o princípio do contraditório constitui uma necessidade inerente ao procedimento, ostentando a natureza de direito inviolável em todos os seus estágios e graus, como condição de paridade entre as partes. Um procedimento em que não se assegure o contraditório não é um procedimento jurisdicional; poderá ser uma sequência de atos, mas não um procedimento jurisdicional, nem mesmo um processo” (*A atendibilidade dos fatos supervenientes no Processo Civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 59).

reação, mas representa também a oportunidade de plena participação e efetiva influência, observando-se, ainda, a paridade de tratamento⁹⁰.

Porém, a igualdade das partes não pode ser meramente formal. É preciso que se observe se elas estão, de fato, em situação de igualdade dentro do processo. O tratamento concedido deve ser materialmente igualitário. É fundamental tratar da paridade das partes no processo, pois através dela se legitima a concessão da tutela da evidência *inaudita altera parte*. Direitos evidentes demandam tratamento diferenciado, o que significa conferir a situações desiguais um tratamento desigual, na medida dessa desigualdade. É através desse conceito substancial de isonomia que a igualdade verdadeiramente se concretiza.

O legislador do CPC/2015 elegeu situações em que o direito do autor é tão evidente, que eventual defesa apresentada pelo réu muito provavelmente será insubstancial. A tutela da evidência volta-se, como já mencionado, à redistribuição do ônus do tempo do processo. E em determinadas hipóteses - de extrema evidência, por assim dizer – a lei posterga o contraditório para momento posterior à concessão da tutela, amoldando-se a circunstâncias em que a espera do autor acarretaria violação à igualdade material, na medida em que o réu viria a ser beneficiado pela defluência do tempo.

Como bem destaca Cruz e Tucci⁹¹, “cumpre ao ordenamento processual atender, do modo mais completo e eficiência possível, ao pleito daquele que exerceu o seu direito à jurisdição, bem como aquele que resistiu, apresentando defesa”, de modo que “quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença, a respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória”.

Em tais casos, não se pode afirmar que necessariamente haveria violação ao contraditório, de modo a padecer de inconstitucionalidade as

⁹⁰ Sobre o tema, cf. Luiz Rodrigues Wambier. Aspectos polêmicos da garantia constitucional do contraditório no novo CPC. *Revista Paradigma*, v. 25, p. 2-12, 2016.

⁹¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997, p. 64-65. Nessa mesma linha, a doutrina de Rafael Bielsa e Eduardo Graña: “um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão” (BIELSA, Rafael A. e GRAÑA, Eduardo R. *El tiempo y el processo*. In: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, 55: 1994).

disposições que permitem a concessão da tutela da evidência, sem que a parte contrária seja previamente ouvida. Embora a medida seja concedida antes mesmo da citação, ao réu é oportunizado se manifestar posteriormente, cabendo, inclusive, o manejo de recurso de agravo contra a decisão que concedeu a tutela provisória (art. 1.015, I).

O contraditório não é violado nessas circunstâncias, mas diferido, isto é, postergado para um momento posterior, antes de o provimento se tornar definitivo. O caráter provisório dessa espécie de provimento contribui para que não se opere a ofensa aos princípios e garantias do processo⁹².

4. Considerações finais

Os princípios e garantias constitucionais do processo formam um todo, concatenado e harmonioso, de modo que não deve o intérprete considerá-los isoladamente.

Ao consagrar a cláusula do devido processo legal, o constituinte brasileiro levou em consideração seu conteúdo histórico, dando-lhe extraordinária abrangência. É possível afirmar que o devido processo legal norteia toda a elaboração legislativa infraconstitucional, de natureza processual.

Direito ao processo significa direito a um processo cujo resultado seja útil no que diz respeito à realidade dos fatos. Não se trata, portanto, de um processo meramente formal, que não aflua numa efetiva e justa prestação da

⁹² Sobre o tema, Nelson Nery Junior entende que: “Há, contudo, *limitação imanente* à bilateralidade da audiência no processo civil, quando a natureza e a finalidade do provimento jurisdicional almejado ensejarem a necessidade de concessão de medida liminar, *inaudita altera pars*, como é o caso da antecipação da tutela de mérito (CPC/1973 273), do provimento cautelar, das liminares (no CPC/1973) ou da tutela provisória (no CPC/2015) em ação possessória, mandado de segurança, ação popular, ação coletiva (CDC 81 par. ún.) e ação civil pública. Isto não quer significar, entretanto, violação do princípio constitucional, porquanto a parte terá oportunidade de ser ouvida, intervindo posteriormente no processo, inclusive com direito a recurso contra a medida liminar concedida sem sua participação. Neste caso, existe o contraditório, que fica *diferido*, postergado para momento posterior do procedimento. Aliás, a própria provisoriação dessas medidas indica a possibilidade de sua modificação posterior, por interferência da manifestação da parte contrária, por exemplo. Essa limitação não fere o princípio da bilateralidade da audiência, dizíamos, porque ditada no interesse superior da justiça, dado que em certas ocasiões a ciência dos atos processuais à parte adversa e mesmo a demora na efetivação da medida solicitada poderiam resultar na ineficácia da atividade jurisdicional. Essa potencial ineficácia, se caracterizada, viria ofender o princípio da paridade das partes no processo, de sorte que o *periculum in mora* autoriza a concessão da medida liminar” (*Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 276).

tutela jurisdicional. Com isso se quer dizer que o processo sem efetividade desrespeita o devido processo legal e o acesso à justiça.

O legislador do CPC/2015, ao prever a possibilidade de que a tutela da evidência, em específicas circunstâncias, seja concedida antes mesmo da citação do réu, o fez visando à prestação do serviço tutelar jurisdicional que seja justo e efetivo, redistribuindo o ônus do tempo do processo e reequilibrando substancialmente as posições processuais. O contraditório deferido, nesses casos, não se constitui necessariamente em ofensa ao contraditório. Trata-se de uma disciplina que, sopesando todos os valores envolvidos, volta-se ao atendimento das especificidades de direitos de acentuada presunção de evidência.

DIREITOS FUNDAMENTAIS: O LEGADO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁹³

1. Todo balanço acerca dos direitos fundamentais na vigência da Constituição de 1988 registra que estes receberam dela uma ampla consagração – é o seu legado - mas sua plena efetivação na vida nacional é deficiente.

Não vou chover no molhado. Pretendo a propósito do assunto levantar questões que me parecem de magna importância que, todavia, não são habitualmente encaradas pela doutrina.

São elas: 1) qual o fundamento dos direitos fundamentais?; 2) é possível, a curto e médio prazo, universalizar esses direitos?; 3) quais os caracteres essenciais desses direitos?; 4) São eles absolutos?

E, ao fim, vou-me permitir fazer algumas considerações sobre a matéria no direito constitucional vigente – a Constituição de 1988.

Justifico o questionamento.

O tema do fundamento concerne à preeminência e à preexistência desses direitos em relação a direitos que apenas são criados pelo legislador. E isto se reflete no exame de seu caráter pétreo, bem como quanto à existência de direitos implícitos.

A segunda é suscitada pelo fato que, num mundo dividido em civilizações de diferente cultura, em que medida se pode pretender universalização dos direitos fundamentais? Isso não importaria na prevalência da visão de uma delas sobre todas as outras? Haverá uma concepção e um rol certo, estando outras culturas equivocadas?

⁹³ Professor Emérito de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Doutor honoris causa da Universidade de Lisboa – Portugal. Doutor em Direito Constitucional e Instituições Políticas da Université de Paris 1 – Panthéon-Sorbonne – França. Professor visitante na Faculté de Droit et de Science Politique d’Aix-en-Provence: Université Paul Cezanne Aix-Marseille III – França. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente da Associação Brasileira dos Constitucionalistas – Instituto Pimenta Bueno. Advogado.

A indagação sobre os caracteres põe o problema da identificação de tais direitos, que não são meros direitos importantes, - estes o legislador faz e desfaz discricionariamente. A questão é provocada pela multiplicação de direitos tidos como fundamentais, e suas consequentes trivialização e desvalorização.

A quarta suscita o tema do eventual condicionamento ou limitação do exercício dos direitos, o que importa na definição de seu regime jurídico e à solução das colisões entre direitos.

A última visa a aplicar a análise teórica à exegese da Constituição vigente.

Claro está que, dada a dimensão do assunto, são estes temas apenas aflorados.

I. O fundamento dos direitos fundamentais.

2. O cerne da ideia de direitos fundamentais está na tese de que todo ser humano possui direitos que não advém do legislador. Este não os institui, apenas pode declará-los, mas tal declaração não exclui outros direitos implícitos (V. CB, art. 5º, § 2º).

A origem desta concepção é conhecida. É a tese dos direitos decorrentes da natureza humana, consagrada pelo jusnaturalismo. Não é preciso mostrar erudição, invocando a *Antígona* de Sófocles, o *De Legibus* de Cícero, a *Suma Teológica* de Tomás de Aquino, ou a obra de Grócio, para registrá-lo.

Ela se manifesta claramente na Declaração de Independência das colônias inglesas da América, em 1776. É expressa na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o modelo de todas as subsequentes. Esta o diz, ademais, no art. 1º: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”.

3. A filosofia jurídica positivista, todavia, abalou profundamente a ideia de direito natural. Aproveitou-se, inclusive, da discordância quanto à natureza humana ser boa ou má. Para um Hobbes, o homem é mau – o lobo

do homem – para Rousseau, ele é bom – mas pervertido pelas instituições. (Confronto este que ainda hoje persiste no plano do direito político e do direito penal, por exemplo.)

Ora, à falta do jusnaturalismo, como fundamentar a existência de direitos que não sejam obra de um legislador? E, salvo por exigências formais, como justificar que um direito legislado seja superior a outro direito legislado? Ou não possa ser revogado posteriormente, o que põe em questão ser ele “pétreo”, ou não?

3. Este ponto desafia de há muito o pensamento jurídico sério. Um Jellinek tentou fixá-lo, por uma construção jurídica sutil, hoje esquecida.

Mais recentemente, invocou-se como base o “*consensus humani generis*”, que a Declaração Universal de 1948 não teve coragem de adotar, embora insinue uma “concepção comum desses direitos”. Trata-se de uma desfaçatez, pois, essa Declaração não foi unanimemente aprovada, mas teve contra si os Estados comunistas e a expressa rejeição da Arábia Saudita.

Ademais, tal tese é contrariada pela existência de uma pluralidade de concepções adotadas pelas culturas existentes no mundo atual, como se vai exemplificar adiante.

4. Norberto Bobbio aborda a questão de modo mais realista. Desiste de procurar um fundamento transcendente para os direitos fundamentais. Para ele, estes são “direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação”.⁹⁴ São eles “o produto não da natureza, mas da civilização humana”.

A tese é hábil, entretanto, deixa lugar para importantes questionamentos.

Um, a experiência histórica não é igual para todos os povos, de modo a justificar uma conscientização dos mesmos direitos? Somente existe uma “civilização”, a que paulatinamente todos os povos acedem? Ao pretender que a “humanidade” toda possua os mesmos valores, não se estará, por um lado, voltando ao *consensus humani generis* que o próprio Bobbio repele?

⁹⁴ “Sobre o fundamento dos direitos do Homem”, em **A era dos direitos**, cit., p. 15 e s.

Enfim, alicerçar os direitos fundamentais na história não importa em relativizá-los? O que a história cria, ela pode mudar e muda. E em matéria de direitos, a última palavra seria sempre do legislador positivo mais recente.

5. Atualmente é frequente a invocação da “dignidade da pessoa humana” como fundamento dos direitos fundamentais. Ela é invocada mesmo por documentos internacionais.

Entre nós ela é pregada por muitos. Veja-se o que ensina Luís Roberto Barroso no livro *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*.⁹⁵ Nele, transparece a percepção de que é preciso superar o posicionamento positivista, para assegurar a preeminência dos direitos fundamentais. Recorre, então, ao conceito de “dignidade humana” que procura determinar, levando em conta o direito constitucional comparado.

Entretanto, apercebe-se da relatividade da noção de dignidade, reconhece que "circunstâncias culturais e históricas de diferentes partes do mundo afetam decisivamente o significado e o alcance da dignidade humana".^{96 97}

O que esvazia o pretenso fundamento, pois, o demonstra mutável, conforme a cultura, o tempo e o lugar.

6. Na verdade, a dignidade da pessoa humana – Barroso esqueceu-se de dizer – provém da ideia religiosa de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus. Isto vem do *Genesis*⁹⁸ e foi amplamente comentado por Tomás de Aquino.⁹⁹

Indo ao fundo, é preciso enfrentar a realidade e reconhecer que a noção de direitos fundamentais é uma ideia peculiar à cultura da civilização dita

⁹⁵ Editora Fórum, Belo Horizonte, 2013.

⁹⁶ P. 111.

⁹⁷ Não faltam exemplos para demonstrá-lo. Em países do "Ocidente", mulheres pretendem que sua dignidade impõe que escolha desde o traje até o companheiro e que este não vá além dos limites que impuser (mesmo que esteja sozinha com ele, de madrugada, na residência dele). Nesses mesmos países - nem se fale noutros de cultura diversa - há outras mulheres que entendem ser o uso do véu essencial à sua dignidade. No passado, na Rússia, houve revolta quando Pedro, o grande, proscreveu o uso da barba comprida para os boiardos. Etc.

⁹⁸ 1:26.

⁹⁹ *Suma Teológica*, I, qu. 93, arts. 1 a 9.

“ocidental”. Foi gerada e desenvolvida desde a antiguidade pelos filósofos gregos, pelos juristas romanos, pelo aporte do cristianismo, este nascido da religião judaica. É uma concepção, na falta de outro termo, uma concepção “ocidental”.

Esta consideração que revela a fonte cultural da ideia, não exclui evidentemente ter ela uma significação universal, pois reconhece a todos os seres humanos essa dignidade. Não os distingue quanto a sexo, riqueza, *status*, etnia, etc. Outras culturas milenares a desconhecem ou desconheciam até ontem. Este posicionamento explica a resistência de civilizações de outra cultura em aceitá-la. Ao menos plenamente.

II. A universalização dos direitos fundamentais.

7. A Declaração Universal de 1948 foi inspirada por essa doutrina “ocidental”. Tem o objetivo claro de gerar uma universalização dos direitos fundamentais, tal qual ela a concebe.

Realista, porém, propugna o estabelecimento de uma “concepção comum” a tal respeito, reconhecendo a disparidade de posicionamentos que pelo mundo afora coexistem a esse respeito.

Na verdade, nos foros internacionais, tem-se dogmatizado essa concepção “ocidental” e mesmo o rol de tais direitos. Toda discrepância é radicalmente condenada, como a pregação da sua prevalência é vista como “o fardo do homem branco”. A mesma justificativa que ensejou o colonialismo, a fim de civilizar povos atrasados.

8. Discuta-se um caso concreto. A de uma cultura – a islâmica – que, na sua face religiosa, partilha uma herança hebraico-cristã, conforme está no Alcorão. Cristãos e judeus são homens do “livro”, não gentios, Jesus Cristo e Abraão são respeitados como profetas.

Cumpre observar que a cultura islâmica registra ser o homem dotado de uma eminente dignidade. Um pensador muçulmano, Muhammad Hamad Ader, pretende mesmo que os princípios relativos aos direitos do homem “provêm do Islã”. E acrescenta: “De fato, ninguém pode negar a influência exercida pelo Islã sobre o Ocidente por meio da Andaluzia e dos

cruzados". Para concluir: "Ao contrário, os princípios que não adota o Islã não são senão *slogans* vãos e fúteis, não apresentando qualquer interesse para a dignidade do homem".¹⁰⁰

Igualmente, não há objeção quanto à possibilidade por parte do islamismo quanto a declarar os direitos do homem, o que esta cultura admite. Foi mesmo difundida uma Declaração Islâmica dos Direitos do Homem, publicada em 1981 pelo Conselho Islâmico, órgão não-oficial, mas oficioso do mundo muçulmano.

7. Existe, todavia, uma larga diferença entre a concepção "ocidental" e a islâmica, conforme se apreende de como encaram direitos tidos como fundamentais.

Na verdade, o islamismo não aceita, entre outros, o princípio da *igualdade entre fiéis e infiéis*, bem como *entre homens e mulheres*, óbice intransponível à sua compatibilização com a doutrina dos direitos fundamentais. Recusa, também, a *liberdade de crença*, não aceitando que o muçulmano abandone a religião islâmica. Na verdade, deve ele ser morto, se o fizer. Não aceita, para o homem a *liberdade de contrair casamento* com pessoas de determinadas religiões, tolerando o matrimônio com mulheres cuja religião tenha livros reconhecidos (é o caso do cristianismo); para a mulher, proíbe rigorosamente o casamento com não muçulmano. Reserva os *direitos políticos aos muçulmanos*. Não tolera, sequer, o *princípio da igualdade de acesso a cargos públicos*: a função de juiz há de ser de muçulmano. Seu direito penal *consagra penas* que, na opinião dos "ocidentais", seriam intoleráveis, cruéis, desmedidas: o apedrejamento da adultera, a amputação de membros dos culpados de certos crimes - da mão do ladrão - as marcas infamantes, etc.

E ninguém esqueça que *abençoa a poligamia*, e, na prática, tolera a *escravidão*.

Deve-se convir, com Sami A. Aldeeb Abu-Salieh, haver um fosso entre a concepção islâmica e aquela que prevalece na Declaração dita universal, de 1948.¹⁰¹

¹⁰⁰ Apud Sami A. Aldeeb Abu-Salieh, "La définition internationale des droits de l'Homme et l'Islam", **Revue Générale de Droit International Public**, tomo 89, 1985/3, p. 625 e s. O texto citado está na p. 627.

É certo que os posicionamentos acima citados pertencem a uma concepção “integrista” do islamismo. Entretanto, como os muçulmanos consideram ter o direito um caráter religioso, estando ele contido no *Corão* e subsidiariamente na *Suna* (narrações e gestos) de Maomé, isto bloqueia, ou, ao menos, dificulta uma evolução que o compatibilize com a concepção “ocidental”.

Basta este exemplo para apontar a dificuldade da universalização. E para compreender uma das razões do “choque de civilizações”, com suas decorrências infastas.

E a dificuldade avulta cada vez que no Ocidente se descobrem direitos peculiares a sua cultura de tempos contemporâneos.

III. Os caracteres dos direitos fundamentais.

8. A identificação de um direito como fundamental não pode ser arbitrária, nem decorrente de um voto iluminado sobre a dignidade da pessoa humana, ou de uma deliberação legislativa, ou de um tratado internacional. Ela há de ter um substrato que a distinga dos direitos comuns.

Claro está que não se põe em dúvida que a vida, a liberdade, a igualdade e a segurança são direitos fundamentais, como enuncia o art. 5º, *caput* da Constituição. Entretanto, neste se depara com outro direito, a propriedade, que muitos recusam e já houve quem dissesse ser o “roubo”. É Proudhon: “*La propriété c'est le vol*”. E não se esqueça que esse artigo inclui o direito às certidões (art. 5º, XXXIV, “b”).

Todos os dias, porém, se propõe o reconhecimento de novos direitos fundamentais, seja na órbita nacional, seja na internacional. E, como várias destas propostas vingam, ocorre a apontada trivialização dos direitos fundamentais, diminuindo a sua força moral. É o que observa Tércio Sampaio Ferraz Júnior.¹⁰²

Torna-se imprescindível, por isso, um “controle de qualidade” relativamente a essas propostas.

¹⁰¹ Art. cit., p. 706.

¹⁰² A *Trivialização dos Direitos Humanos Fundamentais*, em ***Novos Estudos***, CEBRAP, outubro de 1990, p. 99 e s.

9. Em razão deste fenômeno, juristas há que se preocupam em estabelecer critérios ou requisitos para que um direito seja reconhecido como fundamental.

Na órbita internacional, entre outros o fizeram Philip Alston, Maurice Cranston e F. G. Jacobs¹⁰³. No plano do direito constitucional, basta citar um autor, Robert Alexy.

10. Este o faz no num estudo intitulado “*Direitos fundamentais no Estado constitucional Democrático*”¹⁰⁴. Neste, ele aponta os caracteres necessários para que um direito seja inscrito entre os direitos do homem.

O primeiro dentre eles é ser um *direito universal*. Isto significa *ab initio* que o direito deve concernir a todo e qualquer ser humano, mas daqui não decorre que coletividades não possam ter direitos fundamentais, na medida que sejam “meio para a realização de direitos do homem”.¹⁰⁵

O segundo é ser um *direito moral*. Ou seja, que à sua base esteja uma norma que “valha moralmente”.¹⁰⁶

Outro consiste em fazer jus à sua “proteção pelo direito positivo estatal” – ser, na sua terminologia, um *direito preferencial*.¹⁰⁷

Igualmente, o direito deve ser *fundamental*.¹⁰⁸ Quer dizer, que preencha duas condições: a primeira é que “deve tratar... de interesses e carências que, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito”¹⁰⁹; e a segunda: “é que o interesse ou carência seja tão fundamental que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito”, vale dizer, “quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia”¹¹⁰

¹⁰³ “Conjuring up new human rights. A proposal for quality control”, *American Journal of International Law*, 1984, v. 78, p. 607 e s.

¹⁰⁴ Robert Alexy, “*Direitos fundamentais no Estado constitucional Democrático*”, em *Revista de Direito Administrativo*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 217:55-66, jul./set. 1999, p. 58 e s.

¹⁰⁵ Art. cit., p. 59.

¹⁰⁶ *Id.*, p. 60.

¹⁰⁷ *Id.*, *ibid.*

¹⁰⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 61.

¹⁰⁹ A este respeito, ele exemplifica com a inexistência de “um direito do homem ao amor, porque amor não se deixa forçar pelo direito”.

¹¹⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 61.

Alude ainda Alexy a um quinto traço característico dos direitos do homem: ser o direito *abstrato*, sendo, por isto, suscetível de restrição.¹¹¹

Na verdade – observo – os dois primeiros caracteres correspondem ao que um jusnaturalista veria como o substrato “natural” de um direito fundamental.

11. Decorre, ademais, da lição de Alexy não serem direitos fundamentais os que não atendem a tais requisitos. Seriam “falsos” direitos fundamentais. Ou, mais benevolentemente, direitos fundamentais apenas formais se inscritos nalgum texto jurídico. É a lição de Jorge Miranda.¹¹²

IV. Direitos absolutos ou relativos?

12. Frequentemente operadores do direito tratam os direitos fundamentais como absolutos. É o que extraem da ideia de que são eles prerrogativas inerentes à dignidade da natureza humana.

Entretanto, esquecem-se de que a vida social corre entre seres humanos igualmente dotados de direitos fundamentais. Isto pode ensejar, como enseja conflitos que não podem ser resolvidos com a prevalência do direito de um, pois esta significaria a negação do direito de outrem. É o que também ocorre, quando, numa situação concreta, direitos fundamentais diversos se contrapõem, como o caso frequente do entrechoque entre o direito à informação de uma pessoa em face do direito à privacidade de outra.

A doutrina moderna tem clara percepção deste problema. Pretende resolvê-lo, como deflui da lição de Alexy, pela ponderação.

13. A doutrina clássica já anteviu o problema. E procurou preveni-lo. Está no art. 4º da Declaração de 1789: “O exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”. E ajunta: “Estes limites não podem ser determinados senão pela lei”.

A lei, expressão da vontade geral, é que há de defini-los, para que

¹¹¹ *Id., ibid.*, p. 61.

¹¹² *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, *Direitos Fundamentais*, cit., p. 9.

os seres humanos deles gozem, no máximo do possível. Assim, o exercício do direito fundamental, direito que é absoluto no seu núcleo essencial, pode ser legitimamente limitado no Estado de Direito. A lei é que estabelece o regime de exercício de todo direito fundamental que, nisto, não é absoluto, mas relativo.

Tal regime não pode negar o núcleo, mas estabelecer condições do exercício de um direito, relativizá-lo em função do interesse geral e da convivência social. É o que reconhece Alexy, no seu livro clássico.¹¹³

V. Algumas implicações jurídicas.

14. Os questionamentos doutrinários que se acaba de fazer não têm alcance meramente teórico. Importa em importantes implicações jurídicas e no que tange à interpretação da Constituição vigente.

15. Uma concerne à “cláusula pétreia” constante do art. 60, § 4º, inciso 4, da Carta Magna. Estabelece-se aí a inabolibilidade dos “direitos e garantias individuais”. Este texto costuma ser entendido como a inabolibilidade dos direitos fundamentais, nisto incluídos os direitos sociais e os direitos difusos, como o direito ao meio ambiente equilibrado e outros da mesma índole. Não é o momento de discutir esse aspecto.

O que se torna agudo na interpretação da inabolibilidade é se ela, além de garantir o núcleo essencial do direito, abrange também o regime concernente a ele.

Parece lógico que este não é tutelado *ad perpetuum*, já que deve necessariamente mudar para adaptar-se a novas condições e enfrentar problemas novos. É óbvio que, na medida em que ele está na Constituição, ele goza da proteção inerente à chamada rigidez constitucional, ou seja, somente pode ser alterado por Emenda Constitucional e não por mera lei ordinária.

Sem dúvida – insista-se – o regime de exercício de um direito fundamental tem de ter flexibilidade, entretanto, de modo algum poderá abolir o núcleo essencial desse direito. Respeitado este limite, a lei que editar o regime pode fazer o papel de lei interpretativa, definindo pontos controversos sobre o

¹¹³ *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. esp., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 125.

conteúdo e o alcance do direito. Ao fazê-lo, inclusive contribui para a segurança jurídica, um dos valores essenciais do Estado constitucional de Direito.

16. Outro ponto a debater é o alcance da eficácia imediata de direitos fundamentais, que enuncia o art. 5º, § 1º da Constituição.

Esta evidentemente depende do possível. Em relação às liberdades, a eficácia imediata é possível na maioria das vezes, independentemente de lei que estabeleça o seu regime. Entretanto, com relação a direitos sociais, o mesmo não ocorre. Esta, por exemplo, depende, em muitos casos, de meios e recursos financeiros que pressupõem uma estruturação e uma atuação previa do próprio Estado. É o que sucede com o direito à moradia e ao transporte, hoje incluídos no art. 6º da Lei Magna.

17. Merece igualmente exame a significação da incorporação à Constituição dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, nos termos do art. 5º § 3º da Lei Maior.

Quanto aos “verdadeiros” direitos fundamentais – os que resultam do caráter intrínseco destes – a norma é desnecessária. Com efeito, esses direitos se enquadrariam entre os direitos implícitos, a que se refere o parágrafo 1º.

Quanto a outros direitos que eventualmente consagre o documento internacional, a sua incorporação os coloca no plano dos direitos apenas formalmente fundamentais. A estes se aplica o que se apontou mais acima. Podem ser revogados ou derrogados.

Se o ato internacional estabelecer o regime de determinado direito, a incorporação lhe dá o *status* de norma constitucional, de modo que a alteração do mesmo dependerá de Emenda constitucional. Evidentemente, a incorporação de tal regime prevalece sobre eventual regime constitucional ou meramente legal anterior. É a mera aplicação do princípio de que norma posterior derroga ou revoga norma anterior do mesmo nível, ou de nível inferior.

O reverso, porém, é importante. Lei posterior pode revogar ou modificar esse regime estabelecido em tratado.

VI – Observações finais.

18. É verdade cediça ser a guarda dos direitos fundamentais elemento essencial do Estado de Direito, bem como da democracia. Discutir o seu fundamento, os seus caracteres, as implicações que deles advém, não é hostilizar o seu valor. Ao contrário, é reconhecer-lhes a importância e contribuir para a sua compreensão. Esta é condição não somente de sua efetivação, mas igualmente de seu aprimoramento. Foi este o objetivo deste estudo ao discutir pontos capitais da doutrina e por via de consequência seus principais reflexos jurídicos. Destes, com efeito, depende sua aplicação, portanto, a efetivação dos direitos fundamentais.

OPORTUNIDADES ESTRATÉGICAS PARA OS ADVOGADOS: A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO ÉTICO E PARTICIPATIVO

Afonso Soares de Oliveira Sobrinho¹¹⁴

1 INTRODUÇÃO

Particularmente nos últimos 30 anos, mas desde pelo menos 1910, os modos de se fazer negócios, de se administrar a justiça e de se realizar direitos têm se transformado de maneira acelerada, acabando com as certezas em torno tanto de práticas empresariais como também estatais, que evoluíram nos períodos de estabilidade política e econômica e durante as duas guerras mundiais (BESANKO et al., 2012; KRUGMAN, 2007; MANKIW, 2015).

A teoria da divisão do trabalho de Adam Smith prova positivamente o poder dos princípios pela sua atualidade. Ela demonstra como uma empresa precisa acumular todas as tarefas da cadeia vertical numa economia em crescimento, visto que o mercado não pode suportar especialistas em contabilidade, marketing, distribuição etc., que só surgirão à medida que os mercados crescem. Cunhada no século XVIII, ela ajuda a compreender um fenômeno tão atual no ambiente de negócios como o declínio das grandes gigantes corporativas verticalmente integradas (BESANKO et al., 2012; KRUGMAN, 2007; MANKIW, 2015).

Empresas e Estados acostumados a competir e regular relações com agentes públicos e privados, rivais domésticos e com poucas integrações internacionais se deparam com ameaças e oportunidades com a crescente globalização em curso. Uma globalização que afeta tanto o ambiente social como o econômico e, por conseguinte, o ambiente legal.

Processos de produção computadorizados permitem produtos sob encomenda a custos baixos, favorecendo empresas de nichos especializados em detrimento de empresas maiores que operam em larga escala. Maciças transferências de capital e investimento realizadas por meio da Internet causam

¹¹⁴ Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Doutor em Direito - FADISP. Advogado.

grandes mudanças nas escolhas dos agentes econômicos e públicos, no tocante à capacidade de se adaptar aos novos desafios impostos.

Pelo lado empresarial, tudo isso está levando as grandes empresas que dominavam a economia a preferir alianças e *joint ventures*, influenciando igualmente o declínio das grandes gigantes corporativas verticalmente integradas (BESANKO et al., 2012; KRUGMAN, 2007; MANKIW, 2015).

Pelo lado legal, surgem novas oportunidades e ameaças que necessitam ser mais bem compreendidas pelos operadores da lei e pelos que atuam nos poderes legiferantes. Na era global, a lei funciona como uma rede que conecta uma gama de atores que existem acima, abaixo e no interior do Estado, abarcando ambos os lados da divisão entre público e privado. O espaço soberano dos Estados e suas ordens jurídicas é cada vez mais reduzido, sendo progressivamente substituído por um sistema fluido de cruzamentos e normas legais, resultado da globalização do direito e sua inter-relação democrática participativa, ética, colaborativa (AUBY, 2017; HABERMAS, 2001; OLIVEIRA, 2014; PIZZORUSSO, 2008).

As profundas transformações políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais trazidas pela globalização trouxeram grandes desafios para a legitimidade e a eficácia dos sistemas jurídicos centrados no Estado, que tem perdido cada vez mais força na sua capacidade reguladora (ASANO, 2016).

Ao mesmo tempo, o grande aumento das ordenações legais privadas fragmentadas, tanto no interior como fora do Estado-nação, contribui para a diminuição da centralidade da eficácia da normatização estatal. Nesse universo jurídico pluralista em plena pujança, a natureza transnacional da relação entre direito e globalização, influenciando a ordem jurídica nacional, institui uma série de problemas para os estudiosos e operadores do direito: como conciliar um ambiente empresarial capaz de lidar com as adversidades do mercado e do Estado (SILVA, 2011; VASCONCELOS, 2014).

A Constituição Federal de 1988 vislumbra a solução consensual de conflitos como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, desde o seu preâmbulo. Assim como, entre os princípios do art. 1º, II da Carta Magna está a cidadania, em consonância com o art. 3º, inciso I que prevê a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesse diapasão situa-se o

art. 4º, inciso VII quando destaca que nas relações internacionais o Brasil rege-se pela solução pacífica dos conflitos. (BRASIL, 1988)

O advogado ganha relevância pelo papel cidadão e como essencial a própria administração da justiça no Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 133 da Constituição Federal em vigor, especialmente pela defesa das liberdades. Revela-se a advocacia instrumento a concretização do princípio constitucional do acesso à justiça, e a sua ausência para os hipossuficientes representa risco quanto a possíveis violações aos direitos fundamentais do cidadão.¹¹⁵ (BRASIL, 1988)

Segundo Oliveira (2014), a autocomposição é a primeira forma de resolução de conflitos que exclui a força bruta em prol da razão, do bom senso e da boa-fé. Ocorre quando uma ou ambas as partes de um conflito, sem abrir mão do seu direito, vislumbra saídas alternativas que permitam alcançar seus interesses. Assim, a autocomposição envolve possíveis percursos e soluções adequadas aos interesses envolvidos, no mais das vezes não percebidos pelas partes, seja no ambiente corporativo, estatal, paraestatal, pois todos estamos interligados em rede.

O direito fundamental de acesso à Justiça está previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 com vistas a uma ordem jurídica justa e abrange a conciliação, a mediação como meios efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios. Portanto, o acesso à justiça envolve o uso de procedimentos que permitam a solução do conflito, de forma justa, menos onerosa e com a máxima eficiência. Os meios adequados de solução de litígios, constituem-se em mecanismos característicos da própria cidadania (princípio e fundamento do Estado Democrático de Direito, art. 1º, II da CRFB/1988): quando fornecida a paridade de armas às partes, além da participação direta dos envolvidos na solução possível ao caso concreto.

¹¹⁵ O CNJ em novembro de 2018 adotou posicionamento considerando que a resolução 125 de 2010 em seu art. 11 não traria a obrigatoriedade da presença do advogado para que ocorra a solução de conflitos. Durante o julgamento, a relatora do Recurso Administrativo no Pedido de Providência 0004837-35.2017.2.00.0000, (CNJ, 2018)

A nosso entender esse posicionamento prejudica, especialmente, os mais vulneráveis que correm o risco de terem seus direitos fundamentais desrespeitados. Haja vista, há evidente violação ao art. 133 da Constituição Federal de 1988 quando dispõe ser o advogado indispensável a administração da justiça. No entanto, tramita na comissão de constituição e justiça da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 5511/2016 no sentido da obrigatoriedade da presença dos advogados em todos os casos de solução alternativa de conflitos, mediante alteração no art. 2º, § 4º do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8906/1994). (BRASIL, 2016)

A prática de conciliação e mediação nos termos do art.166 do novo CPC/2015 deverá atentar para os princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e da decisão informada. Vale ressaltar a confidencialidade como importante princípio a ser observado no procedimento conciliatório e de mediação admitida inclusive o uso de técnicas negociais.

O instrumento da mediação se revela como promissor por permitir relações jurídicas participativas, especialmente no ambiente empresarial e nas suas transações com o Estado e os consumidores, parceiros. Nesse diapasão insere-se o advogado e seu papel de promotor de uma nova cultura colaborativa, pelos meios alternativos de composição de conflitos, rompendo-se com a perspectiva monolítica do litígio como regra. Nesse campo, podemos situar a ética como promotora de uma nova relação horizontal entre os diferentes atores e instâncias sociais.

O principal objetivo deste estudo é a percepção da oportunidade estratégica que foi criada, ao longo dos últimos anos, pela edição de leis e normas que favoreceram os meios alternativos de resolução de conflitos, especialmente a mediação à advocacia. Para tanto, foram escolhidos os seguintes objetivos específicos: i) Explicar como a globalização e o direito têm criado influências em inúmeros países numa perspectiva (neo)constitucional, muitas vezes à custa da diminuição da soberania dos Estados modernos diante do imobilismo institucional; ii) Descrever o conceito de oportunidade estratégica originalmente utilizado pelas ciências administrativas e econômicas; iii) Comparar o sistema multiportas e as suas implicações isomórficas em que o Brasil começa a adaptar o sistema estadunidense ao arcabouço jurídico e institucional brasileiro; iv) Discutir a mediação como instrumento ético e participativo por advogados como corolário do acesso à justiça.

A metodologia empregada é de cunho qualitativo e as principais fontes analisadas foram a pesquisa bibliográfica e a documental. Para tanto, procurou-se fazer sucintas descrições sobre, por exemplo, o paradoxo da globalização e do direito que influenciou o enfraquecimento da soberania dos Estados modernos diante das novas visões do pensamento jurídico que hoje permeiam o (neo) constitucionalismo. Movimentos que procuram realizar os

direitos das gentes no nível planetário, o que caracteriza o isomorfismo institucional no plano das nações mais desenvolvidas.

Conclui-se que a mediação se mostra como uma excelente oportunidade para advogados, principalmente quando se leva em conta o desenvolvimento de habilidades negociais para solução alternativa de controvérsias. Portanto, o domínio da técnica de mediação permite aos advogados ajudar seus clientes a buscar alternativas diante de obstáculos aparentemente intransponíveis, norteados pela ética e colaboração na administração dos conflitos com vistas à efetivação do acesso à justiça.

2 GLOBALIZAÇÃO E DIREITO: UM CONTEXTO DE MUDANÇAS NA PERCEPÇÃO DOS CONFLITOS E A BUSCA POR SOLUÇÕES ALTERNATIVAS

Não é possível, nem parece ter sido o objetivo declarado de qualquer um, negar o protagonismo do Estado como regulador e árbitro das relações sociais, sobretudo nos casos de grande desigualdade das forças em confronto. Até mesmo os maiores defensores da competência e eficiência do setor privado não chegaram a ponto de exigir uma retração total da regulação estatal na economia e nas relações humanas, relegando-o ao plano da representação e da simbologia da nacionalidade, como um rei no parlamentarismo, que deixasse as atividades de governo nas mãos do mercado. No entanto, é bastante sugestivo que as propostas que têm uma imagem como essa aproximada como modelo se dirijam, prioritariamente, aos países menos desenvolvidos, de economia menos sólida, onde é difícil calcular a extensão do dano decorrente de tal deserção, talvez nem tão grande sobre empregos e salários, abastecimento ou saúde, mas seguramente um desastre para a identidade nacional (REZEK, 2014).

A globalização tem provocado inúmeros efeitos nos sistemas jurídicos internos e internacional. Porém, é sempre importante ter em mente que a perda parcial da soberania estatal revela também a falta de condições do Estado em oferecer proteção para os cidadãos contra efeitos externos de decisões que são tomadas fora de sua jurisdição, incluindo as reações em cadeia que não são da alçada da vontade humana. A globalização não traz forças capazes de suprimir as ordens jurídicas estatais, mas exige um esforço

conjunto de sintonização das atividades legislativa e jurisdicional do Estado com atos normativos provenientes de sujeitos exteriores (AUBY, 2017; HABERMAS, 2001; OLIVEIRA, 2014; PIZZORUSSO, 2008).

O acesso à Justiça nos Estados liberais, burgueses, situados nos séculos XVIII e XIX a solução de litígios civis remetia a concepção individualista dos direitos. A incapacidade dos pobres de utilizar “plenamente a justiça” não era preocupação do Estado. Prevalecia o “laissez-faire”. Portanto trata-se da igualdade formal acessível a poucos. Com o processo de massificação social e as “declarações de direitos” ultrapassa a percepção apenas individualista. Trata-se do reconhecimento de direitos e deveres sociais. Destacam-se nessa fase os direitos do trabalho, à saúde, segurança material e educação. Não custa lembrar que a revolução industrial trouxe à baila às condições desumanas a que eram submetidas, homens, mulheres e crianças a jornadas excessivas e trabalho e precariedade de renda e vida. Entre os obstáculos do acesso à justiça está o de ordem econômica associado às custas processuais e a contratação do serviço de profissional técnico; o organizacional quanto à dificuldade de defesa dos direitos coletivos nas sociedades de massa e os obstáculos culturais quando temos que procurar o judiciário e o próprio desconhecimento de seus direitos básicos pelo homem médio. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988)

O Estado Democrático de Direito, traz como fundamento a Constituição, e se materializa na conjugação dialética dos seus cidadãos, portanto, a ideia de participação social assume uma dimensão calcada na dignidade da pessoa humana tanto no indivíduo como nas suas relações sociais. E, concilia os interesses individuais com o social, seja por meios de relações econômicas e sociais. (BRASIL, 1988)

Identifica Cappelletti; Garth (1998) três ondas por que passaram os países do mundo ocidental: 1) a assistência judiciária para os pobres com o sistema Judicare, o advogado remunerado pelos cofres públicos, e os modelos combinados, bem como as possibilidades e limitações da assistência judiciária; 2) às “reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos” em particular à proteção ambiental e do consumidor pela ação governamental, a técnica do procurador-geral privado e do advogado particular do interesse público. 3) “o acesso à representação em juízo a uma

concepção mais ampla de acesso à justiça pelo novo enfoque de acesso à justiça com vistas à efetividade. Nesse diapasão a constituição brasileira abarcou a concepção de acesso à justiça em sentido amplo, seja pela via judicial ou extra por meio da igualdade de paridade de armas.

Nos dias atuais, os direitos das gentes se defrontam com perspectivas desafiadoras de seus contornos sistêmicos. Uma miríade de sistemas normativos reclama a busca de parâmetros fixos de unidade e ordenamento. O direito internacional se expandiu até o ponto da categorização, especializando-se em uma série de setores, de modo que não é só a perspectiva positivista das ordens estatais que desafia a universalidade jusnaturalista, mas também a especialização temática (AUBY, 2017; SILVA, 2011; VASCONCELOS, 2014).

A ameaça de fragmentação subsiste até mesmo em face do discurso aberto e fluido dos direitos humanos. Isso porque os preceitos da política e do direito não só interagem entre si, mas algumas vezes chegam mesmo a se identificar. A política está na criação e aplicação do direito, ainda que a perspectiva estrita reze que a primeira se referiria ao exercício do poder enquanto que ao segundo caberia sua organização (FERREIRA, 2009; SILVA, 2011; VASCONCELOS, 2014).

O pilar fundamental do argumento ético em torno da sublimação e reinvenção dos direitos locais em função dos interesses do núcleo de poder veio pela pauta dos direitos humanos. Em vez dos argumentos realistas do passado, que colocavam na proteção dos interesses e do patrimônio estrangeiros a justificativa para intervenções de caráter militar, agora se age sempre em defesa dos direitos alheios, proteção de comunidades étnicas, minorias religiosas e dissidências políticas (REZEK, 2014).

São ações orientadas por critérios seletivos no mais das vezes pouco claros, que vexam ao extremo o outro lado do conflito, já que secundados por aparatos publicitários unilaterais, além de humilhar aquelas partes que se encontram em situação semelhante em outras regiões do mundo, que não importam para a conveniência dos atores globais (REZEK, 2014).

Os reformadores do direito internacional elaboraram produtos doutrinários que passaram a ser celebrados como conquistas dos direitos

humanos, como o ‘dever de intervenção de humanidade’ e o ‘dever de ingerência’, cuja base teórica e aplicação prática ignoram qualquer decência (REZEK, 2014).

Os profetas da primeira dessas visões trabalham em conjunto com os operários da segunda, numa coexistência pacífica entre visões do direito interdependentes. A obra que operam é a globalização do direito, talvez o último dos domínios do engenho humano a conhecer esse processo, o que, dada a qualidade das lideranças contemporâneas e a metodologia dos núcleos de poder na atualidade, não é necessariamente um mal (REZEK, 2014).

Não se sustentam mais as teorias que apresentavam dúvidas quanto às suas estruturas de validade de normas internacionais. Isso se deve, em grande parte, a uma progressiva valorização do ser humano, que orientou a promoção de nova percepção do direito, a partir de uma pretensão de universalidade que só era cabível antes da modernidade (SILVA, 2011; VASCONCELOS, 2014).

O fortalecimento do direito internacional, sobretudo no que diz respeito aos direitos humanos, é certamente um dos efeitos mais positivos desse processo. Ele só foi viável pela transformação da sociedade internacional, que passou de um simples somatório de nações a um espaço de convivência e comunhão entre os povos, normativamente orientado pela busca do bem comum da humanidade. Porém, há que se destacar a ausência da legitimação democrática na sistemática de funcionamento de vários processos decisórios que resultam de forças exteriores ao âmbito local. De certa forma, cabe falar em déficit de legitimidade, na medida em que os que participam das decisões não coincidem mais com os atingidos por elas, o que sem dúvida é o caso dos tratados intergovernamentais e da edição de resoluções vinculantes por parte de organismos internacionais. Esse processo só tende a se agravar, conforme aumenta de volume e frequência a quantidade de matérias que se tornam objeto de negociação via acordos internacionais (FERREIRA, 2009; HABERMAS, 2001; OLIVEIRA, 2014; PIZZORUSSO, 2008).

A trama resultante da sobreposição dessas ordens jurídicas é complexa e sistêmica, desafiando a coerência e a estabilidade exigidas pelo direito. Esse bloco monolítico que abrange o global e o local, apesar da coerência, apresenta idiossincrasias nas diversas esferas que o compõem. É

por isso que o ramo internacional aceita com maior facilidade a expressão política do poder que rege a relação entre direito e política. A falta de unificação entre sistemas normativos internacionais e seus órgãos de solução de controvérsias não se reflete no isolamento (SILVA, 2011; VASCONCELOS, 2014).

Antes, há como que uma observação mútua das cortes por cima dos muros que separam os sistemas de direito, na busca de uma coerência e unidade do direito internacional, numa tentativa permanente de superar ou dirimir a percepção fragmentada da ordem jurídica internacional. Compreender esse processo torna-se mais fácil quando se toma o direito como processo; não algo estático, mas em constante desenvolvimento e evolução, que deve ser percebido não apenas como processo de consolidação jurídica, mas de institucionalização (SILVA, 2011; VASCONCELOS, 2014).

Diferentemente da diplomacia, por exemplo, existem os mecanismos de solução de controvérsias que podem ser classificados como jurídicos ou jurisdicionais, já que guardam relação de necessidade com a norma preexistente para a solução da controvérsia, operando pela presença de terceiro com responsabilidade de emitir decisão independente da influência dos Estados envolvidos, ou atuam no sentido de indicar a edição de uma decisão que vincula as partes da controvérsia. Refletem, assim, a passagem da autotutela para a heterotutela institucionalizada, isto é, a perda cada vez maior da capacidade de uma das partes impor sua decisão à outra, em prol da exigência da declaração da existência ou inexistência do direito controverso e de decisões fundamentadas (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003; MEDEIROS, 2007; SILVA, 2007, 2011).

Os mecanismos jurisdicionais de solução de controvérsia reúnem, como elementos essenciais da jurisdição, decisões fundamentadas no direito, vinculantes para as partes, a partir de órgãos independentes das partes em litígio, resultantes de um procedimento de composição de interesses, em que são garantidos os direitos de defesa e a igualdade entre os litigantes. Ao contrário do plano interno, no qual a jurisdição se manifesta como soberania do Estado, sendo o direito de recorrer à justiça algo próprio do indivíduo, no plano internacional trata-se da manifestação de consentimento mútuo dos Estados envolvidos, que aceitam a limitação de soberania imposta pela presença de um

terceiro. Disso decorre o caráter facultativo da justiça internacional, que se apresenta sob a forma de arbitragem ou de meios judiciais, as cortes e tribunais propriamente ditos (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003; MEDEIROS, 2007; SILVA, 2007, 2011).

Outro dado importante que se verifica cada dia mais amiúde é a redução da capacidade estatal para promover políticas sociais eficientes, dadas as condições de concorrência global pelas praças de investimento e os altos custos dos salários, que incentivam a busca de racionalização do capital privado, levando ao esgotamento dos recursos fiscais das economias, afetando o crescimento nacional, o emprego e a renda. A taxação da demanda por governos locais impacta diretamente sobre o circuito da economia internacional, como se vê pela variação das bolsas internacionais a partir de ações localizadas no âmbito nacional (HABERMAS, 2001; OLIVEIRA, 2014; PIZZORUSSO, 2008).

Finalizando este tópico, infere-se que este imbricado conjunto de fatores confluí para a perda progressiva da soberania do Estado-nação como protagonista na inserção das sociedades locais no mundo global. A noção de soberania encontra-se em transição, abalada por arranjos de integração supranacional, encontrando nos direitos fundamentais limites interiores e exteriores ao exercício de suas próprias atribuições. Esse ambiente marcado pela integração política, econômica e social em níveis altamente acentuados, que se expressa na expansão do direito internacional, conforme como uma moldura de ação para os atores locais. Não se trata tanto de rejeição do primado da soberania como peça basilar da estruturação do mundo, mas de uma evolução da ordem internacional, que não permite mais ao Estado dispor como bem entender dentro das próprias fronteiras, encontrando limites para a própria ação na medida em que se integra com outras ordens nacionais e valores consagrados pela humanidade como um todo.

3 OPORTUNIDADE ESTRATÉGICA: A BUSCA POR NOVOS MEIOS DE LEGITIMIDADE E EFICIÊNCIA NO AMBIENTE PÚBLICO-PRIVADO

A realização de todas as atividades por si mesma demanda o desenvolvimento de um conhecimento técnico excessivamente dispendioso para uma parte. Nesse sentido, contribui a presença de uma curva de

experiência e de indivisibilidades, visto que desenvolver conhecimento técnico para aplicação em pequena escala exige investimentos iniciais grandes em aquisição de informação e treinamento (BESANKO et al., 2012; KRUGMAN, 2007; MANKIW, 2015).

Oportunidades de mercado que criam necessidades de transação são transitórias, ou pelo menos não operam sempre numa base contínua, o que impede que as partes independentes se fundem ou se comprometam em contratos de longo prazo. As transações, por sua vez, ocorrem em ambientes singulares de contratação ou regulatório, exigindo um parceiro local com acesso a relacionamentos específicos (BESANKO et al., 2012; KRUGMAN, 2007; MANKIW, 2015). É por isso que, na China, todos os empreendimentos assumem a forma de joint ventures com parceiros chineses, dado o forte papel que o governo exerce na regulamentação de investimentos (BESANKO et al., 2012; KRUGMAN, 2007; MANKIW, 2015).

Ao partir do pressuposto de que pouco há que se fazer em relação a si próprios, a exortação dirige-se das nações e economias mais sólidas para as menos, as quais se atribui o peso da renúncia às políticas protetivas dos produtos nacionais, componente mais caro da chamada globalização. Nesse aspecto, a ideologia econômica das últimas décadas se assemelha aos velhos tratados de não proliferação de armas nucleares, para os quais não há possibilidade de aquisição para aqueles que não têm, regulando minimamente a extensão e o crescimento dos arsenais já consolidados. Assim, a aventura atômica é vetada no plano horizontal, mas continua firme no vertical (REZEK, 2014). Essa mudança de posição do velho mundo remete aos anos 1970, no contexto das negociações sobre produtos têxteis. Até então, não se tinha notícia de uma posição isenta de argumentos sólidos, baseada unicamente na política do poder, que fazia exigências intransigentes para a derrubada de proteção que continuavam amplamente aceitas no nível local (REZEK, 2014). Assim, a política internacional passava a se pautar pela máxima da imoralidade em todos os tempos, isto é, o princípio de que aquele que faz a regra não a cumpre. O jogo duro se estendeu para além das imposições econômicas, dando ensejo para uma novidade: o uso do poder para a reinvenção do direito, a partir de um esquema publicitário sem precedentes no seu alcance geográfico e na eficácia das técnicas de persuasão (REZEK, 2014).

O tipo de competição que as organizações utilizam para conquistar recursos e clientes, em que a busca de adequação social e econômica se dá pelo acréscimo de componentes como poder político e legitimidade institucional, é o que se chama isomorfismo institucional. Nesses casos, as tomadas de decisão organizacional se conformam pela aliança entre desempenho e legitimidade, fatores relevantes para a construção de modelos e de soluções para problemas organizacionais (CLEGG; KORNBERGER; PITISIS, 2011; KANTER, 1972; POWELL; DIMAGGIO, 1991; ZILBOVICIUS, 1999).

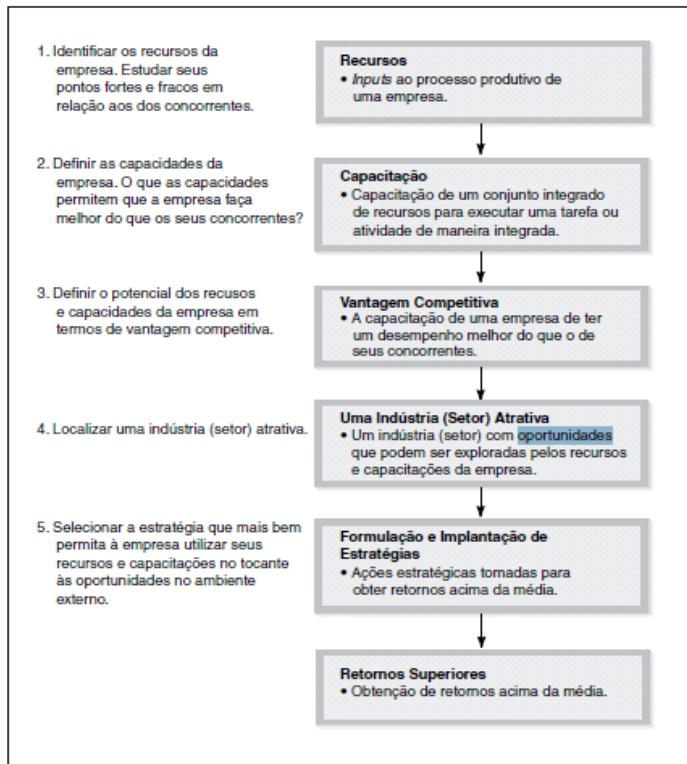
O isomorfismo institucional ocorre por meio de três mecanismos que podem se dar em conjunção. O primeiro decorre da influência política e do problema da legitimidade, o chamado isomorfismo coercitivo. O segundo, isomorfismo institucional, que se associa com a profissionalização. Finalmente, aquele que resulta de respostas padrão à incerteza, o isomorfismo mimético (CLEGG; KORNBERGER; PITISIS, 2011; KANTER, 1972; POWELL; DIMAGGIO, 1991; ZILBOVICIUS, 1999).

A força da incerteza reside nos contextos que podem levar organizações a se modelarem em outras, como acontece quando tecnologias organizacionais são mal-entendidas, objetivos são ambíguos ou quando o ambiente cria incerteza simbólica. Esse processo se estabelece sempre em torno de organizações percebidas como mais legítimas ou bem-sucedidas em determinado campo, contribuindo para que a ubiquidade de certos tipos de arranjos estruturais seja creditada à universalidade de processos miméticos do que a qualquer evidência concreta de que os modelos adotados reforçam a eficiência (CLEGG; KORNBERGER; PITISIS, 2011; KANTER, 1972; POWELL; DIMAGGIO, 1991; ZILBOVICIUS, 1999).

Por suposto, isso não faz com que o isomorfismo mimético comprometa a busca e a obtenção da eficiência, na medida em que entram outros elementos em jogo no processo de ação de um modelo além da busca da eficiência racional, de modo que o isomorfismo mimético pode contribuir ou comprometer o aumento da eficiência, dependendo da situação (CLEGG; KORNBERGER; PITISIS, 2011; KANTER, 1972; POWELL; DIMAGGIO, 1991; ZILBOVICIUS, 1999). É nesse ponto que se faz necessário tratar de outro aspecto relacionado com o aproveitamento de oportunidades — a liderança

estratégica — como um fenômeno capaz de fornecer luzes sobre o jogo nas nações e os agentes públicos e privados. O líder exerce papel de professor quando é capaz de trazer à tona os modelos mentais que as pessoas têm sobre questões importantes. O que se carrega na cabeça são sempre suposições, nunca uma organização, mercado ou um estado de tecnologia pronto e acabado. Quadros mentais sobre a maneira como o mundo funciona influenciam a percepção de problemas e oportunidades, direcionando a identificação de cursos de ação e as escolhas humanas (MINTZBERG et al., 2007).

A época da bipolaridade no Conselho de Segurança das Nações Unidas, por exemplo, marcada pelo confronto entre dois extremos ideológicos que eram ao mesmo tempo as duas maiores fontes de poder real, foi marcada por uma mútua neutralização cujo equilíbrio se refletia tanto nas ações do Conselho quanto na concepção do direito à luz do qual se dava a coexistência pacífica entre os atores (REZEK, 2014). A derrocada da bipartição do mundo trouxe uma fragmentação dos núcleos de poder, que agora se disseminam entre os atores de um grupo homogêneo de Estados pós-industriais que compartilham prioridades e interesses vitais, com ampla consciência de sua liderança e força na atuação conjunta. Pouco importa se algum desses integrantes teve de sacrificar princípios na sua tradição política ou imposições morais históricas, que projetavam certa imagem para o mundo. Não faltou aquela espécie de apoio público interno, que é a fonte de legitimidade do governo, respondendo positivamente ao apelo da afirmação de prestígio e autoridade internacionais (REZEK, 2014). De um lado, ameaças e oportunidades, que surgem todos os dias e que precisam ser mais bem compreendidas pelos atores que desejam obter retornos acima da média da concorrência.



Fonte: Hitt, 2011.

Figura 1 – O modelo baseado em recursos com retornos acima da média.

A Figura 1 ilustra o modelo baseado em recursos com retornos acima da média, do qual as empresas, ou mesmo os profissionais autônomos, podem se valer para esquadrinhar as oportunidades estratégicas e verificar os pontos em que é possível maximizar a utilização de recursos, suprindo carências e desenvolvendo, conforme as necessidades, uma estratégia capaz de aproveitar ao máximo as oportunidades que surgem no mercado.

A confusa variedade e evolução das práticas gerenciais pode ser interpretada por dois pontos de vista. De um lado, a ideia de que a complicação para o desenvolvimento de estratégias de sucesso é tão grande que, no fundo, trata-se de pura sorte. Do outro, a interpretação que pressupõe que o êxito das empresas se deve às escolhas das estratégias corretas pelos seus gerentes, permitindo-lhes explorar melhor as oportunidades com potencial de lucro presentes na época ou se adaptar melhor às circunstâncias em dado momento (BESANKO et al., 2012; KRUGMAN, 2007; MANKIW, 2015).

Os custos revelados pelas demonstrações contábeis nem sempre são adequados para a tomada de decisões em uma empresa, que precisa se basear na medição dos custos econômicos, fundamentada no conceito de custos de oportunidades. Estes, por sua vez, dizem respeito ao valor do melhor uso alternativo preferido para os recursos aplicados em uma atividade particular, que é o mesmo que dizer que o custo econômico de se empregar recursos em determinada atividade equivale ao valor do melhor uso alternativo renunciado desses recursos (BESANKO et al., 2012; KRUGMAN, 2007; MANKIW, 2015).

O conceito de custo de oportunidade, portanto, ajuda a entender por que o custo econômico pode não corresponder ao histórico de custos contábeis, fornecendo uma base para avaliar as boas decisões econômicas quando a empresa precisa escolher entre alternativas concorrentes. Desviar-se dessa ideia não raro implica perda de oportunidades de obter lucros mais altos, levando a empresa a uma carência significativa de capital, à medida que os investidores passem a oferecer menos por suas ações, ou mesmo a fechar as portas em face da concorrência com outras que aproveitam melhor as oportunidades de aumentar os lucros (BESANKO et al., 2012; KRUGMAN, 2007; MANKIW, 2015).

Alguns requisitos são necessários para que alguém seja bem-sucedido como líder estratégico. Os principais são a capacidade de realizar análises meticulosas, o trabalho árduo, a disposição para a franqueza, o desejo constante de crescimento ininterrupto da empresa e do seu pessoal e o bom senso (HITT, 2011).

Líderes estratégicos devem sempre ter em mente os objetivos das organizações que comandam e das funções que executam, levando em conta as estratégias, táticas, sistemas, tecnologias e pessoas necessárias para sua realização. Além disso, trabalham para dar um tom ético às suas empresas (HITT, 2011). O CEO e presidente da Deere e Company possui uma filosofia que expressa bem essa ideia: “Nós temos um slogan aqui na empresa. É proibido fumar, ter espelho e pregar qualquer peça: até a metade do campo. Assim é a John Deere”. Foram medidas desse tipo que alçaram a companhia ao sexto lugar na lista das 100 Melhores Empresas Cidadãs da *Business Ethics Magazine* em 2004. Independentemente de onde estejam alocados, líderes

estratégicos trabalham muito e com frequência deparam com situações para as quais não há solução fácil, envolvendo decisões ambíguas e muito tato. É nesse ponto que encontram oportunidades atrativas e chances de sonhar e agir (HITT, 2011).

4 SISTEMA MULTIPORTAS

O Sistema de Múltiplas Portas (*Multi-door Courthouse System*) constitui-se como um mecanismo de aplicação de métodos alternativos de resolução de conflitos. Em seu cerne está a ideia de oferecer uma variedade de meios ou “portas” para que as partes possam identificar a mais adequada e eficaz para a propositura de um acordo que seja cumprido de maneira satisfatória para todos os envolvidos em determinado litígio. Os Estados Unidos fazem largo uso desse tipo de sistema, principalmente em estados como Flórida, Washington e Nova York (SALES; SOUSA, 2011). Sua introdução remete à Pound Conference de 1976, onde se discutiu a respeito da insuficiência do Poder Judiciário para atender a todas as demandas com a justiça. Inicialmente apresentada pelo professor da Faculdade de Direito de Harvard Frank Sander, a proposta tem sido aprimorada progressivamente para atender à complexidade crescente dos conflitos, com a introdução de novos métodos para a resolução de novos problemas (SALES; SOUSA, 2011).

O objetivo do sistema é sempre oferecer soluções congruentes às peculiaridades das demandas, de forma mais efetiva, célere e de custeio razoável. A ideia de disponibilizar vários mecanismos de solução de conflitos para os processos trazidos ao Judiciário parte da premissa de que há vantagens e desvantagens utilizar um e outro processo para resolução de disputas, a depender do caso; daí que a existência de várias possibilidades seja a situação ideal. Em português, tal instituto pode ser denominado Sistema das Múltiplas Portas ou Multiportas; nos Estados Unidos, as formas de denominação são várias — *Multi-door courthouse (MDCH)*, *Multidoor Center (MDC)*, *Courthouse of many doors*, *Multidoor Program* (SALES; SOUSA, 2011).

Em qualquer denominação, trata-se de um instituto conectado à corte que provê aos litigantes uma variedade de processos de resolução de disputas. Em outras palavras, são programas relacionados com as cortes nos

quais escritórios centrais recebem todas as demandas do tribunal ou corte e assessores especialmente treinados guiam os casos aos procedimentos de resolução de conflitos mais apropriados (MSJC, 2001; NEW YORK STATE, 2003; SALES; SOUSA, 2011).

Talvez a mais significativa evolução do pensamento jurídico norte-americano, a Análise Econômica do Direito (AED) divide-se em duas linhas de pesquisa — descritiva e normativa. Isso porque procura explicar e prever o comportamento humano enquanto regulado pelo direito (descritiva), ao mesmo tempo que propõe o aperfeiçoamento do direito, demonstrando como as leis existentes ou propostas acarretam consequências previstas ou indesejáveis no que diz respeito à distribuição de renda, riqueza e outros valores, ou à eficiência econômica propriamente dita. Essa distinção entre a explicação do mundo jurídico como ele é e as tentativas de transformá-lo em algo melhor, isto é, os aspectos positivo e normativo da AED, é essencial para a compreensão do movimento Law and Economics (Direito e Economia) (MAYRIQUES; FLORÊNCIO FILHO, 2016; POSNER, 1979, 1998, 2004).

A AED descritiva, na sua face mais estritamente positiva, guarda algumas afinidades com o positivismo jurídico no que diz respeito à metodologia e ao esforço de descrever o direito positivo tal como é e não como deveria ser. Contudo, a ciência econômica do direito é mais abrangente, na medida em que não se utiliza de dogmas e conceitos abstratos para a análise e interpretação do ordenamento jurídico, partindo antes da tentativa de compreender em que medida as regras jurídicas são eficientes para alocação de recursos e quais os custos que acarretam, bem como que incentivos e consequências produzem na sua aplicação prática à solução de conflitos (MAYRIQUES; FLORÊNCIO FILHO, 2016; POSNER, 1979, 1998, 2004). A AED normativa, por sua vez, tem semelhanças com teorias valorizadas do direito, na medida em que abandona a neutralidade para apresentar propostas de aperfeiçoamento do direito e das instituições. Os pressupostos fundamentais da AED são que as pessoas agem racionalmente na tentativa de maximizar satisfações, adequando meios e fins, exceto aquelas que sofrem de algum problema patológico ou limitação constitutiva de sua racionalidade (MAYRIQUES; FLORÊNCIO FILHO, 2016; POSNER, 1979, 1998, 2004). Elas procuram, portanto, sempre aquilo que consideram ser útil, bom e prazeroso

por si mesmas. A incerteza, o risco e a escassez de recursos nos relacionamentos humanos, que devem ser enfrentados por indivíduos racionais, colocam problemas para o direito, que precisa equacionar o máximo de eficácia e satisfação com o mínimo de custos. Por isso, a teoria juseconômica de Posner coloca a maximização da riqueza como a meta do sistema jurídico e o critério para aferição de sua operacionalidade, funcionalidade e eficiência (MAYRIQUES; FLORÊNCIO FILHO, 2016; POSNER, 1979, 1998, 2004).

A maximização da riqueza aparece, portanto, como norma econômica a fornecer fundamentos sólidos para a Ciência do Direito. Enquanto sistema de maximização de riquezas, o sistema jurídico sanciona e aperfeiçoa uma ordem de distribuição de riqueza essencialmente arbitrária, sendo sua função básica a alteração de incentivos (MAYRIQUES; FLORÊNCIO FILHO, 2016; POSNER, 1979, 1998, 2004).

Finalizando, isso explica, em parte, por que medidas extrajudiciais alteram tanto os incentivos, criando oportunidades estratégicas para aqueles capazes de perceber e de aproveitá-las o mais rapidamente possível. Nesse diapasão, o Brasil, por seu pioneirismo, traz à tona a prática do juiz de paz, desde a Constituição de 1824 (BRASIL, 1824):

Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.

Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quais serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas atribuições, e Districtos serão regulados por Lei (BRASIL, 1824).

5 A MEDIAÇÃO COMO PROCEDIMENTO NA ADVOCACIA E NO JUDICIÁRIO: A COLABORAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO DO CONFLITO

Segundo Golann (2015), os tribunais e as empresas foram as forças que mais contribuíram para o desenvolvimento da mediação civil nos EUA. Os primeiros porque se interessavam em reduzir processos e evitar o contato dos juízes com problemas emocionais entre cônjuges; as segundas pela necessidade de reduzir o risco e os custos associados aos processos judiciais

de litígio. Os advogados, apesar de se tornarem grandes defensores da mediação *a posteriori*, aprenderam sobre o tema quando tiveram de mediar nos tribunais em defesa de seus clientes corporativos.

Hoje, utilizam a mediação para lidar com clientes difíceis, procurando reduzir os riscos de perder no processo judicial.

A decisão pela mediação pelas partes permite o estabelecimento conjunto de regras e do mediador desejado. Desde que ocorra no contexto de um processo mais amplo, incluindo a facilitação, a maior parte dos advogados norte-americanos afirma desejar que os mediadores deem sua opinião. Essa preferência se baseia na premissa da utilidade da sugestão de um terceiro, que não tem sua neutralidade comprometida (GOLANN, 2015).

Por isso, quando e como o mediador sugere, e como as partes interpretam são fatores de fundamental importância. Os termos de resolução só devem ser colocados depois de longo e exaustivo debate, preferencialmente naqueles momentos de impasse, na forma de sugestões, para ajudar a quebrar o impasse, sem insistir na proposta de resolução como saída mais correta ou justa para a controvérsia. De certa forma, a avaliação na mediação se assemelha à cirurgia na medicina. Ao ajudar as partes na troca de informações, os mediadores agem como médicos que receitassem exercício e dieta saudável. Na análise das questões legais polêmicas, é como se iniciassem a administração de medicamentos que causam certos efeitos colaterais e desconforto (GOLANN, 2015).

A avaliação é como o momento da cirurgia, que pode variar de um procedimento simples a outro aberto de grande porte. Da mesma forma que a maior parte das pessoas não escolheria um médico famoso por fazer uso do bisturi na primeira oportunidade, a tendência é que se procure um mediador pela sua capacidade de realizar um procedimento de avaliação na hora certa, da forma mais rápida e segura (GOLANN, 2015).

Não se trata de tarefa fácil. O mediador jamais deve oferecer uma opinião pessoal sobre o justo e o injusto, o certo e o errado para cada caso, se deseja fazer uma boa avaliação. É como tentar prever o tempo num tribunal futuro, lançando estimativas do que ocorrerá caso esta ou aquela estratégia seja adotada pelas partes. Quando se dá tempo aos litigantes para expor seus argumentos, com interesse e sem julgamento de valor, a avaliação é

positivamente aprovada pelas partes (GOLANN, 2015). O erro comum, portanto, reside nos extremos, isto é, na avaliação demasiado rápida (comum em ex-juízes) ou naquela demorada, ou mesmo relutante, que nunca chega na hora em que é necessária. Nesse jogo, o papel dos mediadores é interessante também para os advogados, que não perdem a fidelidade da clientela que eventualmente depara com más notícias sobre as expectativas em torno dos resultados do processo (GOLANN, 2015).

No entanto, por exemplo, ainda não se encontrou correlação positiva entre o número de mediações realizadas, os valores envolvidos, o número de processos arquivados, audiências agendadas, tempo de resolução de casos etc., e as impressões positivas dos participantes em processos de mediação, juntamente com outros parâmetros utilizados para mensurar a eficiência da prestação jurisdicional, como se constata em diversos estudos de programas de ADR realizados nos EUA, tais e quais os estudos na Carolina do Norte, Ohio e Califórnia (EDWARDS, 2013).

Em 1906, o professor Nathan Roscoe Pound, diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, já indicava que “a insatisfação com a administração da Justiça é tão antiga quanto o direito”. Esses primeiros debates em torno do tema sugerem que a promoção do acesso à justiça está ligada à necessidade de progressiva redução dos índices de insatisfação com a prestação jurisdicional. Apesar de o Brasil, ao longo das últimas décadas, ter reduzido o grau de insatisfação dos jurisdicionados com o Judiciário, ainda se trata de um dos nossos maiores desafios (LEWANDOWSKI, 2015). Afinal, o total de ações em tramitação no Judiciário aumentou 27,400% (ou 274 vezes) em 25 anos, segundo o Anuário da Justiça Brasil de 2014. Em 1988 havia 350 mil processos em curso na Justiça brasileira; em 2012 o número de ações alcançou 96 milhões. Se atualizarmos os dados até a presente data, podemos verificar que o número de demandas subiu 30.000% (ou 300 vezes). São números alarmantes, que revelam uma verdadeira explosão de “litigiosidade, mas também demonstram como o Judiciário está realizando políticas públicas focadas na facilitação do acesso à Justiça e na valorização do papel dos magistrados na sociedade brasileira” (LEWANDOWSKI, 2015). É por isso que o que antes era considerada uma crise permanente do Poder Judiciário tem sido visto como o resultado de um crescente desenvolvimento de novas

práticas que permitem o aprimoramento dos serviços prestados pelo Poder, parte de um amadurecimento geral da sociedade e, especialmente, dos magistrados (LEWANDOWSKI, 2015).

Na visão de Lewandowski (2015), por exemplo, há um paradoxo que precisa ser esclarecido. Não é apropriado falar em crise quando nunca houve uma produtividade e atuação tão grandes do Judiciário, que hoje conta com magistrados adequadamente capacitados e novas tecnologias que têm facilitado a prestação jurisdicional. Todos esses fatores têm contribuído para a redução progressiva do grau de insatisfação dos jurisdicionados para com o Judiciário. Nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça tem se preocupado com a formação de mediadores e com as condições que os tribunais terão para promover a multiplicação de instrutores que possam oferecer treinamento desses auxiliares da Justiça. Até o presente, já foram realizados 23 cursos de capacitação de instrutores, com mais de 500 profissionais formados para atuar no Brasil. Os cursos de formação de mediadores tiveram seus parâmetros curriculares recentemente revistos, nos termos do art. 167, §1º, do CPC/2015. O conteúdo programático desses cursos de mediação e conciliação resultou de uma ampla discussão com instrutores da iniciativa privada e dos tribunais, tendo em vista o estabelecimento de parâmetros mínimos para adoção em curto prazo (LEWANDOWSKI, 2015). Nos termos do art. 169 do novo CPC, os facilitadores receberão, pelo seu trabalho, a remuneração prevista em tabela fixada pelas cortes, conforme parâmetros estabelecidos pelo CNJ, ressalvada a hipótese dos tribunais que optarem pela seleção por concurso público de mediadores e conciliadores. Estes atuam como auxiliares da justiça, devendo ser remunerados segundo esse regime jurídico — o art. 149 do novo CPC. Ou seja, as próprias partes arcarão com as despesas decorrentes de sua atuação, salvo nos casos em que são beneficiárias da Justiça gratuita, quando deverão ser acionados mecanismos como o previsto no §1º do art. 169 do novo CPC, o qual estabelece que a mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do respectivo tribunal (BRASIL, 2015).

Conclui-se a partir dos autores analisados e do ordenamento pátrio a necessidade da promoção da mediação como relevante instrumento no acesso à justiça, como corolário do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988

com vistas a uma ordem jurídica justa, menos burocrática e eficiente. E a advocacia é essencial à administração da justiça. Nesse diapasão, vislumbra-se, a mediação como oportunidade estratégica aos advogados na busca por uma ordem jurídica justa.

6 A ÉTICA COMO ESSENCIAL NA RELAÇÃO DE CONFIANÇA NA MEDIAÇÃO: O ENFOQUE PARTICIPATIVO

A pós-modernidade é marcada pela crise existencial, de valores, especialmente quanto aos padrões de convívio social. Embora o direito tenha sido amalgamado para atender aos interesses individualistas, da propriedade em detrimento da possibilidade de convívio cooperativo. O neoconstitucionalismo, a partir da força normativa constitucional e a centralidade nos princípios. Nesse diapasão advém o fenômeno da constitucionalização do direito centrado no princípio da dignidade da pessoa humana e a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas (BARROSO, 2006).

Hodiernamente novos atores e instâncias sociais vislumbram a satisfação de interesses que necessitam ser pautados por relações éticas, democráticas e participativas, entre os quais estão inseridos os meios alternativos de solução de conflitos como a conciliação, a mediação.

Destaca-se nesse diapasão como instrumento extrajudicial a cláusula escalonada, praticada no direito negocial. Utiliza-se da simbiose — mediação empresarial e arbitragem — no âmbito privado de resolução de conflitos como opção alternativa à tutela jurisdicional, fornecendo respostas adequadas e eficazes por meio de parceria para todos os envolvidos. Por sua vez, a advocacia colaborativa como primeira opção aos litígios revela-se essencial na sociedade da informação, haja vista que a peculiaridade do caso vai exigir estudo e flexibilidade no encontro da melhor forma de satisfazer os interesses das partes.

A popularização da mediação levou muitos advogados à capacitação em cursos específicos, que se tornaram uma segunda opção de carreira para muitos. No entanto, o desafio aos advogados diz respeito a uma ordem jurídica que trate a mediação por meio de relações éticas e participativas.

No tocante à ética, Srour (2008) lembra que hoje existe um robusto cabedal de conhecimentos capaz de fornecer subsídios para a elaboração de conceitos e a emissão tanto de juízos de fato como de juízos de valor, o que auxilia os agentes a prever consequências e padrões de conduta.

A ciência ética corresponde a um corpo de conhecimentos que permite observar, descrever e explicar a ocorrência dos fatos morais: elabora conceitos, emite juízos de realidade, rastreia recorrências, identifica padrões e, com isso, capacita os estudiosos a antecipar eventos. É científica, porque a contrapelo da filosofia, constitui um discurso de demonstração: explicita os fundamentos sociológicos e históricos dos fenômenos estudados, torna inteligível porque tais ou quais cursos de ação foram adotados e permite prever ocorrências com boa margem de probabilidade. O caráter abstrato-formal de seus conceitos confere-lhe a universalidade indispensável para que sejam investidos no conhecimento das inúmeras situações concretas que emergem em qualquer tempo e sob quaisquer céus. Sublinhemos que a ciência ética adota como premissa a racionalidade universal e, *ipso facto*, os altruísmos. Ou, dito de outra forma, encampa os interesses gerais ou o bem comum, assim como os legítimos interesses grupais e pessoais (SROUR, 2008, p. 121).

Em seu sentido amplo, hoje, o termo ética nos remete às formas de emissão de juízos de valor diretamente ou não relacionadas com as ações e, também, com o caráter dos seres humanos, assim como dos diversos grupos sociais que compõem a sociedade.

[...] A ética poderá dizer-lhe, em geral, o que é um comportamento pautado por normas, ou em que consiste o fim — o bom — visado pelo comportamento moral, do qual faz parte o procedimento do indivíduo concreto ou o de todos. O problema do que fazer em cada situação concreta é um problema prático-moral e não teórico-ético. Ao contrário, definir o que é o bom não é um problema moral cuja solução caiba ao indivíduo em cada caso particular, mas um problema geral de caráter teórico, de competência do investigador da moral, ou seja, do ético (VÁSQUEZ, 2007, p. 7-8).

Outra acepção dada ao termo ética é aquela que o relaciona à moralidade, ou seja, refere-se ao conjunto de obrigações e deveres que norteiam e dirigem as ações no nível do indivíduo.

Valiosas são as contribuições dos vários períodos da história da humanidade para a ética e filosofia moral. A começar pela antiguidade com Aristóteles (384–322 a.C.):

Procurou melhorar o intellectualismo abstrato platônico “ao procurar demonstrar que o bem, como finalidade objetiva de toda ação humana, é tudo aquilo que apresenta um valor para o homem. Encontra-se, aí, em germe, a ideia de que o bem e o mal também são percebidos pela inteligência afetiva, o que representa a base de toda a teoria axiológica moderna”. (COMPARATO, 2006, p. 95-96).

O conhecimento e os textos sobre moral e ética avançaram pela Idade Média, influenciados ainda pela moral religiosa e pelos aprofundamentos dos estudos teológicos como o pensamento de Francisco de Assis (1182–1226):

[...] o comportamento ético não é influenciado tão-só por ideias e doutrinas, mas também por modelos pessoais de vida, cujo valor exemplar serve de guia para o conjunto da sociedade. Foi o que ocorreu, paradigmaticamente, com São Francisco. A repercussão do seu exemplo de vida não se limitou à sociedade medieval europeia da primeira metade do século XIII, mas propagou-se, em sucessivas ondas de choque, pelo futuro em diante, muito além da Europa (COMPARATO, 2006, p. 131).

O pensamento moderno teve grandes contribuições, tais como os escritos de Kant (1724–1804), certamente um dos períodos históricos mais ricos em relação ao desenvolvimento da ética e da filosofia moral.

Seguindo o caminho traçado por Descartes, Kant frisou que, muito embora o conhecimento se inicie pela experiência, isto é, pelo uso de nossos sentidos, ele não pode limitar-se a isso, pois os sentidos nos transmitem uma imagem deformada ou incompleta das coisas por

eles apreendidas. O verdadeiro conhecimento, portanto, ultrapassa o nível empírico e deve estar fundado em faculdades racionais, independentes de toda experiência sensorial [...] O homem encontra realmente em si mesmo uma faculdade, pela qual ele se distingue de todas as outras coisas, até mesmo de si próprio, na medida em que é afetado pelos objetos: essa faculdade é a razão (*Vernunft*) (COMPARATO, 2006, p. 288).

Exponentes da Idade Contemporânea, como Hegel (1770–1831), até os nossos dias continuam este trabalho de milênios na busca por uma teoria ética inclusiva e democrática.

A proposta ética de Hegel toma o contrapé do abstracionismo kantiano. A vida humana é essencialmente histórica, ou seja, ela se transforma no curso de um processo evolutivo constante. Além disso, ela se desenvolve em meio a contradições permanentes: natural e ideal, sensibilidade e razão, fatos e normas. A função da ética consiste na superação de todos os dualismos em uma unidade englobante, que representa, para Hegel, o espírito encarnado ou, como ele denominou, o *espírito objetivo*, o qual, segundo se advertiu mais acima, é superado pelo espírito absoluto [...] (COMPARATO, 2006, p. 310).

O século XXI marca uma ruptura quanto ao pensar o direito. Este passa a ser pautado por um sistema orgânico de relações éticas e participativas que contempla a responsabilidade das diferentes instâncias para além da jurisdição. Uma verdadeira mudança de paradigma do “ser” e do “ter” em sociedade. A modernidade conseguiu unir o que há de mais produtivo e desigual quanto à ascese. O desafio posto é promover o acesso à justiça material, mediante relações colaborativas, estáveis, transparentes com vistas à satisfação de interesses. Uma perspectiva de mudança nas relações jurídicas no Brasil que teve um impulso pela resolução 125 do CNJ e que conta com relevantes instrumentos legislativos como a mediação, por meio da lei nº 13.140, de 2015, corroborada pela lei 13.105/2016, CPC de 2015, por meio de relações judiciais fundadas em princípios como o da cooperação com vistas à solução de mérito. Esse arcabouço princípio lógico tem por base a Constituição Federal que se irradia pelo sistema normativo numa perspectiva do Estado Democrático de Direito como política de Estado, afirmando-se o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 com vistas à ordem jurídica efetiva. Ressalte-se que a prática da mediação nos termos do art. 166 do CPC de 2015 deverá atentar para os princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade,

oralidade, informalidade e da decisão informada. Atente-se para a confidencialidade como importante princípio a ser observado no procedimento de mediação admitida, inclusive o uso de técnicas negociais com o intuito de proporcionar ambiente favorável à autocomposição por meio de relações éticas e participativas pelos advogados, ajudando seus clientes a identificar soluções alternativas mais viáveis diante do litígio, respeitada a paridade das partes, o devido processo legal, a boa-fé, a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2015).

CONCLUSÕES

A incessante procura pela maximização da riqueza mostra-se, corriqueiramente, como uma espécie de norma econômica, ou seja, terminando por fornecer baldrames palpáveis para a Ciência do Direito.

Enquanto aparelho de maximização de riquezas, o sistema jurídico ratifica e afina uma “nova” ordem de repartição de riqueza fundamentalmente arbitrária, sendo sua função básica a contrafação de incentivos que ora favorecem alguns atores, ora prejudica outras parcelas ou grupos que disputam o poder político.

O fundamento do direito não reside mais somente nas regras de validade positivas, mas em princípios e valores, entre os quais figuram o acesso à justiça material. Nesse sentido, cabe falar em sistema global comum, que obriga cada vez mais as ordens normativas locais autônomas.

A unicidade do sistema jurídico avança sob a forma de marcos legais estabelecidos por tratados e princípios reconhecidos como inerentes por todos. Assim se consolidam e se multiplicam as estruturas internacionais associativas a partir da segunda metade do século XX, estabelecendo sistemas normativos autônomos a partir de organizações internacionais multilaterais e regionais. O sistema judiciário brasileiro, por sua vez, experimentou uma verdadeira explosão na quantidade de ações em curso na Justiça. Em suma, é humanamente impossível dar conta de uma quantidade dessas, mesmo aumentando a produtividade, sem realizar uma profunda reforma em todo o sistema, pois simplesmente aumentar o número de juízes, analistas, técnicos etc. sem incentivar meios alternativos de resolução de conflitos e novas leis

que simplifiquem o direito processual seria o mesmo que tentar transpor as águas dos oceanos utilizando um dedal.

A realização de uma variedade ampla de atividades, por parte de advogados autônomos ou de escritórios de advocacia, por si mesma exige o desenvolvimento de um conhecimento técnico que pode ser oneroso. Nesse sentido, faz-se necessário pensar que a ampliação de uma curva de experiência e de indivisibilidades, para desenvolver conhecimento técnico que possa ser aplicado em pequena escala, necessariamente exige grandes investimentos iniciais para adquirir informação e treinamento. Mas, hoje, a mediação se expande em quantidade e qualidade, o que faz que tais investimentos sejam rapidamente recuperados e passem a gerar novas receitas para desenvolver tais habilidades. Nesse sentido, vale ressaltar os meios alternativos de solução de conflitos, como a conquista do Estado Democrático de Direito a partir de valores e princípios democráticos, éticos e participativos. Nesse diapasão, revela-se o advogado como essencial à justiça e a própria cidadania.

Conclui-se que a relação de confiança das partes na condução das sessões pelo mediador é primordial para o avanço das fases da transação. Se há diretrizes a serem alcançadas é preciso que as partes sintam segurança de que valores e princípios serão respeitados.

Finaliza-se pela ética e participação dos envolvidos nos conflitos de interesses como primordiais para o êxito da mediação, assim como a advocacia pode se valer desse poderoso instrumento na negociação por meio de relações éticas e colaborativas com vistas à composição de conflitos.

Entende-se, portanto, os meios consensuais de solução de conflitos, por meio da mediação como um direito fundamental de acesso à justiça com duração razoável do processo, a celeridade, a apreciação do poder judiciário de lesão ou ameaça a direito, conforme previsão constitucional. Constitui-se os meios consensuais de conflitos em instrumento da própria cidadania.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL, SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ASPECTOS ECONÔMICOS

Cácia Pimentel¹¹⁶

INTRODUÇÃO

No ano em que a Constituição Federal celebra seu jubileu de pérola, o presente estudo analisa o recente fenômeno da judicialização da política no Brasil, sob os aspectos da *accountability* e da *liability*, em uma perspectiva econômica. O objetivo central é compreender quais os contornos de *accountability* e de responsabilização aos órgãos judiciais são necessários para mitigar efeitos lesivos ao Estado, à democracia e ao pacto federativo. Especial atenção dá-se às decisões judiciais com repercussões econômicas negativas.

Entende-se por judicialização da política o crescente fenômeno de se utilizar os meios judiciais para debates e para decisões de questões relacionadas a políticas públicas e a controvérsias políticas sobre liberdades individuais ou religiosas, processo eleitoral, imigratório, privado, trabalhista, securitário ou mesmo assuntos relacionados à saúde. Cortes judiciais passam a protagonizar a interpretação e os moldes de concessão das políticas públicas, papel antes reservado aos poderes Executivo e/ou Legislativo.

Isso ocorre em razão de uma série de motivos. Destacam-se as muitas etapas do processo decisório a que estão sujeitos os Poderes Legislativo e Executivo ou mesmo pelas constrições orçamentárias que servem de obstáculo à provisão das questões de interesse público ou privado, mas que não impedem ou limitam, em tese, a atuação do Judiciário. Busca-se o Judiciário quando a questão está posta e precisa de uma resposta imediata.

O problema é formulado diante da ausência de mecanismos suficientes de controle das intervenções dos magistrados, especialmente do Supremo Tribunal Federal, seja na aplicação dos instrumentos de controle de

¹¹⁶ Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (Bolsa mérito); Mestre em Direito pela Cornell University, New York, revalidação como Mestre em Direito pela Universidade de Brasília; MBA pela FGV-DF em Direito Econômico e das Empresas. E-mail:caciapimentel2012@gmail.com

constitucionalidade, de preceitos fundamentais, de injunção e por omissão ou na interpretação de leis que porventura extrapolam os limites do Estado Democrático de Direito. Destarte, é premente a necessidade de se debater essa questão, em razão das pressões que essas intervenções do Judiciário podem gerar sobre o orçamento público, em tese, prejudicando a efetividade dessas mesmas políticas. Busca-se, portanto, traçar um diagnóstico das consequências da atuação permeável do Judiciário brasileiro.

A judicialização da política não raro produz decisões que são consideradas um marco no Direito pátrio, não necessariamente sob a perspectiva política. No cenário atual, a prática da judicialização de temas políticos empodera magistrados pelo aumento de sua esfera de participação política e de provisão à sociedade, especialmente quando existe uma propensão cultural de atender ao clamor social. Aliás, uma das razões apontadas por Brandão para o processo de judicialização da política é justamente a ineficiência ou a perda de confiança na classe política pela sociedade¹¹⁷. Em consequência, percebem-se largas incursões, por membros do Judiciário, em temas eminentemente executivos ou legislativos. É comezinha a manifestação pública e midiática de juízes sobre processos de outrem ou pendentes de julgamento, com manifestações que muitas vezes expressam juízo depreciativo.

No entanto, Filgueiras alerta que mudanças institucionais ocasionadas pela judicialização de questões políticas podem resultar em um Poder Judiciário sem controle, ou mesmo levar a novas formas de autoritarismo ou de elitismo disfarçado em defesa de valores democráticos, mas que apenas mantenha a desigualdade intacta¹¹⁸. De fato, as intervenções do Judiciário em questões eminentemente políticas ou mesmo emanando sentenças normativas podem gerar uma falsa percepção de dispersão de justiça e de cidadania.

A estrutura do sistema permite uma relação paradoxal, em que os ministros do Supremo Tribunal Federal são indicados pelo Chefe do Executivo e sabatinados pelos membros do Senado Federal. Por sua vez, as decisões desses mesmos magistrados muitas das vezes devem ser executadas pelas estruturas dos outros dois Poderes. O que à primeira vista pode parecer um

¹¹⁷ Brandão, 2013.

¹¹⁸ FILGUEIRAS, 2013

perfeito equilíbrio dos *checks and balances*, na verdade, pode esconder uma relação estratégica de risco moral, por apoios e seguros mútuos. Esse mecanismo permitiria, pois, a propagação das ideologias eleitas pelos grupos de interesses infiltrados nas instituições.

É necessário estabelecer, *prima facie*, que não se quer aqui tratar de meros ativismos judiciais que fazem parte do sistema, mas sim de comportamentos anômalos, que podem exigir ajustes nas relações entre os poderes. Existem mecanismos suficientes de controle e avaliação, *accountability* e responsabilização das decisões judiciais? Quanto aos critérios utilizados para a tomada de decisão, observam-se os princípios da oportunidade, efetividade, eficiência orçamentária, transparência e motivação? Sob o aspecto da gestão pública e da complexidade das dimensões de coordenação, existem mecanismos de controle que avaliem o impacto orçamentário dessas decisões? Como outros países se protegem de eventual desequilíbrio federativo?

Em suma, a pergunta que se pretende responder é quais os contornos de *accountability* e responsabilização disponíveis que poderão ser aplicados ao Judiciário quando no exercício da sua função precípua de julgar, com o fim de mitigar efeitos lesivos ao Estado, à democracia e ao pacto federativo, com foco no equilíbrio fiscal e econômico.

O presente estudo adota o método hipotético indutivo para explorar os arranjos institucionais e suas formas de *accountability* e de responsabilização. A observação dos dados permite verificar as variáveis e, em seguida, aplicar regras de inferência lógica para determinar as implicações permitidas pelos achados. Espera-se, assim, conclusões que contribuam para a efetividade e o equilíbrio entre os Poderes, por meio de instrumentos de controle.

Portanto, o presente estudo se desenvolve da seguinte forma. Na Parte I, busca-se compreender a judicialização da política no Brasil e em outros ordenamentos. A Parte II traz como exemplo a decisão exarada em sede liminar na ADI 5595. Por fim, a Parte III apresenta uma breve exegese dos pensamentos de alguns autores que enfrentaram essa temática. Ao final, o trabalho apresenta suas conclusões, com base em alguns exemplos recentes.

Parte I

A Judicialização da política no Brasil e em outros ordenamentos

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, é resultado da reforma, em certa medida incremental, do Poder Judiciário. A Emenda instituiu o art. 103-B, que cria o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a quem compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. O Supremo Tribunal Federal preside o CNJ e se mantém como revisor das atividades administrativas e disciplinares do Conselho. A completar o arcabouço normativo, a Lei Orgânica da Magistratura e os Regimentos e regulamentos do Conselho Nacional de Justiça trazem certos limites à atuação judicial, mas não suficientes ao controle das intervenções dos magistrados quando no julgamento de demandas com repercussão econômica para o Estado. Assim, o Judiciário brasileiro adota autonomias do modelo difuso estadunidense e do modelo concentrado kelseniano, tornando o Judiciário brasileiro um poder central e supremo.

O aumento da influência política das elites judiciais parece ser um fenômeno crescente no mundo e não apenas no Brasil¹¹⁹. Bourdieu demonstra como os membros do Judiciário conseguem impor *estruturas estruturantes* que orientam suas condutas com o fim de manter seu poder hegemônico, por meio de uma lógica interna de linguagens e símbolos, retóricas e formalismos¹²⁰. No Brasil, é evidente essa estética própria e separada do Judiciário.

Hirsch assinala que as constituições ocidentais apresentam um núcleo comum que permite a revisão de assuntos legislativos pela Suprema Corte: até 1950, apenas 30% das constituições apresentavam norma de controle de constitucionalidade; hoje mais de 90% delas permitem essa revisão¹²¹. Porém, o escopo da judicialização da política parece ser muito maior do que o da revisão da constitucionalidade. A preocupação reside na judicialização de assuntos eminentemente políticos, debates sobre

¹¹⁹ (HUNT, 2013)

¹²⁰ (BORDIEU, 1989)

¹²¹ (HIRSCHL, 2006).

legitimidade, identidade e políticas econômicas que impactam a sociedade como um todo.

O Legislativo em outros países parece estar assentindo que o Judiciário venha a se imiscuir em prerrogativas legislativas, ou seja, matérias eminentemente políticas passam a ser revisadas ou mesmo resolvidas pelo Judiciário. Como exemplo, citem-se a conhecida resolução judicial do processo eleitoral nos Estados Unidos em 2000, na disputa entre Al Gore e George W. Bush¹²² ou, ainda, o caso *Kelo v. City of New London*, que autorizou a desapropriação de propriedade privada em favor de uma incorporadora também privada, com base em um planejamento de desenvolvimento econômico que beneficiaria toda a comunidade¹²³.

O Canadá também registra decisões da Suprema Corte sobre assuntos que vão desde a proibição de testes de mísseis americanos junto a áreas canadenses, assunto regulado por atos executivos e políticas de segurança nacional¹²⁴, ou até mesmo quanto à restrição do alcance da Carta de Direitos e Liberdades canadense¹²⁵.

A América Latina, em geral, prevê direitos sociais em suas constituições, ao contrário dos Estados Unidos e da Alemanha, por exemplo. Segundo Botelho, Portugal é o país com mais direitos sociais positivados na Constituição¹²⁶. O Brasil vem em seguida. No entanto, aos direitos sociais que foram pensados pelo legislador originário, acresceram-se dezenas de outros direitos concedidos por meio de emendas constitucionais, além daqueles advindos do “positivismo jurisprudencial”, na expressão usada por Bercovici¹²⁷.

A observação da prática judiciária brasileira em contraste com experiências exógenas busca demonstrar que a mera incursão do Judiciário em debates políticos não demonstra necessariamente uma diminuição ou uma fragmentação do poder político que revele um desequilíbrio federativo *per se*. O problema central parece residir em se permitir que o Judiciário adentre em assuntos de cunho econômico que podem gerar desequilíbrios orçamentários irreversíveis.

¹²² Decisão no Processo 531 U.S. 98 (2000)

¹²³ Decisão no Processo 545 U.S. 469 (2005)

¹²⁴ 3 (HIRSCHL, 2006)

¹²⁵ Decisão no Processo [1986] 2 S.C.R. 573

¹²⁶ (BOTELHO, 2017)

¹²⁷ (BERCOVICI, 2004)

Parte II

O exemplo da decisão liminar exarada na ADI 5595

Como exemplo dessa judicialização que substitui o próprio legislador, cita-se a decisão monocrática de suspensão dos efeitos dos artigos 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86, de 2015, da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski¹²⁸. Esses dispositivos foram inseridos na Constituição após acurados estudos produzidos pelos agentes políticos, auxiliados pelas carreiras técnicas legislativas que também pensam e interpretam o Direito Constitucional, especialmente por meio de densos e complexos estudos orçamentários e econômicos.

O ministro justificou sua decisão no entendimento de que há um quadro crônico de subfinanciamento da saúde pública do país, além de um agravamento do desemprego, que demandariam um deferimento cautelar, sem prazo para ser submetido ao referendo do Plenário. O magistrado assentou sua motivação, conforme excerto transscrito a seguir:

“O orçamento público deve obediência aos imperativos de tutela que amparam os direitos fundamentais, assim como, de fato, o direito à saúde, em sua dimensão de direito subjetivo público e, portanto, prerrogativa indisponível do cidadão, reclama prestações positivas do Estado que não podem ser negadas mediante omissão abusiva, tampouco podem sofrer risco de descontinuidade nas ações e serviços públicos que lhe dão consecução, com a frustração do seu custeio constitucionalmente adequado.

A noção do que seria tal custeio adequado obviamente há de se assentar em bases juridicamente estáveis (conforme assegura o princípio da segurança jurídica) e fiscalmente progressivas (em consonância com os princípios da proporcionalidade e reserva do possível).

(...)

Desse modo, não é oponível a alegação imotivada e discricionária de restrição orçamentária em face de tais direitos fundamentais tanto por força da sua essencialidade para assegurar a vida digna a todos os cidadãos brasileiros, mas também porque eles são amparados por fontes próprias de receitas (a exemplo da contribuição social do salário-

¹²⁸ ADI STF 5595, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 04.09.2017

educação e das contribuições sociais de que trata o art. 195) e deveres de gasto mínimo (previstos nos arts. 198 e 212 da CF).
(...)

O escalonamento temporal previsto no art. 2º da EC 86/2015, direta ou indiretamente, assumiu o risco de impor porcentuais proporcionalmente inferiores ao piso anteriormente vigente na forma da EC 29/2000, na medida em que, a depender do comportamento da receita corrente líquida da União e diante do agravamento da crise fiscal pela qual o país tem passado, será perdida a proteção inserida no art. 5º, § 2º da Lei Complementar 141/2012, que regulamentou o regime de financiamento mínimo inserido no art. 198, § 2º e § 3º pela EC 29/2000.

Tal procedimento fere frontalmente o dever de progressividade inscrito no art. 5º, §§ 1º e 2º e também a garantia de irredutibilidade a que se refere o art. 194, parágrafo único, IV da Constituição, os quais se encontram lastreados no nuclear comando de preservação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, caput e III) e nos tratados internacionais sobre os direitos econômicos, sociais e culturais dos quais o país é signatário.

Houvesse real intenção de progressividade na promulgação da EC 86/2015 (com o novo patamar de gasto mínimo em ações e serviços públicos fixado em 15% da receita corrente líquida da União, em atendimento alternativo ao pleito popular do Movimento Saúde +10), não haveria os subpisos de 13,2% em 2016, 13,7% em 2017, 14,1% em 2018 e 14,5% em 2019.

Retrocesso transitório ainda assim é retrocesso, já que a promessa de crescimento futuro do piso não garante que os subpisos serão superados ao longo das execuções orçamentárias, ainda mais com a regra de incorporação no cômputo do gasto mínimo federal em ações e serviços públicos de saúde das receitas oriundas da exploração de petróleo e gás.

(...)

Diante do quadro fático ora descrito, resulta evidente a urgência na concessão da liminar, uma vez que a manutenção de eficácia das normas atacadas vem dificultando ou mesmo impossibilitando, a cada dia e de forma irreversível, o gozo dos direitos fundamentais à vida e à saúde dos cidadãos brasileiros.

A isso se soma a demanda crescente do SUS, sobretudo nos últimos anos, quando houve um agravamento no quadro de desemprego no país. A norma jurídica questionada piora substancialmente a desigualdade no acesso a direitos fundamentais, a justificar a imediata concessão da cautelar pleiteada”.

É nesse cenário que surgiu, posteriormente a Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, que altera os arts. 20 e 21 do Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Esses dispositivos determinam que as decisões exaradas nas esferas administrativa,

controladora ou judicial deverão considerar as suas consequências práticas, indicando, de modo expresso, as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais. Sob esse entendimento, caberia ao magistrado demonstrar, com base no princípio da proporcionalidade (necessidade e adequação), o impacto econômico da medida, ou seja, as consequências práticas dessa decisão sobre o orçamento fiscal.

Ressalte-se, no entanto, que as tutelas jurídicas do ordenamento brasileiro permitem ao magistrado, em tese, afastar a aplicação desses novos dispositivos, se entendê-los inconstitucionais.

PARTE III

Arcabouço teórico aplicável ao tema

Para a compreensão do Estado e suas relações, é necessário estudar suas instituições e suas complexidades, revisitando as teorias de Estado que residem na intersecção do Direito e da Ciência Política. **É complexa a relação entre o mercado e o Estado.** É certo que não existe livre mercado sem a intervenção do Estado. Para que se compreenda essa afirmação, Karl Polanyi sugere a observação dos fatos ocorridos desde o século XVIII e da rápida transformação dos cenários econômicos e sociais a partir do século XIX¹²⁹. As desigualdades acentuadas em função da industrialização tornaram necessária a atuação do Estado em duas frentes: para a implantação de normas que instituíssem os pilares do liberalismo e, ainda, para diminuir a pobreza absoluta por meio de políticas distributivas.

O autor descreve uma relação de movimento (expansão do mercado) e de contramovimento (comportamento defensivo da sociedade e da regulação estatal). O choque entre os princípios organizadores do liberalismo econômico e a ausência de proteção social conduziram os conflitos institucionais a um ápice. O princípio organizador do sistema de mercado foi o liberalismo econômico. A partir do século XIX, o liberalismo passou a

¹²⁹ (POLANYI, 1989)

representar o trabalho precificado pelo mercado, o comércio livre de bens e serviços e um mecanismo de padronização da moeda. Essas transformações só foram possíveis pela forte intervenção do Estado, de forma contínua, controlada e centralizada. A regulação é manifestada no Direito constitucional econômico, ramo que busca a realização da justiça por meio da política econômica. É ele que instrumentaliza a política econômica do Estado¹³⁰.

No entanto, historicamente, a intervenção no domínio econômico é função precípua dos poderes Legislativo e Executivo, este como agente que desenha e executa as políticas, submetidas à normatização, mediante regular processo legislativo. O Estado, por meio desses dois poderes, é agente de implementação de políticas públicas, enriquecendo suas funções de integração, modernização e de legitimação. O Estado atua no domínio econômico por absorção, quando controla como monopolista os meios de produção ou intervém no domínio econômico por participação (agente econômico), controlando parte dos meios de produção de determinado setor da atividade econômica em regime de competição com agentes privados. O Estado atua sobre o domínio econômico (Estado regulador) por direção, estabelecendo o comportamento dos agentes, ou por indução, manipulando o funcionamento dos mercados em conformidade com o definido em lei. E, por fim, atua por eleição, ao eleger empresas para atuarem como *global player*, recebendo apoio institucional, político e legal¹³¹.

Essa complexa dinâmica exige a observação dos limites orçamentários. A forma de intervenção do Estado na ordem social contemporânea, especialmente no que se refere às políticas econômicas, pode trazer consequências econômicas benéficas ou malévolas, em consideração às constrições orçamentárias e às chamadas escolhas trágicas¹³².

A crise das instituições judiciárias e legislativas é um reflexo da dificuldade em se estabilizar os conflitos da estrutura social. Os sinais de crise

¹³⁰ (BAGNOLI, 2016)

¹³¹ (BAGNOLI, 2016)

¹³² Informativo STF 579 “Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro”.

do Estado aparecem quando se percebe a dificuldade na alocação de seus recursos. O desequilíbrio fiscal do Estado é entendido como o resultado da incompatibilidade natural entre as duas funções do Estado assistencial: o apoio às reivindicações das grandes organizações de massa, e o apoio à acumulação capitalista que permite a arrecadação estatal e o sustento da despesa pública.

Assim, a atuação do Judiciário na entrega das demandas sociais de ordem econômica, seja no controle difuso, seja no concentrado, sem observar os apertados limites de receita, pode contribuir para o desarranjo fiscal do Estado. É certo que o desequilíbrio pode acontecer, e não raro acontece, também em função dos benefícios e gastos concedidos após pressões exercidas por grupos econômicos sobre agentes políticos. No entanto, o alerta que ora se faz é em relação ao perigo da concessão em escala de benefícios financeiros sem uma prévia averiguação das possibilidades orçamentárias do Estado. Essa é uma atitude de responsabilidade fiscal à qual o Judiciário também deveria estar submetido.

Entre as teorias de Estado contemporâneas, o Pluralismo foca nas influências múltiplas na tomada de decisão, inclusive de grupos organizados de interesses diversos. Assim, o Estado pluralista opera sob a interação de múltiplas forças, ou seja, o governo e as políticas públicas são organizados sob um ambiente de diversidade e dispersão de poder (Dryzek e Dunleavy, 2009).

O pensamento pluralista sustenta a noção de que a diversidade é um bem social que previne a dominância de uma ideologia particular. Para a teoria, o Poder deve ser difuso, e não acumulado pelo Estado (Hay, 2006). No entanto, os neopluralistas aceitam a ideia da predominância de certos grupos nas arenas políticas, por exemplo, Dunleavy e O'Leary e Lindblom.

Porém, em um ambiente de crise as instituições não conseguem estabilizar os conflitos que são inerentes à estrutura social. A crise das instituições judiciais e legislativas seria, então, um reflexo da dificuldade em se estabilizar os conflitos da estrutura social. Esses conflitos aparecem no comportamento (ações) adotado por agentes e atores sociais. Sob a ótica do Estado do Bem-Estar Social, Gunnar Myrdal afirmou que os sinais de crise do Estado foram notados quando se percebeu a dificuldade na alocação de recursos pelo Estado. O desequilíbrio fiscal do Estado é entendido como o

resultado da incompatibilidade natural entre as duas funções do Estado assistencial: o apoio às reivindicações das grandes organizações de massa, e o apoio à acumulação capitalista que permite a arrecadação estatal e o sustento da despesa pública.

Segundo Bobbio, a explicação é apresentada por dois grupos de autores. Para Offe e Habermas, o Estado assistencial resulta na estatização da sociedade¹³³. Veja-se

Trabalho, rendimento, chances de vida não são mais determinados pelo mercado, mas por mecanismos políticos que objetivam a prevenção dos conflitos, a estabilidade do sistema, o fortalecimento da legitimidade do Estado. A vontade política não se forma já pelo livre jogo das agregações na sociedade civil, mas se solidifica através de mecanismos institucionais que operam como filtro na seleção das solicitações funcionais ao sistema¹³⁴.

Esse mecanismo estatal permite, pois, a propagação das ideologias eleitas pelos grupos de interesses infiltrados nas instituições. Continua o autor, afirmando que :

[...]partidos, sindicatos e Parlamento atuam como organismos dispensadores de serviços, trocando-os pelo apoio politicamente disponível. Os resultados deste processo são diversos, dependendo do fato de se prever ou não a total extinção da autonomia da sociedade em face de um despotismo administrativo que levaria à total dependência dos indivíduos e dos pequenos grupos dos mecanismos públicos.

A segunda explicação para a crise refere-se à tese do processo de "socialização do Estado", para a qual a disposição do Estado assistencial de intervir nas relações sociais provoca um enorme aumento nas solicitações dirigidas às instituições políticas, determinando a sua paralisação pela sobrecarga da procura; a competição entre as organizações políticas leva à impossibilidade de selecionar e aglutinar os interesses, causando a total permeabilidade das instituições às demandas mais fragmentadas e a burocratização da vida política¹³⁵.

Política é a área em que se desenrolam os conflitos antagonísticos, na relação amigo-inimigo. O cientista político Carl Schmitt entendia que

¹³³ (Offe, 1977, Habermas, 1975)

¹³⁴ (BOBBIO, 1980).

¹³⁵ (Crozier e Huntington, 1975)

soberano é quem decide acerca do Estado de exceção, aquele Estado de exceção no qual se faz necessário o desvio da regra e da normalidade, suspendendo-se o ordenamento jurídico, a fim de manter a unidade e a coesão política. Entendia, em oposição a Kelsen, que o guardião da Constituição deveria ser o Presidente da República, por ter sido eleito por todo o povo. O controle pela Suprema Corte é *a posteriori* e acessório. A sentença judicial é a subsunção do fato à norma, ou seja, o legislador e a lei estariam acima do magistrado. Para ele, o controle judicial de constitucionalidade só poderia existir em um Estado Judicialista, 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.

É nesse cenário que parece ocorrer o deslocamento das questões políticas para o Judiciário, prejudicando a eficiência do aparelho do Estado, seja pela limitação de recursos, seja pelas distorções na compreensão da cidadania. Pierre Rosanvallon assinala que a nova aproximação dos direitos sociais e das políticas públicas engloba riscos e injustiças; a judicialização do social poderia ser imaginada, como exceção, apenas se houver a possibilidade de recursos que reduzam a probabilidade de arbitrariedade.

Destarte, é preciso compreender as funções do órgão de controle, a expressividade da representação popular em sua composição, a transparência e limites administrativos e processuais, as considerações do grupo de estudos formado à época para discussão e acordos, além de outros pontos relacionados à justiça e cidadania. Ainda quanto ao aspecto jurídico-normativo, é importante analisar o alcance da Lei de Responsabilidade Fiscal no problema ora em estudo e verificar os normativos que estabelecem controles ao Judiciário em outras jurisdições.

CONCLUSÃO

A sociedade é o resultado da ação do comportamento dos indivíduos, a ação social é o fator determinante do sentido da vida social e política. O eixo central é o comportamento dos indivíduos. As instituições são definidas pelo poder de determinado grupo e por isso há conflito entre instituições e conflito intrainstitucional. O poder social denota a supremacia de um grupo hegemônico. A estrutura demonstra um pano de fundo que permite que as instituições possam existir. As instituições precisam se adequar à estrutura, ainda que se oponha a alguns aspectos formais dessa estrutura.

A ordem econômica, por exemplo, é uma estrutura com instituições que servem para manter essa mesma estrutura, concebendo ordem, segurança e estabilidade. Por essa razão, as instituições precisam se remodelar e se reorganizar para manter a sobrevivência da própria estrutura. A teoria do direito e a teoria política precisam dar conta dos conflitos que ocorrem dentro das estruturas. A Estrutura é a Economia, a Política, o Direito.

Percebe-se, assim, que um país com instituições com funções bem definidas e equilibradas estaria menos suscetível a intromissões de tribunais em questões com graves repercussões econômicas. Um sistema político coeso poderia conter incursões judiciais e até mesmo aprovar normativos que contenham a atuação judicial desmedida. Nesse cenário, seria possível reduzir a possibilidade de opositores políticos buscarem no Judiciário decisões contra ou a favor de políticas econômicas, com fins meramente eleitorais.

Se a razão pública de Rawls e o fórum de princípios de Dworkin permitem uma análise substantiva da controvérsia judicial e abrem uma porta para a judicialização do que é político, em Schmitt percebe-se que a sentença judicial é a subsunção do fato à norma, ou seja, o legislador e a lei estariam acima do magistrado. Carl Schmitt entende que o controle judicial de constitucionalidade só poderia existir em um Estado Judicialista, 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.

Se a Constituição é o estatuto jurídico fundamental de uma comunidade, ela é política e é ainda a norma sobre a produção de normas e limites de direitos. Portanto, ainda que na prática seja difícil delimitar a fronteira

sobre o que é jurídico e o que é político, é certo que as decisões judiciais que queiram adentrar o campo orçamentário e econômico, deveriam obedecer às mesmas regras que limitam os gastos públicos, regras a que estão sujeitos os agentes políticos.

Nesse sentido é que a suspensão liminar dos efeitos dos artigos 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86, de 2015, da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, leva à reflexão dos limites necessários ao poder de se exarar decisões judiciais que podem gerar forte impacto fiscal e orçamentário. Decisões judiciais com reflexo econômico não poderiam ser concedidas sem que houvesse um prévio estudo técnico em contraposição ao conjunto de estudos especializados realizados no âmbito político e que serviram de sustentação técnica para a modificação constitucional. Não se trata, nesse caso, claramente do Judiciário buscar resguardar o princípio da proibição de retrocesso social (ou da irreversibilidade dos direitos fundamentais), mas de considerar a adequação da norma à nova realidade econômica.

Os princípios da proibição de retrocesso social e de irreversibilidade dos direitos fundamentais devem ser aplicados e observados proporcionalmente pela aplicação da norma à nova realidade econômica. Nesse ponto reside a importância da responsabilização sinalizada pela Lei 13.655, de 2018, ao determinar a indicação de modo expresso das consequências da decisão jurídica e das condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime.

Os arts. 20 e 21 da Lei 13.655, de 2018, demonstram a importância medular de se limitar e responsabilizar os agentes políticos no âmbito de suas decisões, especialmente quando essas decisões possam impactar o equilíbrio fiscal. Destarte, é preciso mitigar efeitos lesivos ao Estado, à democracia e ao pacto federativo, para que se alcance o equilíbrio fiscal e econômico. É fundamental que se trace um diagnóstico das consequências da atuação permeável do Judiciário brasileiro, em comparação com os mecanismos adotados em outros ordenamentos jurídicos.

INTERVENÇÕES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E SEUS EFEITOS PARA O EQUILÍBRIO POLÍTICO: AS INCERTEZAS NA APLICAÇÃO DA LEI DA FICHA LIMPA

Daniel Augusto Diniz Vila-Nova¹³⁶
Henrique Smidt Simon¹³⁷

Introdução

Desde junho de 2013, com a crise do governo a partir das manifestações contra a Copa das Confederações, o Brasil está submerso em uma luta diária para manter o equilíbrio político institucional em sua democracia ainda fragilizada. Desde então, o país passou a conviver com grandes protestos e paralisações ainda mais frequentes: manifestações contra a Copa do Mundo de 2014, mobilizações nas ruas pela queda (ou pela permanência) de sua então Presidente Dilma Rousseff (o que aconteceu em 2016), manifestações referentes à prisão ou soltura do ex-presidente Lula (desde abril de 2018) ou ainda relativas às tentativas de barrar as políticas econômicas do substituto de Dilma Rousseff, Michel Temer; protestos relacionados à intervenção do governo federal no estado do Rio de Janeiro, e, mais recentemente, uma grande crise de escassez e protestos contra o governo no contexto da paralisação dos caminhoneiros, com pleito pela redução dos preços dos combustíveis no país.

Não só a relação do estado com a sociedade civil é muito difícil, como também a relação entre os poderes não anda muito boa. Apenas como exemplo, o Supremo Tribunal Federal decidiu, recentemente, por restringir a prerrogativa de foro de agentes políticos (AP 937). Nesse julgamento, a Corte

¹³⁶ Mestre em Direito, Estado e Constituição pela FD/UnB; doutorando em Ciência Política pelo ICHF/UFF; professor da graduação em Direito da EDB/IDP; professor voluntário na FD/UnB; advogado.

¹³⁷ Doutor em Direito, Estado e Constituição pela FD/UnB; professor do mestrado em Ciência Política do PPGDHCV/UniEURO; professor das graduações em direito da EDB/IDP e do UniCEUB; advogado.

estabeleceu que tais restrições seriam aplicáveis apenas aos membros dos poderes legislativos, excluindo os do judiciário e do executivo. As razões para esta diferenciação, contudo, seguem polêmicas e controversas, mas, sem sombra de dúvidas, elas têm a ver com duas hipóteses ou pré-conceitos: i) de que a imoralidade da política brasileira permanece em grande parte na legislatura; e ii) consequentemente, o poder judiciário surge como garante institucional “natural” para a contenção desse vício.

Como o Brasil era, até pouco tempo, considerado uma democracia estável na América Latina, tais circunstâncias podem causar estranheza aos analistas externos, mas não devem assustar os brasileiros ou os demais analistas latino-americanos mais atentos. Esses eventos são menos causas da instabilidade política no maior país da América Latina que seus resultados. Este trabalho sustenta que a estrutura política brasileira apresenta um desenho institucional de boa qualidade em sua constituição, mas, às vésperas dos primeiros 30 (trinta) anos de vigência desse regime constitucional, a tendência de fortalecimento do discurso de moralização da política, sob o protagonismo da corte constitucional, tem gerado maiores complexidades, paradoxos, polarizações e desequilíbrios na política.

O presente estudo procura explorar as dificuldades do equilíbrio político na práxis da política institucional brasileira, expondo sua estrutura constitucional básica, algumas dificuldades de suas interrelações de forças e as fragilidades de atuação a que os governantes estão sujeitos. Para além destes problemas, existem também as intervenções do tribunal constitucional na prática e na legislação eleitoral, sob o argumento de corrigir as mazelas das práticas políticas dos partidos e dos maus representantes do povo, com consequências frequentemente muito impactantes para o desdobramento das disputas políticas e eleitorais.

Assim, a discussão começa com uma visão geral de dificuldades como a manutenção da democracia pluralista e de como o sistema brasileiro é organizado para atingir tal modelo de política institucional. Em seguida, são apresentadas situações de interferência do poder judiciário na disputa política no Brasil, para demonstrar o seu impacto seletivo no sistema político, em que pesam os argumentos de correção das pretensas “máximas práticas morais” dos políticos. A hipótese é que a intervenção judicial para “moralizar” a ação política

estimula a reação da classe política para manter sua posição de influência e poder de decisão, com sérios resultados para o sistema político como um todo e também para a própria prática decisória do Tribunal, porque perde em sistematicidade e racionalidade.

1. Democracia liberal e equilíbrio das relações entre os poderes

A caracterização da democracia, de maneira simples e geral, como foi elaborada por Robert Dahl (2001), corresponde a uma apologia à ideia de igualdade. A democracia como regime político, seria baseada, por conseguinte, em ideais igualitários, não no sentido moral ou empírico, mas político: a igualdade de participação nos processos de tomada de decisão que os interesses de que participe (ou deva participar) o cidadão.

De acordo com essa concepção, a igualdade política é fundamental para o equilíbrio do poder social, pois impediria que indivíduos ou grupos reivindicassem qualquer tipo de superioridade, excluindo ou eliminando do processo político aqueles que não apresentam a mesma condição¹³⁸. Como regime de igualdade política, Dahl argumenta que a democracia deve apresentar as seguintes características: participação efetiva; igualdade de voto; compreensão esclarecida sobre o padrão de decisões; controle do programa de planejamento político (o que implica a possibilidade de mudar o que foi previamente decidido); inclusão dos adultos. Esses critérios permitem a manutenção das condições de igualdade no nível de decisão e participação política.

Um regime democrático, por sua vez, permite, de acordo com Dahl, evitar a tirania, realizar direitos essenciais (liberdades civis e participação política fundamental); liberdade geral (de escolha individual e expressão – as ditas liberdades negativas da tradição do constitucionalismo); autodeterminação livre; autonomia moral; desenvolvimento humano; proteção de interesses pessoais essenciais; igualdade política; a busca da paz e da prosperidade.

Ao utilizar o modelo geral proposto por Dahl como referência, os

¹³⁸ Por caminhos argumentativos bastante diversos, também chegam a diagnósticos bem similares, autores como JÜRGEN HABERMAS (1996) e JOHN RAWLS (2000).

critérios enumerados evitariam, em tese, que alguém ou grupo em melhor posição assumisse para si as vantagens de controlar o governo, determinando e condicionando a vida de outros (como buscar desenvolvimento, em que acreditar, como agir, o que é bom, o que é legal ou ilícito, e assim por diante). No entanto, é necessário diferenciar o modelo de referência geral dos governos democráticos existentes.

As organizações políticas podem estabelecer diferentes estruturas e instituições para se aproximarem do modelo proposto. Assim, como o grau de alcance das vantagens e o respeito pelas características fundamentais da democracia podem variar, é necessário verificar a qualidade da democracia. Leonardo Morlino (2016), por exemplo, propõe os seguintes indicadores de qualidade da democracia: *rule of law*; prestação de contas (*accountability*); participação política dos cidadãos dentro e fora das instituições; concorrência entre as partes e entre grupos de interesse; respeito pelos direitos que preservam as liberdades; expansão da igualdade política, social e econômica; capacidade das instituições de fornecer respostas que atendam satisfatórias aos cidadãos e à sociedade civil. Ou seja, quanto mais esses critérios forem implementados, melhor será o nível de realização da democracia de um país.

É importante notar que nem Dahl, nem Morlino se referem a qualquer critério moral: sinceridade de intenções, bondade, religiosidade, probidade, honestidade ou qualquer outro critério de pureza humana. Estas são características individuais ou de grupos, desejáveis (embora relativas), mas nem sempre presentes em momentos de sociabilidade ou decisões coletivas. E, apesar de presentes, não evitam discordâncias sobre os objetos de decisão. Pode-se dizer que os índices de qualidade da democracia e os aspectos listados para esse regime político, ao garantirem maior igualdade entre os participantes da comunidade política, permitem maior equilíbrio das forças estabelecidas e, consequentemente, maior capacidade de controle dos abusos e desvios dos sujeitos e grupos envolvidos.

Para tanto, é necessário estabelecer instituições político-constitucionais que permitam a manutenção desse equilíbrio e que estejam de acordo com as características políticas e sociais da população envolvida, viabilizando a participação e representatividade dos interesses e divergências

típicos do meio social. A “engenharia constitucional”, portanto, deve promover o equilíbrio de forças e maior grau de representatividade dos grupos que compõem a sociedade civil (SARTORI, 1996).

Por outro lado, a simples transposição de um modelo que funciona em determinada comunidade política para outra com características e comportamentos diferentes, a correção não sistemática do modelo implantado, o uso de sistemas idealizados, sem as devidas adaptações, geram desequilíbrios nas regras de contenção ou desconsideram as características políticas que determinam o processo de competição política, permitindo que grupos e partidos desenvolvam vantagens reais sobre outros e acabem controlando, operacionalmente, a capacidade de tomar decisões e ocupar as instituições, situação em que o modelo ideal que a democracia busca é o próprio instrumento de sua destruição ou, pelo menos, de sua perda de qualidade.

Tudo isso indica que o modelo, por si só, não é capaz de garantir o bom funcionamento do sistema, de aproximar os critérios indicados por Dahl de sua proposta idealizada de democracia ou de efetivar as condições que Morlino transformou em indicadores de qualidade da democracia. É nesse ponto que o comportamento (dito “ético”) dos agentes políticos se torna interessante. Como o que é chamado de estado é o centro do poder cujas instituições agem para tomar decisões que ligam todos, ocupar essas instituições é o objetivo dos grupos que querem imprimir suas visões de mundo como forma de organizar a sociedade. Esses grupos, com visões de mundo e propostas políticas para o bom governo de todos (ou o governo de seus próprios interesses), concorrem para as posições e vagas nas instituições que comandam as decisões do Estado, são parte da sociedade civil.

Isso significa que a sociedade civil não é assumida como um todo coerente, mas como inter-relação das diferentes posições e interesses que se formam nas relações sociais e que desejam influenciar as decisões dirigidas a todos. Exatamente em razão desse pano de fundo de contradições morais e valorativas é que a dimensão ética (entendida como compartilhamento de valores concretos) não corresponde ao epicentro da estruturação política de determinado ambiente democrático. Tal premissa não ignora que essa capacidade de influenciar as decisões pode ocorrer direta ou

indiretamente. Diretamente, a política contemporânea apresenta os partidos políticos como a principal forma de organização institucional, que concorrem pelas posições eletivas que irão representar, nas posições políticas, interesses e visões dos grupos sociais que querem ver concretizados na vida em sociedade. As três principais formas de organização dessa disputa institucional são o processo eleitoral, a relação entre o poder legislativo e o executivo (sistema de governo) e o processo legislativo.

Diante da competição por posições políticas, as divergências e a impossibilidade de contar com a ética dos agentes que buscam o poder, os legisladores responsáveis pela estruturação do sistema de governo, quando partem de condições razoavelmente equilibradas de disputas políticas, buscam sistemas normativos que gerem condições de igualdade na disputa política e na capacidade de participação e influência nos processos decisórios. Isto é, criam leis que procuram abordar as condições que Dahl desenha como aquelas da democracia ideal. Quando as forças políticas já estão partindo de uma condição de desequilíbrio ou não estão devidamente expostas à crítica pública, elas legislam cada vez mais para beneficiar as forças já estabelecidas (em outras palavras, de acordo com o “*establishment*” ou o “*status quo*”).

Esse jogo de forças, de busca ou pressuposição de igualdade ideológica de condições políticas, de desigualdades de fato, de divergências, de diversos interesses (lícitos ou ilícitos – quando a própria ideia de legalidade depende dos entendimentos das forças políticas que estão no poder) torna o processo muito mais complexo do que meras descrições das condições ideais para o processo político democrático. As decisões finais, as tomadas em nome das instituições políticas (que, na linguagem cotidiana, são tratadas como pessoas idealizadas, dotadas de vontades próprias, racionais e coerentes), são provenientes dos acordos de diversos tipos e procuram satisfazer todos os lados que podem definir o resultado da decisão, ou que refletem as imposições dos lados mais fortes, ou de concessões para grupos necessários para a decisão (ainda que de modo inconsistente com a política geral), ou mesmo, de agentes políticos dotados de poder para influenciar decisões, mas que não estão expostos ao controle público, como lobistas e grupos de interesses os mais diversos.

A situação descrita mostra a dificuldade de uma democracia real

em alcançar as idealizações que já entraram no senso comum como objetivos da democracia idealizada, como: “a vontade do povo”; “bem comum”; “vontade geral”, entre outros lugares-comuns típicos nos discursos políticos que são reproduzidos acriticamente para o público em geral. Essa quebra de expectativas, a disparidade entre a escolha democrática real e democracia como vontade geral voltada para o bem comum, cria a impressão de que o processo de representação institucional é viciado e que serve apenas para os interesses de grupos particulares que se enfrentam para extrair do estado (maior símbolo do que é público e pertencente a todos) benefícios particulares para oportunistas ou possuidores de poder, contra o “interesse do povo”.

Assim, a chamada democracia parlamentar, com representação de interesses e grupos diversos e incoerentes, que concorrem entre si, facilmente é entendida como a dissolução da sociedade civil, a violação da unidade do povo (determinada pela troca de interesses e visões de mundo comuns), a dispersão da sociedade civil e a busca e disputa pela realização de interesses particulares, em detrimento da verdadeira “vontade do todo”. Não foi outra a visão de Carl Schmitt (2007) sobre o modelo parlamentar alemão previsto na Constituição de Weimar. Para Schmitt, a democracia parlamentar seria a dissolução da sociedade civil, na medida em que suas decisões são o resultado de negociações, de caráter faccioso, para a formação de interesses particulares, acordos de pretensões divergentes entre grupos, não a decisão sobre a vontade do povo, visto como unidade ética e de interesses.

Segundo Schmitt, como representante de grupos e ideologias díspares que disputam entre si, o parlamento não poderia ser o representante da unidade do povo, mas um agente de sua possível dissolução. O presidente, possuidor de um poder neutro (que só é exercido em tempos de crise, em que ele pode decretar o estado de exceção para a manutenção da ordem do Estado e a proteção e interesse do povo como unidade), eleito representante da maioria da população (não de grupos diversos que vão buscar acordos para realizar, ainda que parcialmente, seus próprios interesses), é que representa o povo.

Como pode declarar o estado de emergência (o que significa a suspensão de toda ordem constitucional para o presidente a tomar todas as

medidas necessárias para recuperar a ordem estatal, sem responder juridicamente), o presidente exerce a soberania. Como soberano, ele age em nome do todo. Portanto, na visão política de Carl Schmitt, a figura que Dahl desenha para a democracia nada mais é do que o modelo político-liberal do século XIX, em que a sociedade civil se dissolve e o Estado se separa do povo. Para Schmitt, deve haver integração entre Estado e sociedade civil e, portanto, a democracia seria a identificação entre o governante e governados.

Seguindo esse raciocínio, Schmitt entende a política como a disputa entre amigo e inimigo, devendo o inimigo ser politicamente eliminado do corpo social, permanecendo a unidade do povo. Pois bem, a unidade do povo só pode ser uma unidade de valores, crenças e visões do mundo, de pertencer ao todo, que é mais do que a soma das partes. É uma unidade ética (de *ethos*). A integração do Estado na vida social e a unidade do povo devem tornar desnecessárias as instituições políticas, que afastam o Estado da sociedade civil, voltando-se para um conceito de democracia mais próximo da democracia direta, mas agora baseado não na decisão de todos, mas na identidade do todo, entre si e com seu líder.

Os poderes constitucionais atribuídos ao presidente o tornariam, segundo Schmitt, o guardião da Constituição, porque eleito para representar o conjunto do povo; responsável pela dissolução do parlamento e pela convocação do plebiscito; responsável pela declaração do estado de exceção. Schmitt entende por constituição, obviamente, não o documento legal escrito (que ele chama de normas constitucionais), mas a estrutura política de organização do estado fruto da afirmação da vontade fundamental do povo. É essa vontade, é essa unidade ética, que o presidente do *Reich* defenderia.

Não é necessário grande esforço para notar que as características que Schmitt dá à política e à democracia são muito próximas daquelas pertencentes a estados autocráticos, com o culto ou a dependência de um grande líder, instituições que servem como meios necessários para a administração da vida social (enquanto estiverem realizando a vontade do povo de acordo com a concepção do líder) e com a possibilidade de suspensão da ordem jurídica quando o presidente julgar necessário para combater uma desordem grave.

Apesar de não serem exatamente as características habituais do

fascismo (SACCOMANI, 1998), pois, para Schmitt, o presidente seria político-partidariamente neutro, representando a totalidade do povo alemão, sem se preocupar com a organização das corporações para o desenvolvimento conjunto do povo, o modelo proposto é típico dos autoritarismos do século XX. Para ele, o presidente é o líder de todo o povo e pode fazer apelos constantes às massas, para consultá-las e para protegê-las, acima e independentemente dos órgãos institucionais comuns. Para Schmitt, o Estado deve ser o motor da integração do povo, não sendo separado ou retirado dele, como instituição distante que decide pelo povo. E assim, ao entrar em todas as esferas da vida social para realizar essa unidade, o estado social é o próprio estado total.

Entendendo que essa proposta nada mais é do que uma visão de exclusão autoritária e unilateral que impede qualquer controle sobre o abuso de poder e a proteção de grupos minoritários ou mais fracos que não estão “integrados” ao “todo do povo”, Hans Kelsen (2003) negará qualquer caráter democrático à proposta de Schmitt, dizendo que seu modelo só pode levar ao autoritarismo. Para Kelsen, a constituição só pode ser um conjunto de normas legais superiores às demais e sua custódia deve pertencer a um órgão jurisdicional próprio, orientado apenas para sua preservação.

Além disso, para Kelsen a identidade e a unidade do povo são ilusões. Pluralidade e divergências estão sempre presentes. Então, não há alternativa a modelos políticos que preservam divergências e minorias, sob pena de não se poder dizer que o governo respeita a todos, já que ele só respeitaria aqueles classificados como iguais ou pertencentes ao povo, o que não passa de um modo de autocracia, porque os governos sempre terão que eliminar qualquer divergência ou impedi-la de surgir.

A democracia define-se, para Kelsen, como pluralismo e preservação de minorias. A melhor maneira de garantir isso seria uma ordem política (definida por um texto constitucional) que permitiria a representação de minorias, alternância de poder (com a possibilidade real de que as minorias tenham a oportunidade de se tornarem maiorias); a pluralidade das visões de mundo e a proteção contra maiorias ocasionais para que não usem o sistema legal como forma de excluir ou eliminar as minorias (o exato oposto da ideia de política para Schmitt, que entende que o conflito entre amigo e inimigo deve

conduzir à eliminação política do inimigo).

O raciocínio de Kelsen leva-o a conceber o papel da jurisdição constitucional como portadora do dever de preservar as minorias, porque, como legislador negativo, o tribunal constitucional preserva o desenho institucional do equilíbrio político determinado pela constituição, impedindo que maiorias formadas violem a ordem institucional estabelecida através do abuso do poder de decidir e legislar. Assim, o Tribunal Constitucional deve ser um organismo político contramajoritário, não o guardião dos valores considerados “hegemônicos” do povo, como se esperaria em relação aos seus representantes e ao seu líder.

Voltando aos critérios de Dahl para a democracia e aos indicadores de Morlino para sua qualidade, a proposta de Kelsen no que concerne à jurisdição constitucional é compatível com a perspectiva do que os dois autores buscam compreender e realizar. A jurisdição constitucional é fundamental para que, no processo político, alguns não sejam marginalizados da capacidade de participação e influência real nos processos decisórios. É também elementar levar a cabo o primeiro critério de qualidade da democracia: o estado de direito.

É claro que o papel da jurisdição constitucional é um papel político, de preservação das condições de equilíbrio, competição e participação nos processos de decisão, diretos e indiretos. A constituição não pode ser vista como carta de valores que identifica o povo, e o sistema político não pode ser entendido como modelo de seleção dos mais virtuosos (moral ou intelectualmente). A constituição é, acima de tudo, a eleição pela sociedade de um sistema político e eleitoral adequado às suas peculiaridades, para garantir igualdade de condições de participação e influência política, com controle e real oportunidade de alterar as decisões tomadas que vinculam a todos e com os direitos fundamentais necessários para que isso seja feito. Em suma: a constituição é um sistema normativo para manter equilíbrio de interesses e de forças políticas e sociais.

Desse modo, quando a jurisdição constitucional se afasta do dever de assegurar a manutenção desse equilíbrio e passa a determinar certa concepção de justo e bom, perde a sua legitimidade e dá margem à suspensão do direito diante da moral, com a violação do ordenamento jurídico em nome de

um pretenso bem maior. Tal posição do poder judiciário tende mais a desorganizar o jogo político do que a corrigi-lo, além de não garantir a moralidade que alega buscar. É por isso que Michel Rosenfeld (2001) diferencia o *rule of law*, típico da Inglaterra e dos Estados Unidos, do *Rechtsstaat* alemão e do *état droit* francês. Para o autor americano, os dois últimos são mais voltados para a realização de valores do povo, o que não é tarefa do judiciário, enquanto o primeiro coloca a ordem jurídica acima de todos os poderes, de modo que nenhum pode estar fora dela. Com todos os poderes limitados pela ordem jurídica constitucional do estado, o controle e o equilíbrio das disputas políticas se tornam menos difíceis.

No caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 adotou a forma republicana de governo, com o sistema presidencialista, sendo o presidente da república eleito pelo voto direto de todo o eleitorado nacional. Nos estados da federação e no Distrito Federal, os governadores também são eleitos por voto direto e o eleitorado é composto por cidadãos residentes registrados como eleitores no estado. Tanto no âmbito nacional como nos estados, a vitória eleitoral é dada pelo critério da maioria absoluta de votos, com a regra de duas votações se no primeiro turno nenhum candidato obtiver a maioria absoluta dos votos. As eleições municipais para o chefe de governo seguem a mesma lógica das demais, com a diferença de que nos municípios de até 200.000 eleitores o candidato pode ser eleito com maioria simples, em votação única.

Os órgãos legislativos, por sua vez, são compostos através de eleição proporcional, mas com algum caráter de representação pessoal. Assim, as eleições legislativas são determinadas pela distribuição de cadeiras para partidos que atingem o número mínimo de votos necessários, com a definição dos representantes eleitos determinada pelos candidatos mais votados do partido (a lista é aberta), mas só podem ocupar diretamente as vagas destinadas ao partido os candidatos que obtiverem número de votos de pelo menos 10% do valor do quociente eleitoral. Essas regras são válidas para todos os legisladores da representação popular. No caso da União, como há o Senado, este é composto por candidatos eleitos por maioria simples, representando os estados. Cada estado tem 3 representantes e, em cada eleição nacional, o Senado é renovado na proporção alternada de 1/3 e 2/3. As bases territoriais que formam o eleitorado são sempre os estados, nas eleições

nacionais e estaduais, e o município para as eleições municipais. A exceção é a eleição para presidente da república, cuja base territorial do eleitorado é o país inteiro. No Brasil, a candidatura avulsa não é permitida, cada candidato deve ser afiliado a um partido¹³⁹.

Dessa forma, o sistema político brasileiro pretende dar o caráter de representatividade nacional e liderança do país a um presidente forte (que tem até o poder de decretar, na hipótese constitucional, a intervenção federal, o estado de defesa e a estado de sítio, bem como tomar decisões com força de lei – caso das medidas provisórias), numa visão que lembra a ideia de Carl Schmitt. A representação proporcional, com certa pessoalidade ao legislativo, tenta aproximar o critério de maior participação de visões de mundo e controle e participação no poder, permitindo a efetiva influência de minorias devidamente representadas (demandas da ideia de democracia em Dahl e Kelsen).

Em adição, não há hipótese de suspensão da ordem jurídica, que ainda fica em vigor mesmo em casos excepcionais (a serem declarados pelo presidente), com sistema de revisão judicial de atos legislativos e administrativos (pelo menos na forma constitucional, um *rule of law* como afirma Rosenfeld). E o texto da constituição traz o desenho que deve institucionalizar os indicadores de qualidade da democracia propostos por Morlino.

Finalmente, a estrutura constitucional brasileira tem um tribunal que resolve os problemas constitucionais em último grau recursal, uniformizando a aplicação das normas constitucionais pelos demais órgãos jurisdicionais e que também atua como tribunal competente para julgar ações de controle abstrato de constitucionalidade, seguindo o modelo europeu, com forte característica contramajoritária, de acordo com o desenvolvido por Kelsen. Em resumo, na engenharia constitucional brasileira (Sartori), todos os elementos para uma democracia liberal de qualidade estão presentes.

No entanto, não é necessário desenvolver e justificar que o Brasil não é conhecido pela qualidade de sua democracia, pelo adequado equilíbrio

¹³⁹ Em mais um momento de judicialização da política, o STF vai discutir, no Recurso Extraordinário com agravo n. 1054490, se a candidatura avulsa é possível no ordenamento eleitoral brasileiro.

eleitoral, pela confiança em suas instituições políticas ou pela probidade de seus agentes públicos e políticos. É evidente que o sistema constitucional tem baixa eficiência, não regulando adequadamente a prática política do país.

Surge, aqui, o problema do papel que o Supremo Tribunal Federal vem exercendo. Como órgão de controle da constitucionalidade, que deve assegurar a manutenção das condições constitucionais que dão o desenho institucional do sistema político brasileiro, enquadrando práticas que violem as condições de equilíbrio de poder nas disposições normativas abstratas para manter o modelo institucional, o que o tribunal constitucional brasileiro vem fazendo é buscar corrigir, por suas decisões, o sistema. Sob o argumento de que os princípios constitucionais são valores morais que devem corrigir a política nacional e de que um tribunal constitucional tem papel “iluminista civilizador”, o que o Tribunal Constitucional tem feito é afastar a aplicação de disposições constitucionais manifestas para impor seus padrões de moralidade (ético-valorativas) às ações políticas e mudar pontualmente (porque em cada caso) regras que determinam condições de concorrência política e suas práticas estabelecidas.

As consequências são preocupantes. Além da falta de legitimidade para interferir diretamente na competição política e seus resultados, o Supremo Tribunal Federal gerou instabilidade e incerteza jurídica sobre o sistema político, que está começando a levar a reações do poder legislativo. Dois exemplos mostram claramente isso. Quando o tribunal confirmou a constitucionalidade da proibição de coligações livres e diferentes entre os partidos em nível federal, estadual e municipal (em cada esfera os partidos poderiam fazer as alianças que melhor lhes conviesse), o Congresso Nacional reagiu e criou uma emenda à constituição para que a prática retornasse, agora de forma formalmente constitucional. O tribunal também, por muitos anos, impediu o legislativo de alterar, por lei, os critérios de distribuição do tempo de rádio e televisão para os partidos e a distribuição do fundo de campanha. Recentemente, para contestar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o legislativo aprovou outra emenda constitucional que colocou por escrito o que o tribunal constitucional não permitiu que fosse feito por lei.

Com a crescente disputa entre legislativo e judiciário no Brasil, o

sistema político tornou-se precário, com incertezas sobre as eleições e os seus resultados, recurso a discursos vagos de moralização cada vez mais constantes, desconfiança crescente de todas as instituições políticas e até da democracia e da justiça, com o STF atribuindo-se a legitimidade de assegurar a ética da política, ainda que isso implique impedir candidaturas e a alteração dos equilíbrios político-partidários formados. Assim, um país que tem uma ordem constitucional exemplar, mas com uma política e prática institucional arbitrárias e precárias, observa suas condições políticas ficarem ainda mais degradadas.

Exemplo fundamental dessas consequências é a forma como o Supremo Tribunal Federal tratou de casos decorrentes da aplicação da chamada “Lei da Ficha Limpa”, que estabelecia condições de inelegibilidade além daquelas previstas na Constituição, mas com forte conteúdo moralizante e desconfiança na política.

2. Casos emblemáticos de interferência da Suprema Corte brasileira no processo eleitoral: as inelegibilidades eleitorais (“Lei da Ficha Limpa”).

A partir da exposição das dificuldades na manutenção da democracia plural com ênfase na forma como o sistema brasileiro é organizado, são apresentados casos emblemáticos de interferência do poder judiciário na disputa política no Brasil.

O tema selecionado se relaciona com as inelegibilidades eleitorais. Esse assunto é representativo porque se refere a legislação que foi editada cerca de um ano e um meio após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e cuja aplicação segue controvertida perante o Supremo, mesmo após três décadas do atual texto constitucional (em 5 de outubro de 1988).

Para que se tenha a dimensão da relevância e da atualidade dessa discussão constitucional em matéria eleitoral, denota-se que foi exatamente essa legislação que foi invocada pelo Tribunal Superior Eleitoral para ser aplicada ao ex-presidente e então candidato Luiz Inácio Lula da Silva. Com base nessa legislação, Lula, ainda que tenha constado como o nome mais citado nas pesquisas espontâneas para as eleições gerais de outubro de

2018, não pôde sequer figurar como candidato para a recente eleição presidencial no Brasil. Embora a retirada voluntária da candidatura de Lula tenha acabado por prejudicar a obtenção de pronunciamento específico pelo STF, os impasses jurisprudenciais persistem, como se indicará adiante.

No geral, a questão foi regulamentada pela Lei Complementar (LC) 64 de 18 de maio de 1990. Esse ato normativo definiu os critérios básicos para a candidatura eleitoral inviável do ponto de vista jurídico. Após duas décadas de discussões parlamentares sobre o desenvolvimento desta forma de controle das eleições, o parlamento brasileiro promoveu mudanças substanciais com a aprovação da Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a “*Lei da Ficha Limpa*”.

Inicialmente, um aspecto que merece destaque é a origem dessa revisão legislativa. A inovação surgiu de projeto de lei de iniciativa popular (Projeto de Lei Popular 518/2009) cuja mobilização social teve grande envolvimento da comunidade jurídica e católica brasileira. No ano de 1996, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) organizou a Campanha da Fraternidade e ganhou força o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE). Para as comunidades das paróquias e dioceses do Brasil, além da divulgação da iniciativa pela *internet* e redes sociais (*Twitter*, *Facebook*, *Orkut* e *Avaaz.org*), foi alcançada a marca de 1.600.000 assinaturas (abarcando as 27 unidades subnacionais brasileiras – Estados e Distrito Federal – e ultrapassaram o quantitativo de 1% do eleitorado nacional – na época estimado em 1,3 milhão de eleitores).

Essa legislação teve como objetivo concretizar a exigência introduzida pela Emenda Constitucional de Revisão 4, de 7 de junho de 1994, tendo em conta a “vida pregressa do candidato”, com amparo no § 9º do artigo 14 da Constituição Brasileira, que determinou que:

(...) Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

A narrativa implementada por essa nova legislação era a de que as candidaturas passariam a mostrar condições mais “idôneas”. Para

tanto, a Lei de 2010 criou novas causas de inelegibilidade (além das hipóteses fornecidas diretamente pelo texto da constituição brasileira) por meio de critérios pretensamente mais “objetivos”.

Desse modo, seriam considerados inelegíveis por 8 (oito) anos candidatos que tivessem sido destituídos de seus cargos pelos respectivos órgãos parlamentares, bem como aqueles que renunciassem ao mandato para evitar a cassação parlamentar. Ademais, a inelegibilidade ocorre para os condenados judicialmente pelos tribunais (órgãos colegiados, ou seja, constituídos por mais de um juiz), independentemente da possibilidade de outros recursos. Em suma, a narrativa que justificou a adoção dessa nova legislação enfatizou que, com base nessas restrições mais severas, os candidatos seriam “ficha limpa” – ou seja, as candidaturas passariam a ser submetidas a votação popular sem qualquer mancha ou vícios, espécie de moralização da política.

No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), desde o surgimento da “Lei da Ficha Limpa” há quatro (4) momentos que merecem destaque nos pouco mais de oito anos de sua vigência.

O primeiro momento se refere ao Recurso Extraordinário (RE) 630.147/DF (“Caso Roriz”), com julgamento iniciado pouco antes das eleições gerais em 2010. Nesse precedente, a Suprema Corte brasileira se deparou com uma situação peculiar logo em seguida à edição da LC 135/2010. Joaquim Domingos Roriz, Senador da República eleito para o período de 2007 a 2015, renunciou em 4 de julho de 2007, após impugnação pelo Partido para o Socialismo e Liberdade (PSOL) perante a Mesa do Senado. Três anos após a renúncia, o próprio renunciante buscou se habilitar para as eleições de 2010 para o cargo de governador do Distrito Federal.

Esta situação concreta foi submetida ao Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal (TRE / DF) que decidiu pela inviabilidade do registro da candidatura do senador recorrente, com base na letra “k” do inciso I do artigo 1º da LC 64/1990 (com base no texto introduzido pela LC 135/2010), que estabelecia que seriam inelegíveis:

(...) o Presidente da República, o Governador do Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos

desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processos por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que ocorrerem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito (oito) anos seguintes ao término da legislatura.

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) assentou, por maioria de 6 (seis) votos a 1 (um), que a lei complementar em questão, ao estabelecer outras hipóteses de inelegibilidade para além das já previstas pelo texto constitucional, buscou proteger valores próprios do regime republicano adotado pela Constituição brasileira. O entendimento majoritário do TSE foi no sentido de que, precisamente por esse propósito, a LC 135/2010 se aplica imediatamente (englobando, inclusive, eventos passados – como no caso do então Senador Roriz).

Quando essa decisão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2010, o julgamento chegou a um impasse: depois que os votos foram proferidos, em um ou em outro sentido, a votação estava empatada em 5 a 5. Na época, o Tribunal Constitucional estava com uma cadeira vaga devido à aposentadoria do ministro Eros Roberto Grau, ocorrida em agosto do mesmo ano.

Dada a proximidade das eleições e da própria dificuldade eleitoral gerada pelo empate e consequente suspensão do julgamento pelo então presidente do STF (Ministro Cezar Peluso), o então candidato Roriz retirou sua candidatura – o que tornou a discussão judicial prejudicada perante o Tribunal Constitucional. É importante ressaltar que, apesar da ausência de resultado efetivo, esse primeiro caso acabou por assumir contornos bastante casuísticos, vez que a orientação jurídica prevalecente não foi firmada, em definitivo, pelo STF.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Em geral, os argumentos jurídicos favoráveis e contrários se mantiveram estáveis durante todo o período observado. As modificações na composição da Corte brasileira, assim como o momento político-eleitoral em que a questão foi debatida, é que acabaram sendo mais decisivas. No caso Roriz, considerando que, ao momento do empate, já se estava às vésperas das eleições gerais, os 5 (cinco) ministros favoráveis à aplicação da LC 135/2010 sustentavam a aplicação imediata (já para as eleições de 2010). Os 5 votos contrários, entretanto, não foram uniformes – alguns eram contrários a qualquer limitação legislativa da viabilidade eleitoral das candidaturas (como, por exemplo, o Ministro Gilmar Mendes), outros a admitiam somente para a partir das eleições seguintes (previstas para o ano de 2012).

O segundo ponto representativo veio em 2012, na avaliação conjunta de 3 (três) ações de controle abstrato de constitucionalidade: Ações Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 29/DF e 30/DF e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.578/DF.

Em fevereiro de 2012, o Supremo Tribunal Federal concluiu, por maioria de 7 votos a 4, pela constitucionalidade da “Lei de Ficha Limpa”. Nesse segundo julgamento, concluiu-se que a Lei Complementar 135/2010 poderia afetar os eventos ocorridos antes de sua vigência. Assim, o Tribunal Constitucional declarou legítima a proibição legal da candidatura de políticos que renunciaram a mandatos para evitar processos cassação no período anterior à modificação legislativa. Ademais, considerou constitucional, em abstrato, o dispositivo que torna inelegível por oito anos políticos condenados por órgãos colegiados de justiça (independentemente do desfecho dos recursos pendentes, ou do trânsito em julgado).

Por outro lado, entre os votos favoráveis à “Ficha Limpa”, além do apoio “democrático” resultante da forma de aprovação daquela legislação (elemento comum aos 7 – sete – votos vencedores), chama a atenção, por seu conteúdo moral, a argumentação dos votos do ministro Carlos Ayres Britto e da ministra Rosa Weber.

Segundo o ministro Ayres Britto, “*nossa tradição política não é boa (...), é terrível em termos de respeito ao tesouro*”. Em adição, Britto apelou para a etimologia da palavra “candidato”, que guardaria relação com a palavra “cândido”, de tal forma que o termo “candidato” remeteria à ideia de “pureza” (ou “sem pecado”). A Ministra Rosa Weber, por sua vez, sustentou o argumento de que as exigências impostas aos “homens públicos” deveriam ser maiores do que aquelas apresentados ao “homem comum”.

Entre os pronunciamentos contrários à aplicação da nova legislação destaca-se o argumento constante do voto do ministro Gilmar Mendes. De acordo com seu voto minoritário, o princípio da presunção de inocência não se restringiria ao campo do direito penal, sendo válido também para outros aspectos da vida civil, para projetar seus efeitos para as esferas processuais não-penais. “*Não cabe a este tribunal a relativização dos princípios constitucionais que fluem para os desejos populares*”, afirmou Gilmar Mendes.

Nesse ponto, referindo-se ao pensamento de Hans Kelsen, o ministro Mendes criticou a adesão automática ao aforismo latino “*vox populi vox Dei est*” (“a voz do povo é a voz de Deus”). Sob risco de dar às pessoas o *status* da infalibilidade e onipotência, o voto de Gilmar Mendes argumentou que até mesmo leis com expressivo apoio da opinião pública devem estar sujeitas ao “controle constitucional judicial” como forma de conter a “tirania da maioria”.

No mesmo sentido das críticas feitas acima, o ministro Celso de Mello questionou: “*O Congresso, por meio de ponderação de valores, pode submeter garantias individuais? Um direito fundamental é marginalizado.*” Em relação à retroatividade da lei, Celso de Mello enfatizou a garantia liberal de não retroação das leis menos benéficas: “*O Congresso não tem o poder de escolher fatos consumados no passado, para, a partir dessa identificação, escolhê-los como critérios para a restrição de direitos fundamentais*”.

Apesar da proclamação do resultado efetivo sobre a possibilidade, em abstrato, de aplicação da lei para as eleições municipais de 2012, não houve amplo consenso em relação ao aspecto cronológico da LC 135/2010. Assim, mesmo entre os votos favoráveis à “*Lei da Ficha Limpa*”, para o ministro relator, Luiz Fux, o período de inelegibilidade de oito anos, deveria receber descontos pelo motivo de o assunto ter sido debatido judicialmente diante da justiça eleitoral.

Essa tese foi inicialmente seguida pela Ministra Cármem Lúcia e, posteriormente, rejeitada juntamente por outros quatro ministros (Joaquim Barbosa, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Ayres Britto), que votaram a favor da validade integral dos dispositivos da LC 135/2010. Finalmente, o Ministro Marco Aurélio, embora favorável às disposições da legislação em questão, foi veemente em rejeitar a aplicabilidade da “*Lei da Ficha Limpa*” para o impedimento de candidaturas em razão de atos que tivessem ocorrido antes da edição legislativa.

O mesmo aconteceu entre os votos contra as disposições da nova legislação: não houve declaração unânime sobre as limitações de sua aplicação. O Ministro Dias Toffoli rejeitou, unicamente, o dispositivo que impede a candidatura de político antes do esgotamento da condenação penal perante os tribunais, mas admitiu que a inelegibilidade se estenderia a casos de renúncia ao cargo antes da promulgação da lei (como, por exemplo,

aconteceu no caso Roriz). O voto do Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, rejeitou ambos os dispositivos. Finalmente, os ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cezar Peluso negaram qualquer retroatividade à legislação, nos termos em que sustentado pelo voto do Ministro Marco Aurélio.

A ambiguidade em relação a esse segundo pronunciamento (que, destaca-se, ocorreu em abstrato) manteve certo grau de insegurança jurídica em relação a situações específicas materializadas mesmo antes da edição da “*Lei da Ficha Limpa*”, ou da consolidação dos julgamentos perante o Tribunal Constitucional.

O terceiro julgamento significativo sobre essa questão emblemática ocorreu em outubro de 2017 (“Caso Soares”). Na apreciação do RE n. 929.670/DF, o STF decidiu que a extensão de três para oito anos do período de inelegibilidade para crimes de abuso de poder econômico ou político, previstos na Lei Complementar 135/2010, deveria ser aplicado para condenações criminais antes do ano do surgimento da lei – isto é, 2010.

A questão foi levantada pelo ex-vereador Dilermando Ferreira Soares, que teve o seu pedido de registro indeferido pelo juízo eleitoral local com base na Lei das Inelegibilidades então em vigor (na redação conferida pela LC 64/1990, que estipulava prazo de três anos para que um candidato com registro contestado pudesse voltar a candidatar-se). Esse prazo foi estendido pela LC 135/2010.

Um aspecto interessante é que, nesse caso específico, a sentença de três anos de inelegibilidade foi cumprida antes da publicação da “*Lei da Ficha Limpa*”. A matéria, de acordo com a reivindicação principal do recurso, estaria protegida da retroatividade da nova legislação, vez que já teria feito coisa julgada.

Por maioria apertada de 6 votos a 5, o STF admitiu a possibilidade de que, em particular, a “*Lei da Ficha Limpa*” poderia afetar casos eleitorais anteriores ao surgimento da própria lei, ainda que já transcorrido o prazo da correspondente sanção de três anos de inelegibilidade vigente na redação anterior à legislação superveniente.

Nessa interpretação prevalecente, o Tribunal Constitucional aparentemente reforçou o entendimento do julgamento de 2012 (segundo caso destacado), em que foi reconhecida a constitucionalidade das sanções

eleitorais previstas pela LC 135/2010, as quais, diferentemente das “sanções penais”, poderiam ser aplicadas de maneira retroativa, sem ofensa à coisa julgada.

O pretendido “reforço” da orientação anterior pode ser extraído do voto de qualidade da Ministra Cármem Lúcia, que declarou: “*Vida pregressa é vida anterior e tudo o que tenha acontecido*”. Assim, com base no argumento de que vários processos foram julgados com a interpretação fixada em 2012, o voto de minerva declarou que não seria o caso de mudar a compreensão já fixada.

Não foi o que se observou, em absoluto, quanto ao tema no quarto (e mais recente) julgamento ocorrido em abril de 2018. Ao apreciar a Reclamação (RCL) 29.870/GO, a 2^a Turma do Supremo Tribunal Federal suspendeu os efeitos da lei no que concerne a resolução do Senado que havia declarado a inelegibilidade de Demóstenes Torres até 2027. Como consequência dessa decisão, o colegiado endossou o entendimento do Ministro Dias Toffoli, passando a permitir sua candidatura já para o ano de 2018.

O ex-senador teve seu nome implicado em uma série de investigações policiais. Esses incidentes motivaram a sua cassação pela Câmara Alta do Congresso brasileiro. Posteriormente, porém, as provas policiais produzidas (interceptações telefônicas) foram consideradas ilícitas, devido à incompetência do magistrado que determinou a produção de tais diligências.

Como desdobramento útil desse último julgamento destacado, percebe-se o tratamento diferenciado para um caso posterior à denominada “*Lei da Ficha Limpa*”. Mais do que a assimetria de entendimentos quanto à matéria, esse último precedente indica que o tratamento dessa questão eleitoral relevante permanece imprevisível e instável.

3. Conclusão

As disputas eleitorais são dependentes de regras de moralidade e equilíbrio entre as partes envolvidas na luta pelo poder. Assim, mudanças repentinhas ou sem fundamentação adequada a respeito das condições das disputas hermenêuticas, mesmo sob o pretexto do bem do sistema, podem dar origem a desequilíbrios e distorções institucionais inesperadas e indesejáveis. Esse é o caso da intervenção judicial no processo de disputa política e eleitoral no Brasil.

Decisões de “boa vontade” ou baseadas em “moralidade” podem causar instabilidade institucional (político-legal) e constitucional (jurídico-política), bem como aguçar a disputa entre poderes e partidos políticos. A prática decisória do Supremo Tribunal Federal gerou uma corrida por mudanças legislativas e constitucionais para os partidos recuperarem suas condições prévias de disputa, com possíveis vantagens para os partidos mais poderosos no jogo eleitoral.

No período de judicialização da “Lei da Ficha Limpa” observada perante o Supremo Tribunal Federal (isto é, de 2010 a 2018), chama a atenção a permanência de uma “zona cinzenta” – e (ainda) deslizante – quanto aos quatro momentos jurisprudenciais selecionados, em especial no que concerne aos prazos a partir dos quais deveriam incidir os critérios legais de inelegibilidade. A persistência dessa falta de definição, mais do que mero detalhe, corresponde a uma questão que extrapola o aspecto meramente legal em discussão.

Não há dúvida de que houve manifestação expressa do parlamento brasileiro quanto aos limites temporários e morais para regular as candidaturas a partir de junho de 2010, com a aprovação da LC 135/2010. Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal (STF) atraiu para si a função institucional anômala de definir os critérios morais de admissibilidade dos candidatos a serem submetidos ao voto popular. Tal posicionamento configura-se como espécie de “tutela judicial” – e de exceção – à manifestação dos representantes parlamentares na distribuição do equilíbrio político estabelecido pelo voto popular.

O problema assume aspectos mais preocupantes ao abordar a modificação futura (ou superveniente) dos resultados das eleições passadas. Ou seja, embora se aceite que as restrições legislativas são válidas, o juízo do tempo de incidência pode torná-los mais favorável ou desfavorável a certos políticos ou grupos de pressão política que são reforçados em momento posterior à própria competição eleitoral.

Esta intervenção acaba por afetar o equilíbrio e a dinâmica do sistema partidário subjacente a tais disputas eleitorais, pois subverte os alinhamentos ideológicos e/ou programáticos que deram origem a determinadas candidaturas que venham a ser, ou não, inviabilizadas. Ao modular, temporariamente, os efeitos sobre a incidência de tais inelegibilidades, o Tribunal Constitucional acabou fazendo um “recorte moral duvidoso” –espécie de “desenho institucional seletivo” acerca de quais candidaturas seriam “idôneas” e quais não o são, em consonância com a conjuntura política hegemonic a ao momento do julgamento.

Ao final, poder-se-ia perguntar se o Tribunal Constitucional estaria autorizado a estipular, *ex post facto*, os critérios gerais pelos quais as disputas eleitorais foram previamente reguladas pelo legislador. Compete ao STF a ampla definição sobre o momento de incidência do controle sobre a “moralidade” das candidaturas a serem admitidas ou rejeitadas?

A ironia da mais recente – e peculiar – certificação da elegibilidade de Demóstenes Torres – parlamentar cassado pelo Senado Federal e um dos entusiastas da aprovação da “*Lei da Ficha Limpa*” – apenas ilustra o sintoma dos riscos derivados da “moralização” da atuação judicial do Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria eleitoral.

Ao focar a discussão concreta sobre as peculiaridades do debate da jurisdição constitucional brasileira sobre as condições de inelegibilidade, em vez de apontar a singularidade do caso brasileiro, este estudo está preocupado com os riscos que o raciocínio judicial leva ao sistema democrático e eleitoral. Nessa reflexão, surge como fator de avaliação, em primeiro lugar, o perigoso vínculo moral do discurso judicial com os interesses avaliadores hegemonic os, em determinado contexto político.

Em adição, isso é válido para considerar como o desequilíbrio institucional em si levou a situações em que o Judiciário atuou para fazer valer

a si mesmo como “reserva moral” da sociedade democrática – como se sua autoridade política fosse mais elevada pelo simples fato de que, num determinado cenário de conflito, seu pronunciamento ocorre em momento posterior, seja do ponto de vista cronológico, seja processual. Em contraste com o ditado popular sobre o riso, quem decide por último não necessariamente decide melhor, ou com mais autoridade.

A coalizão de interesses políticos e eleitorais implementados pela Corte não produziu efeitos institucionais positivos, mas afirmou, cada vez mais, a incapacidade da jurisdição do Supremo para qualificar suas razões jurídicas e legitimar suas decisões políticas perante a sociedade e o sistema partidário e eleitoral. As “coalizações supremas” de interesses morais e políticos representam riscos não apenas para a integridade do sistema jurídico, mas, ainda, para os mecanismos, procedimentos e garantias da democracia no Brasil – um país com mais de 140 milhões de eleitores.

A FIXAÇÃO DE MANDATOS PARA OS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E REPUBLICANO: ANÁLISE DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 35 DE 2015

Emerson Affonso da Costa Moura¹⁴¹

I. INTRODUÇÃO

A proposta de Emenda Constitucional nº 35 de 2015 que encontra-se em trâmite traz à tona novamente uma proposta de alteração do artigo 101 da Constituição Federal para modificar a forma da escolha, bem como, a fixação de um mandato para os ministros do Supremo Tribunal Federal.

Na proposta, a escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal permanece sendo feita pelo Presidente da República, porém, dentre os integrantes de lista tríplice elaborada, no prazo de até um mês após o surgimento da vaga, por um colegiado composto por presidentes dos Tribunais Superiores, Tribunal de Contas da União, PGR e OAB.

Uma vez escolhido pelo Presidente da República e depois de aprovado mediante sabatina pela maioria absoluta do Senado Federal conforme o modelo atual, o Ministro do Supremo Tribunal Federal teria um mandato de dez anos vedada a recondução, tal como ocorre nas principais cortes constitucionais como o Tribunal Federal Alemão.

¹⁴¹ Professor Convidado do Mestrado e Doutorado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Regente da Pós-Graduação em Direito Administrativo da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Pós-Graduação em Advocacia Pública da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Palestrante Convidado da Pós-Graduação em Direito Administrativo Econômico da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUCRJ). Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Ex-Professor Assistente da Graduação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) e Ex-Professor Contratado da Universidade Federal Fluminense (UFF) e da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Fundador e Diretor Acadêmico do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Vice-presidente da Comissão de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro da American Society of Public Administration (ASPA). Editor-Chefe da Revista de Direito da Administração Pública (REDAP). email: emersonacmoura@yahoo.com.br

Trata-se de um típico *hard case* uma vez que há na confluência entre diversos bens e valores constitucionais, ao qual se destaca, porém, para debate os princípios republicano e democrático, para análise do papel contramajoritário da corte constitucional e a organização político-administrativa do poder judiciário na Constituição Federal.

A análise da proposta de Emenda Constitucional nº 35 que altera o artigo 101 da Constituição Federal para alteração do acesso e permanência dos ministros do Supremo Tribunal Federal à luz dos princípios constitucionais fundamentais do Estado Democrático de Direito Brasileiro, portanto, é o tema posto em debate.

Analisa em que medida a fixação de mandato para os ministros da corte constitucional se demonstra a concretização do princípio democrático e do princípio republicano. Para tanto verifica-se o papel assumido pela corte constitucional brasileira, os limites do papel do contramajoritário, e o princípio democrático e republicano à luz do acesso à referida corte.

II. A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A ASCENSÃO POLÍTICO-INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição Federal de 1988 é marcada pela expansão da jurisdição constitucional, mediante a ampliação do elenco de legitimados para a propositura das ações de controle de constitucionalidade e a criação de novos instrumentos de controle concentrado, garante-se a preservação dos direitos fundamentais do processo político majoritário reservando sua tutela a seara do Poder Judiciário¹⁴².

Isto porque, com a expansão da jurisdição constitucional garante-se a proteção da lei fundamental com a preservação de sua hierarquia formal e axiológica perante as normas infraconstitucionais, bem como, atos dos demais

¹⁴² Insere-se, portanto, o exercício da jurisdição constitucional orgânica e das liberdades no complexo de mecanismos de natureza normativa, institucional ou processual tendentes a assegurar a plena realização dos direitos fundamentais. COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais*. 1 ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005. p. 34.

poderes, mediante atuação das cortes constitucionais, determinado o respeito e proteção aos direitos fundamentais¹⁴³.

Essa ampliação da competência do Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade dos atos emanados pelos poderes públicos e o crescente exercício das ações abstratas pelos atores políticos e sociais, permitiu um processo de juridicização da política, que amplia a influência da Constituição sobre as relações políticas e limita o poder à conformação as escolhas fundamentais da sociedade¹⁴⁴.

O Poder Judiciário passa a assumir um novo papel, não apenas de proteção dos direitos fundamentais contra ações do Estado, mas de promoção dos direitos individuais, coletivos e difusos, com a exigência de prestações dos poderes públicos que aliado ao acréscimo da demanda social por justiça, resulta na *judicialização das questões políticas e sociais e ascensão político-institucional* do Poder Judiciário¹⁴⁵.

Isto porque, aliada à expansão do controle de constitucionalidade, a ampla incorporação de matérias pela Constituição e a crescente demanda da sociedade por justiça, fazem com que as questões políticas e sociais sejam reconduzidas da esfera política à jurídica, pois com a cláusula da inafastabilidade da tutela jurisdicional e o papel de guarda da Constituição, o conhecimento da demanda pelo Poder Judiciário é inevitável.

Por outro lado, a recuperação das liberdades democráticas após a ditadura e das garantias da magistratura, aliada a crise de legitimidade dos poderes públicos, faz com que o Poder Judiciário exerça o papel de controle

¹⁴³ No Brasil amplia-se o objeto e escopo da jurisdição constitucional através da ampliação do elenco de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103 inciso I a IX), da criação do controle de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103 §2º) com a ação direta e o mandado de injunção (artigo 102 “q”), da previsão da argüição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102 §1º) dentre outros.

¹⁴⁴ Como ilustrações têm-se o tema conduzidos ao Supremo Tribunal Federal nos últimos tempos: os limites de investigação das Comissões Parlamentares, a fidelidade partidária, a Reforma da Previdência e a Reforma do Judiciário. Quanto aos direitos fundamentais têm-se a interrupção da gestação de fetos inviáveis, as pesquisas com células-troncos embrionárias e as políticas públicas de distribuição de medicamentos. Voltaremos ao assunto no tópico seguinte.

¹⁴⁵ Corresponde a chamada onipotência judicial, decorrente da compreensão que sendo a Constituição uma norma jurídica presente em todo tipo de conflito, em razão do seu denso conteúdo material, a grande maioria das questões da vida social e política se submetem ao controle pelo Poder Judiciário. SANCHÍS, Luis Pietro. *Neoconstitucionalismo Y Ponderación Judicial* in CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismos*. Ob. cit. p. 122.

jurídico das decisões política buscando adequá-las às opções fundamentais da sociedade na Constituição, o que importa em um protagonismo judicial¹⁴⁶.

Por efeito, com a expansão da jurisdição constitucional, o Poder Judiciário, em especial, o Supremo Tribunal Federal assume um novo papel na promoção dos direitos fundamentais, que aliado ao acréscimo da demanda social por justiça e a recuperação de suas garantias institucionais, resulta na sua ascensão político-institucional e uma expressiva judicialização das questões políticas e sociais¹⁴⁷.

Por efeito, na última quadra histórica o Supremo Tribunal Federal tem no controle de constitucionalidade, exercido um papel de evidência no controle dos atos dos demais poderes com fins de garantia de proteção das normas constitucionais, em especial, no que se refere ao respeito e a concretização dos bens e valores fundamentais.

O tema será tratado a seguir.

III. O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE CONSTITUCIONAL E O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO

Como visto, a judicialização das questões políticas e sociais decorre do desenho institucional vigente – que apoiado na ampla constitucionalização-inclusão de matérias infraconstitucionais, a adoção do sistema de jurisdição una e o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional – que conduze ao Poder Judiciário, as principais controvérsias da sociedade.

Todavia, no âmbito da jurisdição constitucional, esse exercício do controle das questões políticas e sociais que caberiam precipuamente a deliberação política dos demais Poderes Estatais, pode importar na adoção pela Corte Constitucional de uma postura *autocontida* - de deferência à decisão

¹⁴⁶ O Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan./mar. 2009. p. 3.

¹⁴⁷ Corresponde a chamada onipotência judicial, decorrente da compreensão que sendo a Constituição uma norma jurídica presente em todo tipo de conflito, em razão do seu denso conteúdo material, a grande maioria das questões da vida social e política se submetem ao controle pelo Poder Judiciário. SANCHÍS, Luis Pietro. *Neoconstitucionalismo Y Ponderación Judicial* in CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismos*. Ob. cit. p. 122.

política majoritária realizada pelos poderes constituídos – ou *ativista* – de proteção das normas constitucionais criada pelo poder constituinte.

Neste sentido, corresponde ao ativismo judicial, portanto, a atuação intensa e ativa exercida pelo Poder Judiciário no controle dos atos emanados dos demais Poderes Públicos, de forma a garantir a concretização dos valores e fins veiculados pelos preceitos constitucionais e preservar a supremacia axiológica e formal da Constituição e de suas normas¹⁴⁸.

Sua origem é apontada como no início do século XX com as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos¹⁴⁹ e na década de 1950 do Tribunal Constitucional Alemão e Italiano¹⁵⁰ com a tutela dos direitos fundamentais, se notabilizando no Brasil nos últimos anos com decisões sobre importantes questões políticas e sociais pelo Supremo Tribunal Federal.

O ativismo judicial envolve a aplicação direta e imediata da Constituição em situações não expressamente contempladas no texto constitucional, diante de omissão ou violação por disciplina normativa pelo legislador ou ato concreto do administrador, com vistas à garantia de proteção ou concretização dos valores e fins constitucionais.

É o que ocorreu no julgamento da ADPF 32, onde o Supremo Tribunal Federal, apesar da inexistência de regra constitucional explícita acerca

¹⁴⁸ O termo ativismo judicial foi empregado pela primeira vez em 1947 pelo historiador e político Arthur Schlesinger Jr. em artigo na revista Fortune, todavia, não há um consenso sobre a sua definição, adotando alguns autores um critério quantitativo - para definir como a atuação demasiada do Poder Judiciário nas decisões dos demais poderes - e outros um critério qualitativo - de forma minimalista ou maximalista - na concretização dos valores constitucionais, que adotamos neste trabalho. Sobre o tema vide: DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade* in: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de. NOVELINO, Marcelo. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. São Paulo: Jus Podvim, 2011. p. 460-464

¹⁴⁹ Inicialmente o ativismo judicial foi utilizado de forma conservadora permitindo a legitimidade para a segregação racial (*Dred Scott vs. Sanford* em 1857) e invalidação de leis sociais (*Lockner v. New York* em 1905), porém, no período de 1953 e 1969 sob a presidência de Earl Warren foram tomadas as decisões progressistas em matéria de direitos fundamentais, como em relação a segregação racial nas escolas públicas (*Brown vs. Board of Education* em 1954), a incriminação do uso de pílulas anticoncepcionais (*Griswold vs. Connecticut* em 1965) entre outras. Sobre o tema vide: BARROSO, Luís Roberto. *A Americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos* in: *Temas de direito constitucional*. t. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 144 e seguintes.

¹⁵⁰ Na Alemanha, o Tribunal Constitucional fixou que a lei fundamental não era ordem neutra de valores, mas que consagrava uma ordem objetiva instrumental à garantia dos direitos fundamentais (BVerfGE7, 198 (205)). Porém, assim como na Itália, tentou suavizar os impactos políticos da sua decisão, como, por exemplo, advertindo sobre as suas omissões para a sua correção ou advertindo sobre uma revogação em caso de não atuação legislativa retificadora. Sobre o tema, vide: VALLE, Vanice Regina Lírio do *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Juruá, 2009. p. 28

das uniões homoafetivas, determinou o reconhecimento e a equiparação com as uniões estáveis tradicionais, com fundamento no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e na proteção dos direitos fundamentais.¹⁵¹

Abrange a invalidação de atos normativos emanados do Poder Legislativo ou Administrativo de constitucionalidade discutível, ou seja, com adoção de critérios menos rígidos do que aqueles onde inexiste patente e ostensiva violação da Constituição, com vista à preservação da hierarquia das normas constitucionais.

É o verificado no caso da ADIN 3685 onde Emenda Constitucional 52 que disciplinava coligações eleitorais impondo sua aplicação imediata, violava a anterioridade anual da lei eleitoral, que embora não fosse cláusula pétrea, o Supremo Tribunal Federal reconheceu tal status com fins de garantir a preservação e eficácia da referida norma constitucional.¹⁵²

Por fim, comprehende a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público capazes de impedir violação ou garantir a concretização de direitos e fins constitucionais, em especial, mediante o controle judicial sobre os programas de políticas públicas de forma a assegurar o acesso a prestações a bens e serviços essenciais.

É o que foi decidido na ADPF 45/DF onde o Presidente da República vetou norma da lei de diretrizes orçamentárias que garantia recursos mínimos para ações e serviços públicos de saúde e o Supremo Tribunal Federal entendeu que embora haja espaço de conformação legislativa e

¹⁵¹ Neste caso das uniões homoafetivas (ADPF 132) inexiste regra constitucional expressa que tutele as relações ou prescreva a aplicação do regime de união estável, bem como, não há vedação da norma do artigo 226 §3º, uma vez que esta ao tratar de homem e mulher buscou a superação da desigualdade na relação de casamento e não impedir a aplicação do regime às uniões homoafetivas. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal com fundamento na dignidade da pessoa humana aplicou o regime das uniões estáveis a essa nova modalidade de família. Sobre o tema, vide: BARROSO, Luís Roberto. *O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil*. Revista do Ministério Público do RJ. p. 155 e ss. n. 27.

¹⁵² Neste caso da verticalização (ADIn 3685) o artigo 2º da Emenda Constitucional 52 de 8 de Março de 2006 alterava o artigo 17 §1º da Constituição da República, fixando data para alteração, em violação ao princípio da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16). O Supremo Tribunal Federal para proteger a norma constitucional, que embora não tivesse uma violação frontal perderia sua eficácia, declarou inconstitucional a emenda constitucional dando a norma do artigo 16 o status de cláusula pétrea embora não se enquadre ao rol de cláusulas elencadas na Constituição. Sobre este tema consulte-se: GALLACCI, Fernando Bernardi. *O STF e as Cláusulas Pétreas: O ônus argumentativo em prol da governabilidade?* São Paulo: SBDP, 2011. p. 25-27.

discretionalidade administrativa elas não podem ser utilizadas para neutralizar a eficácia dos direitos sociais.¹⁵³

No Brasil o ativismo judicial está diretamente relacionado com a crise de legitimidade e representatividade democrática, que gera um descolamento entre os órgãos representativos e a sociedade, e a incapacidade ou desinteresse em atender as demandas sociais, produzindo um deslocamento do exercício da cidadania para o âmbito do Poder Judiciário.

A redução da deliberação política ao processo eletivo¹⁵⁴, a histórica e perniciosa influência econômica dos agentes políticos sobre o eleitor¹⁵⁵ e a captação dos agentes políticos por grupos de interesse¹⁵⁶, conduz a um distanciamento entre representante e representando promovendo estreitamento do debate político que se transfere para os órgãos judiciários.

O desinteresse dos atores políticos em atender questões de interesse social onde há um desacordo moral razoável na comunidade, de forma a evitar os desgastes promovidos pelo debate e os riscos da responsabilização política nas eleições, tornam o Poder Judiciário uma instância decisória política de questões polêmicas¹⁵⁷.

¹⁵³ O Supremo Tribunal Federal na ADPF 45/DF se manifestou, no sentido, que não obstante a formulação e a execução das políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, neste domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo, de modo que não podem proceder com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Sobre o tema, em seus limites e possibilidades, vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Do Controle Jurídico ao Controle Social: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC .volume 77. dez 2011.

¹⁵⁴ Trata-se de fenômeno com fundamentos diversos, que variam desde a impossibilidade de participação devido às condições de pobreza extrema e baixo nível de educação de grande parte da população, da dificuldade de acesso às informações sobre as questões políticas e a falta de tempo para debater e manifestar sobre tais assuntos, até mesmo a descrença de que sua participação seja capaz de influenciar na ação pública. BARCELLOS, Ana Paula de. *Papéis do Direito Constitucional no Fomento do Controle Social Democrático: Algumas Propostas Sobre o Tema da Informação* in RDE ano 3. N. 12. Out/dez 2008. p. 82-84.

¹⁵⁵ Remonta ao período colonial brasileiro a adoção de um modelo patrimonialista marcado pelo predomínio da corrupção, nepotismo e uso do poder econômico que se exterioriza até os dias atuais na corrupção persistente e nas políticas paternalistas que marcam a política brasileira. Sobre o tema, vide: FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 15 ed. São Paulo: Editora Globo, 2000.

¹⁵⁶ A captura de partidos e candidatos por grupos de interesse que patrocinam as campanhas eleitorais para posteriormente cobrar favores, por meio da satisfação de políticas distributivas a seu favor é uma das formas de captura, mas não único meio de influência dos grupos de interesse, em especial, econômicos, na captura dos membros do Congresso. Sobre o tema, vide: MANCUSO, Wagner Pralon. *O Lobby da indústria no Congresso Nacional*. São Paulo: EDUSP, 2007. p. 110.

¹⁵⁷ O ativismo judicial é exercido em contextos de inércia intencional pelos demais poderes de Estado. Em casos que são politicamente custosos com temas profundamente custosos sem

O processo de hipertrofia legislativa com a explosão de legislação infraconstitucional e regulamentação infralegal, bem como, a tecnicidade da produção legislativa com a criação de conceitos jurídicos indeterminados desencadeiam a ampliação dos conflitos na sociedade e litigiosidade, bem como, o potencial criativo e margem de discricionariedade do Judiciário¹⁵⁸.

As omissões legislativas na regulamentação de preceitos impostas pela Constituição que impede o exercício dos direitos pelos representados, aliado a instituição de mecanismo próprio de controle de constitucionalidade pela via concentrada e a utilização de ação constitucional na via incidental, impõe a intervenção judicial na decisão política.

Por efeito, neste cenário de crise das instâncias democráticas, a rigor, o papel ativo do Poder Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal, na realização dos valores e fins constitucionais não viola o princípio da separação dos poderes, mas é capaz de contribuir com o processo democrático ao garantir os seus pressupostos materiais, pela concretização dos direitos fundamentais.

Porém, o Poder Judiciário não pode atuar a título de proteção dos direitos fundamentais como *poder constituinte permanente*, moldando a Constituição de acordo com as suas preferências políticas, sem a devida legitimidade e responsabilidade política em evidente violação ao princípio majoritário e ao processo democrático.¹⁵⁹

Há princípio sensíveis à democracia, a saber, questões notadamente políticas que se sujeitam a vontade da maioria e, portanto, estão a rigor fora da ingerência do Poder Judiciário, mas também, há princípios insensíveis ao

perspectiva de consenso na sociedade, como as uniões homoafetivas, ditadura militar e aborto, as instâncias democráticos abrem espaço para atuação ativista repassando os custos políticos para os tribunais que não passam pelo crivo do voto popular após suas decisões. VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, margarida Maria Lacombe e SILVA, Alexandre Garrido. *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: A judicialização da política e o ativismo judicial*. In: Anais do I Forum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos, 2009. p. 44-45.

¹⁵⁸ A hipertrofia do direito legislado e a produção de leis vagas reforçam e alimentam a possibilidade do direito judicial transferindo para o Poder Judiciário a decisão sobre conflitos que caberiam ser dirimidos no âmbito político. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 87.

¹⁵⁹ Sarmento, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais. In: _____; Souza Neto, Cláudio Pereira de (orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

princípio majoritário, questões relativas a própria proteção da pessoa humana, que se sujeitam ao controle judicial¹⁶⁰.

Por esta razão, sucessivamente os poderes constituídos tem buscado formas de limitar a atuação da corte constitucional, de forma a garantir uma menor ingerência no que se refere às questões políticas e sociais, o que parece se ligar ao princípio democrático e os limites naturais que devem ocorrer ao papel contramajoritário da corte.

O tema será tratado a seguir.

IV. O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E OS LIMITES AO PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO

Como visto, o Estado Democrático de Direito se erige sob a dialética entre *constitucionalismo* – enquanto técnica de limitação do poder como forma de garantia dos direitos básicos do cidadão¹⁶¹ – e *democracia* – enquanto soberania popular e vontade da maioria¹⁶² - e sob a tensão imanente entre os bens constitucionais e o governo democrático.

De um lado, portanto, cabe a Constituição garantir as condições necessárias ao processo democrático, mediante a garantia das condições procedimentais e da reserva do espaço próprio do pluralismo político, assegurando um ambiente para o adequado funcionamento da deliberação política, inclusive, com a garantia das liberdades fundamentais essenciais ao exercício democrático¹⁶³.

¹⁶⁰ Dworkin, Ronald. Ob. cit., p. 129 e 224.

¹⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 47.

¹⁶² Na teoria contemporânea da Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político: a teoria clássica de Aristóteles, da Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania; a teoria medieval, de origem Romana, que identifica Democracia com soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do princípio e se transmite por delegação do superior para o inferior; e a teoria moderna, de Maquiavel, onde Democracia é o governo genuinamente popular. BOBBIO, Norberto Bobbio; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 320.

¹⁶³ A Constituição não pode e nem deve ter a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária, mas deve proteger as condições procedimentais que permitam o desenvolvimento do processo político deliberativo. Assim, a Constituição da República de 1988 veiculou o princípio democrático e majoritário (Art. 1º caput), garantiu o pluralismo político (Art. 1º inciso V), a inserção como cláusula pétreas a tendente abolir o voto direto, secreto, universal e

Porém, por outro, abrange preservação de um conjunto de valores e objetivos que traduzem um compromisso com a transformação social e não permite que os poderes constituídos disponham livremente dos bens essenciais da sociedade, gerando o esvaziamento da eficácia das normas constitucionais a título de exercício da democracia.¹⁶⁴

Assim, se cabe aos poderes constituídos o processo de concretização das normas constitucionais através da conformação legislativa e da discricionariedade administrativa, por outro, os direitos fundamentais, fruto do poder constituinte originário não se sujeitam a um espaço ilimitado de decisão do governo democrático na sua proteção, promoção e restrição.

Neste sentido, a lei fundamental, portanto, veicula consensos mínimos para proteção dos indivíduos e funcionamento do regime democrático, protegendo os direitos fundamentais do exercício do princípio majoritário e das decisões proferidas por maioria políticas ocasionais, inclusive, mediante o controle de deliberações políticas que o violem¹⁶⁵.

Na nossa ordem jurídica, onde há um sistema de Controle de Constitucionalidade das leis e atos normativos, as tensões são resolvidas pelo exercício da jurisdição constitucional¹⁶⁶ que tutela a soberania popular com a preservação das condições procedimentais do exercício democrático e os direitos fundamentais pela proteção à manifestação da vontade da maioria¹⁶⁷.

periódico e a forma federativa (art. 60 §4º) dentre outros. No viés proceduralista vide: ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011 e HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹⁶⁴ Isto por que a ideia de democracia não se limita ao governo da maioria, porém, comprehende outros princípios e o respeito aos direitos da minoria. Assim, enquanto o processo político majoritário se move por interesses, a lógica democrática se inspira em valores, restando ao Poder Judiciário preservar diante da soberania popular e governo da maioria, a limitação do poder e os direitos fundamentais. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. P. 382-91.

¹⁶⁵ A Constituição deve proteger e as cortes judiciais implementar os direitos e princípios que realizem os valores de justiça, liberdade e igualdade. No viés substancialista vide: RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Belo Horizonte: Editora Martins, 2008. e DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Belo Horizonte: Editora Martins Fontes, 2010.

¹⁶⁶ Cabe a todo órgão que possua o *status* de realizar a jurisdição constitucional, zelar pela aplicação das normas constitucionais, inclusive, se for necessário contra a vontade da maioria. HARBELE, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma* in: HARBELE, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. México: Porrúa, 2005. p. 166.

¹⁶⁷ De forma que a vontade da maioria momentânea - do poder governante – não se sobreponha sobre a vontade da maioria permanente – do poder constituinte originária. VITAL, Moreira. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da*

De tal sorte, cabe ao Poder Judiciário garantir a proteção e promoção dos direitos fundamentais mediante o controle dos atos dos demais poderes públicos que violem ou não os concretize, sem que isto, necessariamente resulte em violação do princípio democrático, mas, inclusive, exteriorize a proteção dos pressupostos básicos da democracia.

Porém, em um contexto democrático, marcado pela *liberdade* e *igualdade* dos indivíduos, cabe às maiorias legislativas respeitar os direitos fundamentais, através da garantia da preservação da *autonomia do indivíduo*, para desenvolver suas capacidades *moraes* - de ter sua concepção de bem e de justiça – e as faculdades de *razão* – de juízo e de pensamento¹⁶⁸.

Por efeito, vedava-se que no exercício da conformação legislativa com a regulação dos preceitos constitucionais sejam realizadas *escolhas morais*, que inviabilizem a existência da pluralidade de concepções morais dos indivíduos, dentro do consenso mínimo veiculado pela Constituição garantindo pluralismo na sociedade e a inserção de todos no processo democrático¹⁶⁹.

Da mesma forma, não significa que as questões sobre direitos devam ser decididas por um Poder Judiciário, uma vez que resposta alcançada não será adequada, por não respeitar as capacidades morais e políticas dos cidadãos, bem como, não será a mais correta, em razão do desacordo moral existente no seio da comunidade¹⁷⁰.

Em um Estado Democrático de Direito a Constituição não pode ocupar todo espaço jurídico inviabilizando a expressão da soberania popular ou impondo um projeto social às próximas gerações.¹⁷¹ Tão pouco, em um cenário

Justiça Constitucional in: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 179.

¹⁶⁸ RAWLS, John. Op. cit. p. 277 e p. 365-380

¹⁶⁹ Como por exemplo, se no crime de injúria qualificado se protege as minorias sujeitas à preconceito (Art. 140 §3º), a falta de inclusão da opção sexual no tipo penal denota a exclusão de uma escolha moral – outras formas de sexualidade – pela sua não tutela, em favor da imposição de outra.

¹⁷⁰ Como, por exemplo, novamente no julgamento da interrupção da gestação de feto anencéfalo quando a Corte decidiu fixar o momento que começa a vida, impondo uma escolha moral, sobre as variadas existentes na matéria, tanto do ponto de vista jurídico, filosófico, científico e religioso.

¹⁷¹ Ao contrário, o direito constitucional deve atuar no aprimoramento do processo democrático, permitindo que os cidadãos decidam os valores e bens jurídicos a serem alcançados pelo grupo social em um contexto de livre circulação de ideias e de informações. Sobre a democracia nesta vertente: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 79-112.

de pluralismo social e de complexidade da vida, a interpretação constitucional restringe-se ao processo judicial e a corte constitucional.¹⁷²

Embora represente um grande potencial na concretização dos direitos¹⁷³ é impossível desconsiderar na atuação ativista do Poder Judiciário a existência dos excessos,¹⁷⁴ bem como, o risco da consolidação de uma hegemonia judicial ou o perigo do exercício de preferências políticas.

Isto porque, no sistema representativo o campo adequado para o debate sobre a conveniência da decisão política é a deliberação pública e o controle precípuo pela sociedade através de mecanismos que variam desde a mobilização da sociedade civil na fiscalização da gestão pública até a responsabilização política através de eleições competitivas.¹⁷⁵

Há de se considerar que o papel contramajoritário da corte constitucional há de ser exercido de forma excepcional como proteção aos bens e valores constitucionais apenas em caso de violação pela deliberação majoritária e não quando se referir exclusivamente a um espaço legítimo de atuação democrática dos atores eleitos.

Isto porque, inevitável que enquanto os representantes dos poderes legislativos e executivos são regularmente eleitos e dotados de uma

¹⁷² A atual interpretação constitucional é marcada pela participação de novos atores em um círculo que antecede o processo judicial, onde os poderes públicos, os cidadãos, bem como, as forças públicas que participam do processo social são, potencialmente, intérpretes da Constituição. Vide: HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e proceduralista da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2002.

¹⁷³ É importante, todavia, considerarmos os limites das normas constitucionais, evitando à falsa concepção de que apenas com o Direito será possível alcançar a superação da pobreza, desigualdade e falta de democracia. A ficção de que a norma pode tudo e a ambição de salvar o mundo com papel e tinta, podem conduzir a um direito constitucional desprendido da vida real. LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas cit., p. 260. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional...* cit., p. 45.

¹⁷⁴ Como exemplo, podemos citar as ações que versam sobre tratamentos médicos exorbitantes no exterior, medicamentos não essenciais como Viagras, além de próteses, aparelhos de audição, ultrassom, próteses, tratamentos psicológicos de adolescentes carentes, transplantes de medula, marca-passos e afins. Sobre o Tema, vide: HOFFMAN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs.). *Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 391-400.

¹⁷⁵ Sobre as técnicas de participação formais e informais da sociedade na atividade estatal e a sua atuação como instrumentos de legitimação do poder do Estado consulte-se por todos: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. Vide também: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. Participação administrativa. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 401-428.

legitimidade ordinária ou imediata através do processo democrático, a atuação da jurisdição constitucional assume uma legitimidade mediata da própria proteção do regime jurídico-constitucional.

Por efeito, assim como não se pode negar a legitimidade constitucional da função contramajoritária da corte na invalidação dos atos dos demais poderes públicos, igualmente, não se deve recusar, que tal função deve ser exercida com cautela, visto que as deliberações políticas são frutos de ao menos em tese uma legitimidade democrática.

Nesta tensão entre expansão da jurisdição constitucional pela lei fundamental e um protagonismo judicial, em especial, da corte constitucional reforçado por um acréscimo de ingerência nos atos dos demais poderes que deve ser inserida a análise da respectiva emenda constitucional, que busca alterar o regime de acesso à corte constitucional.

O tema será tratado a seguir.

V. O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E REPUBLICANO À LUZ DO ACESSO E PERMANÊNCIA DOS MINISTROS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A proposta de emenda constitucional se insere em um momento de tensão entre a corte constitucional e os demais poderes públicos, decorrente pela adoção de uma postura de ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal, bem como, pela indicação de uma maioria dos ministros atuais da corte por determinado grupo político¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Segundo dados do próprio Supremo Tribunal Federal: Michel Temer 1 Ministros; Dilma Rousseff 5 Ministros

Luiz Inácio Lula da Silva 8 Ministros; Fernando Henrique Cardoso 3 Ministros; Itamar Augusto Cautiero Franco

1 Ministros; Fernando Affonso Collor de Mello 4 Ministros; José Sarney 5 Ministros; João Baptista de Oliveira Figueiredo 9 Ministros; Ernesto Geisel 7 Ministros; Emílio Garrastazu Médici 4 Ministros; Artur da Costa e Silva 4 Ministros; Humberto de Alencar Castelo Branco 8 Ministros; João Belchior Marques Goulart 2 Ministros; Jânio da Silva Quadros 1 Ministros; Juscelino Kubitschek de Oliveira 4 Ministros; Nereu de Oliveira Ramos; 1 Ministros; Eurico Gaspar Dutra 3 Ministros; José Linhares 3 Ministros; Getúlio Dorneles Vargas 21 Ministros; Washington Luís Pereira de Sousa 4 Ministros; Arthur da Silva Bernardes 5 Ministros; Epitácio da Silva Pessôa 3 Ministros; Delfim Moreira da Costa Ribeiro 1 Ministros; Wenceslau Braz Pereira Gomes 4 Ministros; Hermes Rodrigues da Fonseca 6 Ministros; Nilo Peçanha 2 Ministros; Affonso Augusto Moreira Penna 2 Ministros; Francisco de Paula Rodrigues Alves 5 Ministros; Manoel Ferraz de Campos Salles 2 Ministros; Manoel Victorino Pereira 3 Ministros; Prudente José de Moraes Barros 7 Ministros; Floriano Vieira Peixoto 15 Ministros; Manoel Deodoro da Fonseca 15 Ministros; Disponível em:

Inevitável, que a ampla constitucionalização do temas políticos e sociais e expansão da jurisdição constitucional aliada à tal postura ativista da corte constitucional amplia a tensão entre constitucionalismo e democracia, porém, a alteração do regime de acesso e permanência dos ministros da corte constitucional deve ser tido à luz da própria ordem constitucional.

Uma vez que o Supremo Tribunal Federal exerce uma função contramajoritária – de proteção dos bens e valores constitucionais contra a deliberação da vontade majoritária – as reformas introduzidas no Poder Judiciário devem ser consideradas não como forma de esvaziamento deste poder, mas de aperfeiçoamento perante o Estado Democrático de Direito.

Não se pode negar, que a Constituição Federal de 1988 ao adotar ao lado do princípio federativo e democrático, o princípio republicano forma um núcleo essencial da Constituição, que garante uma identidade – dano especificidade em relação à outros regimes político-jurídicos – e estrutura – organizando o *modus operandi* do Estado Constitucional.¹⁷⁷

Sob tal viés, a adoção de um regime republicano constitucional implica na adoção não apenas de uma forma de governo, ao qual os cidadãos possam em igualdade de condições ou sem distinções de qualquer natureza serem investidos ao poder público e ter o acesso aos cargos públicos em geral.

Isto implicaria em estreitamento do princípio republicano¹⁷⁸ ao princípio de acesso aos cargos e empregos públicos¹⁷⁹ e dos cargos políticos¹⁸⁰ que corresponde antes à uma irradiação de tal preceito do que propriamente dito esgota todo conteúdo que irá assumir no Estado Democrático de Direito.

Impõe o princípio republicano, a existência de uma estrutura político-organizatória capaz de garantir as liberdades civis e políticas, bem como, a própria elaboração de um catálogo de liberdades, que preveja não apenas os

<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=quadro> Acesso em 04.10.2017.

¹⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 349.

¹⁷⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 1.

¹⁷⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 37 I.

¹⁸⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 14.

direitos fundamentais individuais, mas igualmente, os direitos de participação política.¹⁸¹

Demanda o reconhecimento da legitimação do poder político, consubstanciada no princípio democrático em que a soberania reside no povo e, portanto, a opção fundamental pela *eletividade, colegialidade, temporariedade e pluralidade*, como princípios ordenadores do acesso aos cargos públicos.¹⁸²

Note, portanto, que se espraia o princípio republicano no regime constitucional de forma equidistante dos critérios da *designação, da hierarquia e da vitaliciedade*, que devem marcar apenas os regimes monárquicos ainda que parlamentaristas constitucionais como o Reino Unido.

Neste viés, observa-se uma tensão no que se refere ao modelo de acesso e permanência dos ministros do Supremo Tribunal Federal, já que há a ausência de elementos fundamentais do princípio republicano – *eletividade e temporariedade* – o que impõe um ônus argumentativo maior que justifique a manutenção deste modelo.

Sob tal viés, previu a Constituição Federal de 1988 como fruto de um processo de redemocratização e após um amplo período de ditadura militar com repressão dos direitos fundamentais do cidadão e sucessiva limitação dos poderes da corte constitucional¹⁸³ – como as aposentadorias compulsórias – previu modelo estável de acesso aos ministros do Supremo.

Por efeito, dispôs que o Supremo Tribunal Federal seria composto de 11 ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada¹⁸⁴ que seriam nomeados pelo Presidente da República após a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal¹⁸⁵.

¹⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 169.

¹⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 169.

¹⁸³ Dentre outros, o ato institucional nº 5 suspendeu 3 ministros do Supremo Tribunal Federal e o ato institucional nº 6 reduziu o número de juízes na corte constitucional de 16 para 11.

¹⁸⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 111.

¹⁸⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 111 Parágrafo Único.

Assim manteve, modelo que não é recente na história constitucional brasileira, embora tendesse em um primeiro momento pela não imposição de limite de idade para o cargo como na Constituição de 1891¹⁸⁶, que depois foi alterado pela fixação de idade mínima e máxima para o seu exercício, que ocorreu na Constituição de 1934¹⁸⁷.

Porém, é tradição na história constitucional brasileira, a nomeação livre pelo presidente da república conforme além daquelas cartas, como foi prevista na Constituição de 1937¹⁸⁸, tendo por exceção apenas a Constituição Imperial de 1824, que os selecionavam de juízes letrados.¹⁸⁹

Ainda, que não seja um modelo amplamente adotado pela Constituição Federal de 1988 já que parte da composição dos ministros do Superior Tribunal de Justiça¹⁹⁰, dos Tribunais Regionais Federais, dos Estados, e do Distrito Federal¹⁹¹ e do Tribunal de Contas da União¹⁹² decorre de uma nomeação pelo chefe do executivo à partir de listas tríplices.

Sob tal viés, parece que a opção do constituinte originário de garantir acesso aberto à corte constitucional atende plenamente o princípio

¹⁸⁶ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de Fevereiro de 1891. Art. 55 e 56.

¹⁸⁷ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de Julho de 1934. Art. 74.

¹⁸⁸ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de Julho de 1934. Art. 98.

¹⁸⁹ BRASIL, Constituição Política do Império do Brasil de 25 de Março de 1824. Art. 163.

¹⁹⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. "Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros. Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;

¹⁹¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sétupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

¹⁹² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96. § 2º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos: I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antigüidade e merecimento;

republicano ao permitir ampla participação de qualquer cidadão brasileiro na condução ao Supremo Tribunal Federal, já que órgão de cúpula do Poder Judiciário, o que atende por simetria o acesso à chefia dos outros Poderes.

Por efeito, a proposta de emenda constitucional de determinar uma lista tríplice formada por um colegiado composto por presidentes dos Tribunais Superiores, Tribunal de Contas da União e o Procurador-geral da República, parece reduzir o acesso à corte constitucional e esvaziar uma atribuição historicamente do Presidente da República.

Poderia se arguir que o processo proposto pela Emenda Constitucional teria caráter democrático, já que através de elaboração da lista tríplice permitiria a representação popular na formação da referida decisão, porém, observa-se a participação apenas dos tribunais, da procuradoria geral da república e da ordem dos advogados do brasil.

Neste sentido, se a aplicação plena do modelo republicano importaria em tese na assunção do seu caráter de *eletividade* com a deliberação popular de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal, há de se admitir que no modelo adotado pela ordem brasileira e outros Estados, a composição dessa lista tríplice não representa realização deste valor.

Ao contrário, retira-se a possibilidade de indicação para a composição pelo chefe do Poder Executivo, legitimamente eleito, para escolher o ministro do Supremo Tribunal Federal que está sujeito aos *checks and balances* oriundos do próprio princípio da separação e equilíbrio dos poderes, no que se refere ao controle recíproco exercido pelos poderes públicos.

Apenas através da sabatina – com arguição pública pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e depois aprovação pela maioria absoluta pelo Senado Federal – que o ministro será nomeado pelo Presidente da República em pleno ao princípio democrático, já que dependerá de ato de ambos poderes onde seus representantes são legitimamente eleitos.

Sob tal viés, a mudança proposta pela PEC no acesso aos ministros do Supremo Tribunal Federal – mediante prévia lista tríplice – não parece atender ao critério de *eletividade* decorrente do princípio republicano, pois impõe sujeição à indicação por representantes não eleitos popularmente ao revés daquele investido diretamente pela sociedade.

Embora concordemos ou não com as nomeações realizadas pelo chefe do Poder Executivo acerca dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, há de se reconhecer que o princípio republicano representa um estado de espírito coletivo, que transcende qualquer antagonismo ou tensões existentes seja político-partidária, econômico-social e afins.¹⁹³

Por efeito, compete ao Presidente da República a nomeação dos respectivos ministros, inclusive, porque se sujeitará às consequências jurídicas e responsabilidades políticas, que abrangem desde os mecanismos formais como o *impeachment* até os informais como o *accountability*.

Outra questão, todavia, é o *mandato* dos ministros da corte constitucional, pois processo de nomeação é para cargo vitalício¹⁹⁴, tanto que o ministro do Supremo Tribunal Federal só perderá o cargo por renúncia, aposentadoria compulsória mediante limite de idade ou processo de impeachment.

Não se deve negar, que embora não exista mandato para o exercício da função de Ministro do Supremo Tribunal Federal, sempre houve prazo médio de permanência no cargo – no período 1946-1987, não tem sido superior a oito anos; 1989-2006, de onze anos – porém, alguns permaneceram por mais de 20 anos.¹⁹⁵

Porém, no que tange a *temporariedade* há de se reconhecer que é pressuposto de qualquer Estado Republicano ao revés do Estado Aristocrático, como afirmado por um próprio ministro do Supremo Tribunal Federal, mas do que a eletividade dos cargos públicos, a temporariedade dos seus mandados e a possibilidade de sua responsabilização.¹⁹⁶

Neste viés, que se liga o princípio republicano com democrático, pois o sistema representativo pressupõe ainda a existência de mecanismos que estabeleçam o predomínio da vontade da maioria, com a garantia de que as

¹⁹³ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Reflexões em torno do princípio republicano*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 100 p. 197. jan./dez. 2005

¹⁹⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 95. BRASIL, Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Art. 16.

¹⁹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2865.

¹⁹⁶ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Op. cit. p. 193.

minorias encontrem expressão no plano político mediante diversos mecanismos – pluripartidarismo, liberdades civis e outros.¹⁹⁷

Neste viés, a fixação de um mandato para ministros do Supremo Tribunal Federal atende ao princípio republicano – que impõe *temporariedade* na delimitação do exercício dos cargos públicos – e o princípio democrático – ao permitir a representatividade conforme as alternâncias políticas na chefia do poder executivo.

Há de se ressaltar que a experiência constitucional comparada demonstra a importância de mandato, em especial, nas cortes constitucionais tidas como referência mundial, tal qual, no Tribunal Constitucional Federal Alemão onde há mandato de 12 anos e na Corte Constitucional da Itália onde há mandato de 9 anos.

Além, disto no próprio Conselho Constitucional da França após reformas um terço dos assentos são renovados a cada três anos e no Tribunal Constitucional Português o mandato é de 9 anos igualmente sem recondução, o que permite uma maior representatividade nas referidas cortes constitucionais.

VI. CONCLUSÃO

Como visto, parece que a proposta de Emenda Constitucional nº 35 de 2015 no que se refere a alteração do artigo 101 §1º e 2º para a formação de lista tríplice por um colegiado composto por presidentes dos Tribunais Superiores, Tribunal de Contas da União e o Procurador-geral da República é de patente inconstitucionalidade.

Isto porque a proposta de redução do acesso à corte constitucional mediante formação de lista tríplice por órgãos não eleitos, gera um esvaziamento de uma tradição histórico-constitucional brasileira de nomeação pelo Presidente enquanto agente político representativo e sujeito aos checks and balances e responsabilização político-jurídica por sua escolha.

Todavia, no que se correlaciona com a proposta de inclusão do artigo 101 §3º e 4º, que fixa um mandato para os Ministros do Supremo

¹⁹⁷ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Op. cit. p. 195.

Tribunal Federal considera constitucional uma vez que atende aos princípios republicano e democrático, se adequando ao modelo adotado pelas principais cortes constitucionais mundiais.

A temporariedade dos cargos é um elemento do princípio republicano assim como a necessidade de alternância na representatividade corresponde a um elemento do princípio democrático. Ademais, há de se considerar que é modelo adotado pelas cortes constitucionais referências como Itália, Alemanha e França.

O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE ENSINO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

José Guimarães Mendes Neto¹⁹⁸

Manuela Ithamar Lima¹⁹⁹

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo destina-se a analisar o direito à liberdade de ensino no âmbito do direito constitucional brasileiro, visando perquirir suas inúmeras relações no contexto educacional e sua importância do ponto de vista subjetivo, qual seja do sujeito detentor do direito e objetivo, da imprescindibilidade da liberdade de ensino no contexto social.

Tem-se que a Constituição Federal de 1988, visando garantir a criticidade no ambiente educacional, prevê no artigo 206, inciso II, como princípios norteadores da educação no Brasil: a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber.

Dessa forma, este estudo tem por escopo viabilizar discussões sobre a liberdade de ensinar no Brasil, resultando num tratamento mais aprofundado pela doutrina constitucional brasileira, principalmente no que se refere às reiteradas afetações a tal direito. Observa-se que a doutrina brasileira não oferta um estudo sistematizado sobre a liberdade de ensino, o que não denota irrelevância da temática, já que a mesma não configura um objeto de estudo recente da doutrina estrangeira, evidenciando a defasagem do tratamento desse direito no Brasil quando comparado com o âmbito doutrinário estrangeiro.

Por conseguinte, recorreu-se à doutrina norte-americana para melhor compreender as nuances do direito à liberdade de ensino, utilizando-se

¹⁹⁸ Advogado. Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB/MA. Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP/DF. Especialista em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG e em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. E-mail: guimaraesmnneto@hotmail.com.

¹⁹⁹ Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Bolsista vinculada à CAPES. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais (GEDF) – CNPq. Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB/MA). Advogada em MA. E-mail: manuela.ithamar@gmail.com.

do entendimento desenvolvido nos Estados Unidos pela Associação Americana de Professores Universitários, onde a liberdade de ensino se apresenta como uma das dimensões de um direito mais amplo, ou seja, a liberdade acadêmica, conjuntamente com a liberdade de pesquisa e a ação e a elocução extramuros.

Depois de explanada a fundamentação da liberdade acadêmica, será apresentada a distinção da liberdade de ensinar das demais dimensões que compõem a liberdade acadêmica, bem como demonstrar que a mesma constitui um direito fundamental autônomo na Constituição Federal, a partir da minuciação das dimensões objetivas e subjetivas de cada uma das dimensões da liberdade acadêmica.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 FUNDAMENTOS PARA A TUTELA CONSTITUCIONAL MATERIAL DA LIBERDADE ACADÊMICA

O conceito moderno de Universidade e que se estende para todas as Instituições de Ensino Superior é pautado em uma realização corporativa determinante para o homem adquirir conhecimento, tendo como objetivo descobrir o que há para ser descoberto e quem cada indivíduo irá se tornar a partir desse conhecimento²⁰⁰. É neste contexto que se começou a desenvolver e consolidar a liberdade acadêmica enquanto direito que merece a tutela jurídica do Estado.

A liberdade acadêmica mostrou suas primeiras nuances como direito na Constituição prussiana, no século XIX, na qual se garantia a liberdade de ensinar do docente alemão, que não era estendida para além dos limites das Instituições de Ensino²⁰¹.

Em 1915, na Declaração de Princípios sobre Liberdade e Estabilidade Universitária, publicada pela Associação Americana de professores universitários foi o primeiro documento a estruturar o conceito da liberdade acadêmica, servindo de parâmetro para os estudos posteriores sobre liberdade acadêmica²⁰². É tamanha a importância da declaração de 1915 que,

²⁰⁰POST, Robert C. **Democracy, expertise and academic freedom**. Yale: Yale University press, 2012, p.63.

²⁰¹KEMP, Kenneth W. **What is academic freedom?** 2000. Disponível em: <<http://courseweb.stthomas.edu/kwkemp/Papers/AF.pdf>>. Acesso em: 1 fev. 2017, p.9.

²⁰²POST, Robert C. **Democracy, expertise and academic freedom**. Op.Cit. p.63.

após vinte e cinco anos, o conceito de liberdade acadêmica, consignado nela, foi reafirmado na Declaração de Princípios sobre Liberdade e Estabilidade Universitária, de 1940²⁰³. O conceito de liberdade acadêmica reafirmado nesta declaração concebe três perspectivas: 1) liberdade de pesquisa e investigação; 2) de ensino; e 3) ação extramuros da universidade²⁰⁴.

No Brasil, as Constituições de 1967 (no parágrafo 3º do inciso VI do artigo 168), 1946 (no inciso VII do artigo 168) e 1937 (no artigo 155) previam a garantia à liberdade de cátedra, sendo esta compreendida, atualmente, como a garantia à liberdade de ensinar do docente. A rigor, a doutrina nacional limita-se a tratar a liberdade acadêmica referindo-se apenas ao artigo 206, inciso II do atual diploma constitucional que elenca como princípios do ensino: “a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”²⁰⁵.

Percebe-se que, comparativamente, a Constituição Brasileira resguarda as três dimensões da liberdade acadêmica expostas na declaração de 1940. Onde se lê “divulgar o pensamento, a arte e o saber” na Constituição Brasileira, leia-se o mesmo que “ação e elocução extramuros da Universidade”; e quando se lê “liberdade de ensino”, em sentido amplo na perspectiva americana, leiam-se dois direitos distintos na Constituição Brasileira, a saber: 1) a liberdade de aprender e 2) a liberdade de ensinar em sentido estrito. No que tange à liberdade de pesquisar, a Constituição Brasileira utilizou da mesma nomenclatura da supramencionada declaração.

No texto constitucional, a liberdade acadêmica não configura um direito formalmente fundamental, uma vez não inserida no rol de direitos fundamentais da Constituição. Contudo, pode ser considerado como tal sob amparo da cláusula de abertura, disposta no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, e, em virtude de seu conteúdo²⁰⁶.

²⁰³Id. p.64.

²⁰⁴U.S.A. **Statement of principles on academic freedom and tenure**. Disponível em: <<http://www.aaup.org/report/1915-statement-principles-academic-freedom-and-tenure>>. 1915. Acesso em: 30 maio. 2017, p. 1.

²⁰⁵BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno P. Autonomia universitária como instrumento de garantia do pluralismo de ideias. In: DINIZ, Débora; BUGLIONE, Samantha; RIOS, Roger Raupp (Org.). **Entre a dúvida e o dogma:** liberdade de cátedra e universidades confessionais no Brasil. Brasília; Porto Alegre: Letras Livres; Livraria do Advogado, 2006. p. 176.

²⁰⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 76.

A rigor, percebe-se a necessidade de desenvolver e aprofundar o estudo do direito à liberdade acadêmica no cenário constitucional brasileiro, vez que, escamotear o tratamento da referida liberdade, leva de modo inconteste no enfraquecimento da noção de democracia, consagrada no artigo 1º, caput, da CF, e compromete os seus fundamentos, notadamente a cidadania e o pluralismo, alpendres da concepção de Estado Constitucional.

Não há como desconsiderar que a liberdade acadêmica, embora constitua direito indissociavelmente relacionado à liberdade de expressão, qualifica-se em relação a esta em razão do seu *locus* de exercício, isto é, a Universidade, ainda mais notória é a importância de um estudo alargado, que cintile os diferenciais da dialogicidade e do dissenso característicos do processo formativo de sujeitos autônomos²⁰⁷.

Deste modo, se é certo que “o consenso é a afirmação do conflito resolvido”²⁰⁸, a Universidade é, naturalmente, o lugar do não entijolamento das ideias ou, nas palavras de Morin, da irredutibilidade de contradições através da simplificação²⁰⁹. Não parece ser outro o significado do artigo 206, II da CF, reproduzido no artigo 3º, III da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que consagra o pluralismo de ideias como um princípio do ensino no Brasil.

De outra banda, não se pode desconsiderar que também é pressuposto fundamental de efetividade do regime democrático o acesso da população à informação, disposto no artigo 5º XXXIII da CF. Considerada a Academia como espaço de exercício democrático, tão evidente quanto oportuna é a validade de refundar o sentido de acesso à informação na esfera privada, em que pese com colorido diferenciado, sob o amparo do disposto no artigo 5º, XIV e, mediatamente, do artigo 220, caput, ambos da CF.

Ademais, a liberdade acadêmica possui por escopo inicial a produção de conhecimento competente e especializado e ao fazer isso promove um direito fundamental inserido no caput do artigo 6º da Constituição Federal, a saber, o direito à educação.

²⁰⁷ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 168.

²⁰⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Seis razões para pensar. *Lua Nova*. n. 54, 2001. p.22.

²⁰⁹ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Porto Alegre: Sulina. 2006, p. 57.

Por conseguinte, se ela promove o direito à educação, e se a promoção dele, pelo que se retira do caput do artigo 205 do diploma constitucional, visa “o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, conclui-se que essa liberdade interliga-se também com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Sendo pertinente a atribuição de *status* de direito fundamental à liberdade acadêmica.

2.2 LIBERDADE DE ENSINAR ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Entende-se que o artigo 206, II da Constituição Federal, o qual dispõe sobre as extensões da liberdade acadêmica, configura um enunciado normativo²¹⁰, a partir do qual é criada mais de uma norma de direito fundamental, as quais garantem diferentes direitos fundamentais. Em outros termos, cada uma das perspectivas da liberdade acadêmica corresponde a um direito fundamental autônomo, por serem distintas no tocante ao seu conteúdo. Sendo certo que de um mesmo enunciado normativo pode ser criada mais de uma norma de direito fundamental e essas, por sua vez, concedem direitos fundamentais, podendo-se afirmar que de um mesmo enunciado retira-se mais de um direito fundamental.

Para fins de esclarecimentos iniciais, destaca-se que a estrutura dos direitos fundamentais é composta por duas dimensões: uma de cunho subjetivo e outra de cunho objetivo. A dimensão subjetiva faz menção às posições juridicamente protegidas por um direito fundamental as quais são direcionadas ao seu titular, dando-lhe a possibilidade de impor judicialmente os seus interesses²¹¹. Quanto à dimensão objetiva, tem-se que essa deriva do reconhecimento de que direitos fundamentais consagram valores primordiais em uma comunidade política, não sendo apenas poderes que os indivíduos

²¹⁰ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 51.

²¹¹SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Op. Cit, p. 152.

possuem em face do Estado, na medida em que impõem um dever de proteção por parte do poder²¹².

Impende ressaltar que apesar de a liberdade de ensino, pesquisa e ação e elocução extramuros resguardarem posições jurídicas não coincidentes, no tocante a dimensão objetiva de cada uma delas há semelhanças, já que são partes de um direito mais amplo, a saber, a liberdade acadêmica. Concretamente significa dizer que as três vislumbram a promoção do direito à educação, por meio do avanço, descobrimento e transmissão de conhecimentos²¹³. Nada obstante, cada uma delas promovem outros princípios constitucionais distintos entre si e que são conjugados com a promoção da educação.

O presente capítulo foca, inicialmente, em esmiuçar o conteúdo dos direitos à liberdade de ensino, pesquisa e ação e elocução extramuros, visando atestar especificadamente a autonomia da liberdade de ensino no contexto constitucional brasileiro, tendo por objetivo que ela receba o tratamento jurídico e doutrinário adequado enquanto direito fundamental. Vislumbra-se que a liberdade de pesquisa e o direito à ação e elocução extramuros seja em virtude do tratamento dado pelo constituinte, seja pelo seu âmbito de proteção, são concebidos mais facilmente pela doutrina constitucional brasileira como direitos fundamentais autônomos. No tocante à liberdade de pesquisa, observa-se que o constituinte além de tratar da pesquisa no Título II, Capítulo I, artigo 5º, inciso IX da CF, ao dispor sobre liberdade científica, também reservou o Título VIII, Seção III, Capítulo IV, o qual versa sobre ciência e tecnologia, nos artigos 218 e 219, para abordar sobre a mesma.

Quanto ao direito a ação e elocução extramuros, tendo por certo que o seu âmbito de proteção possibilita uma interpretação extensiva, como ocorre com a liberdade de expressão, tal direito é exercido autonomamente como sendo uma manifestação da liberdade de expressão intelectual, podendo do mesmo modo ser extraído do artigo 5º, inciso IX da CF. Ao que se refere à liberdade de ensino, apesar de ser uma forma de expressão intelectual, em

²¹²SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.134.

²¹³LÓPEZ, María Luisa Simón; TÓBARRA, Juan Andrés Selva. Los límites del derecho de libertad de cátedra. **Ensayos**, n. 10, 1995. p. 119.

decorrência do seu âmbito de proteção mais restrito, sendo consequência do lócus no qual é ela exercida, a saber, na Universidade, dificilmente é consagrada como direito fundamental pelos constitucionalistas brasileiros e no mais das vezes resta-se esvaziada.

Compreendida a autonomia da liberdade de ensino, far-se-á uma leitura das suas relações com duas outras liberdades que permeiam a esfera universitária. São elas: a autonomia universitária e a liberdade de aprender. Demonstra-se que essas relações são pautadas na cooperação entre os membros da comunidade acadêmica, sempre com o intuito de produzir e aprimorar o conhecimento produzido nas Instituições de Ensino Superior.

2.2.1 Autonomia do direito à liberdade de ensinar em relação ao direito à liberdade de pesquisa

A Declaração de princípios sobre liberdade e estabilidade acadêmica, em 1915, ao desenvolver as três dimensões da liberdade acadêmica, pauta-se em uma tríplice função do ensino superior, que é: promover investigação e soma do conhecimento humano, fornecer instrução geral para os alunos e desenvolver especialistas para vários ramos do serviço público²¹⁴.

Tem-se que a primeira função da Universidade concebida pela Declaração está relacionada à dimensão da liberdade de pesquisa e investigação, entendendo-se por pesquisa e investigação no âmbito do ensino superior, inquirições originais nas distintas áreas da ciência, consistindo em um trabalho aprofundado, crítico e rigoroso, no qual se desenvolve a exploração e aplicação de novos conhecimentos²¹⁵.

A dimensão subjetiva da liberdade de pesquisa e investigação, garante aos seus titulares a liberdade de escolha do objeto de pesquisa, reputando-se a atividade científica um processo de conclusões abertas. Além disso, inserido na dimensão subjetiva da liberdade de pesquisa está a não

²¹⁴U.S.A. *Statement of principles on academic freedom and tenure*. Op. Cit. p.295.

²¹⁵UNESCO. Recomendação relativa à condição do pessoal docente do ensino superior. 1997. Disponível em: <unesdoc.unesco.org/images/0016/001604/160495por.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 2.

obrigação do pesquisador em produzir um resultado certo e determinado, seja social ou economicamente relevante²¹⁶.

Distintamente da liberdade de pesquisa, a liberdade de ensino atribui aos seus titulares outras faculdades. A primeira delas é a faculdade do docente de escolher a disciplina que vai lecionar²¹⁷, bem como a possibilidade do docente apresentar os resultados da sua pesquisa , expor e criticar os resultados das pesquisas de outros estudiosos, a de sustentar opiniões científicas sobre um determinado conteúdo dentro da sua especialidade²¹⁸.

A liberdade de ensino ainda atribui ao professor o direito de desenvolver suas explicações sem interferências nos seus enfoques ideológicos²¹⁹, resguardando ao docente a possibilidade da não obrigação de atribuir ao seu ensino uma orientação ideológica específica²²⁰. Garante-se, nesse ritmo, também o direito de elaborar seu próprio programa de aula, facultando ao seu titular a distribuição e redistribuição relativas à carga horária das disciplinas, bem como à ordem de ensino dos temas previstos nos planos e currículos de cada disciplina e indicar as bibliografias que julga pertinente²²¹.

Contempla-se que o titular da liberdade de ensino pode eleger o método de apresentar sua aula e o conteúdo que deseja lecionar, estando protegido de interferências externas quanto a esses aspectos, mas sempre respaldado nas normas que regulam sua profissão ²²². Destarte, ressalta-se que a liberdade de ensino não significa uma liberdade irrestrita do docente, de modo que tal direito “não autoriza o professor a lecionar aquém do conteúdo

²¹⁶MARTINS, Leonardo; SCHLINK, Bernhard. **Bioética à luz da liberdade científica:** estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no direito comparado alemão. São Paulo: Atlas, 2014. p. 111.

²¹⁷ISRAEL, Jean- Jacques. **Direito das liberdades fundamentais.** Trad. Carlos Souza. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 506.

²¹⁸KRÜGER, Harmut. La libertad de cátedra en Alemania. **Revista de derecho político**, n. 45, 1999. p. 165.

²¹⁹GARCÍA, Aurelio de Prada. La libertad de cátedra y el "iusexaminandi": sentencias 358, 359 y 361 del Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid, sentencia nº 328/98 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid. **Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED**, n. 13, 1998. p. 438.

²²⁰LÓPEZ, María Luisa Simón; TÓBARRA, Juan Andrés Selva. **Los límites del derecho de libertad de cátedra.** Op. Cít.p.119.

²²¹TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. **A tutela jurídica da liberdade acadêmica no Brasil:** a liberdade de ensinar e seus limites.- Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 172.

²²²KRÜGER, Harmut. **La libertad de cátedra en Alemania.** Op. Cít. p. 162.

previsto nos currículos e planos de ensino”, tendo em vista que se assim fosse, haveria uma violação clara ao direito de aprender dos alunos²²³.

A dimensão subjetiva da liberdade de ensino se apoia na premissa de que ensinar no nível superior exige dos professores conhecimentos aprofundados e competências particulares que são adquiridos de dois modos: pela investigação e pesquisa, mas igualmente por rigorosos estudos, compreendendo-se por estudo um conjunto de processos que permitem ao docente estar informado do progresso dos conhecimentos na sua especialidade, assegurando a eles a publicação de trabalhos na sua área, o aprimoramento de suas aptidões pedagógicas para ensinar sua disciplina e o melhoramento de seus títulos acadêmicos²²⁴.

Quanto à dimensão objetiva de ambas as liberdades, no que se refere à liberdade de pesquisa e investigação, ao analisar a Declaração de 1915 em conjunto com a Constituição Federal Brasileira de 1988, extrai-se a função precípua do referido direito. A Declaração relaciona notadamente a liberdade de pesquisa com a promoção da soma do conhecimento humano, sendo que essa promoção não tem por escopo tão somente gerar a produção de conhecimento competente, mas também intensificar o processo educativo. Como bem exposto na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 218, parágrafo 2º, o qual está inserido no capítulo de Ciência e Tecnologia, a pesquisa se volta preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento produtivo nacional e regional.

À vista disso, a liberdade de pesquisa e investigação possui como finalidade proeminente a garantia do desenvolvimento nacional, sendo esse um dos objetivos da República Federativa do Brasil, posto no artigo 3º, inciso II da CF. Assim, a pesquisa visa não somente a geração de conhecimento, construção de competência e aprimoramento da cidadania, como também um processo educacional adequado que possa satisfazer as aspirações, expectativas e necessidades das comunidades nacionais e regionais²²⁵.

²²³ TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. **A tutela jurídica da liberdade acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites.**- Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 172.

²²⁴ UNESCO. **Recomendação relativa à condição do pessoal docente do ensino superior.** Op. Cit. p. 2.

²²⁵ PAIS, Cidmar Teodoro. Discurso científico, liberdade acadêmica, autonomia universitária nas escolas públicas e privadas. **Revista de Letras**, v. 1-2, n. 25, jan./dez. 2003, p. 71.

Nesse sentido, fomenta-se a pesquisa científica por vislumbrar nela um mecanismo de inclusão social, de satisfação dos direitos de faceta preponderantemente prestacional, ou seja, vislumbra-se não só o desenvolvimento econômico, mas o verdadeiro significado que o desenvolvimento possui na sociedade moderna, buscando alterações na realidade fática que venham a ocasionar consequências práticas na realidade²²⁶.

No que tange à liberdade de ensino, a Declaração de 1915 a vincula especificadamente com o fornecimento de instrução geral para os alunos e o desenvolvimento de especialistas para vários ramos do serviço público. Conjugando esse dado com a CF, constata-se que a liberdade de ensino encontra-se tão somente no artigo 206, inciso II do referido diploma, o qual faz referência à Educação, deduzindo-se que a liberdade de ensino, preferencialmente, resguarda a difusão de conhecimento e promoção da educação. Desta forma, a própria Declaração de 1915 ratifica tal preferência ao dispor que a principal preocupação das Instituições de Ensino é treinar a geração crescente e difundir o conhecimento já aceite, para se chegar à produção de novos conhecimentos pela pesquisa científica²²⁷.

No que toca à ordem jurídica brasileira, avaliando sistematicamente a Constituição Federal, nota-se que o artigo 5º, o qual contempla os direitos e deveres individuais e coletivos, no seu inciso IX, dispõe: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura e licença”. Mais à frente, nos artigos 218 e 219, inseridos no Capítulo de ciência e tecnologia, há referência de que o Estado irá incentivar a pesquisa e a capacitação tecnológica.

Constata-se que a liberdade de pesquisa, mesmo que em outros termos: liberdade científica ou ciência e tecnologia, já foi extensivamente resguardada no texto constitucional, estando inserida no rol de direitos fundamentais e sendo, portanto, um direito formal e materialmente fundamental.

²²⁶ANEZ, Tania Letícia Wouters; COSTA, Ilton García da. Constituição, desenvolvimento científico como forma de inclusão social: molduras e limites. **Revista de Direito Constitucional**, n. 22, v. 87, abr-jun. 2014, p. 16.

²²⁷U.S.A. **Statement of principles on academic freedom and tenure.** Op. Cit. p.294.

Desse modo, não se pressupõe para o seu exercício um ambiente universitário, no qual há uma imbricação com a liberdade de ensino. A sua aparição no artigo 206, inciso II, apenas intensifica a sua importância, inclusive na esfera do ensino superior. Já a liberdade de ensino apenas aparece no artigo 206, inciso II, no Capítulo direcionado à Educação, sendo imprescindível a cláusula de abertura do parágrafo 2º do artigo 5º para inseri-lo enquanto direito fundamental.

Por fim, quanto à legislação infraconstitucional, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação ordena no seu artigo 43, as finalidades do ensino superior e trata distintamente a finalidade de incentivar o trabalho da pesquisa e investigação científica, no inciso III do referido dispositivo, o qual se vincula à liberdade de pesquisa. Sob outra linha, no inciso IV do mesmo dispositivo vincula-se a liberdade de ensino ao falar da finalidade da divulgação de conhecimentos através do ensino.

Ademais, o artigo 43 inciso IV aponta que há a divulgação de conhecimentos científicos, os quais são adquiridos pelo processo da pesquisa, mas há também a divulgação de conhecimentos culturais e técnicos, que prescindem da pesquisa, evidenciando que a liberdade de ensino não configura apenas a divulgação dos resultados obtidos pela pesquisa. Desta feita, percebe-se que a autonomia da liberdade de ensino em relação à liberdade de pesquisa resta demonstrada sob os aspectos de conteúdo, contexto educacional e ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.2 Autonomia do direito à liberdade de ensinar em face do direito à ação e elocução extramuros da Universidade

A ação e elocução extramuros consubstancia, segundo a Declaração de 1915, a terceira dimensão do direito à liberdade acadêmica, nada obstante haja uma discussão doutrinária quanto a sua inserção como um aspecto da liberdade acadêmica, possuindo como justificativa o fundamento de que ela não se relaciona com a experiência acadêmica do corpo docente, visto que, ao contrário da liberdade de pesquisa e a liberdade de ensino, a ação e

elocução extramuros não tem nenhuma ligação imediata com as atividades exercidas na Universidade²²⁸.

A Declaração dispõe que a Universidade deve possibilitar que os especialistas expressem suas reflexões, bem como os resultados de suas investigações para o público leigo em geral, não obrigando que esse público aceite ou aja conforme os pareceres científicos desses especialistas²²⁹, mas sendo desejável que a opinião majoritária de uma sociedade corresponda aos conhecimentos construídos e transmitidos no ensino superior²³⁰. Portanto, em certo sentido, a Universidade certifica para a comunidade que o docente possui o direito de ter uma atenção especial na formação da opinião pública, por conta dos seus conhecimentos especializados e rigorismos teórico e metodológico²³¹.

Destarte, há como reconhecer justificadamente que a liberdade de ação e elocução extramuros é uma dimensão da liberdade acadêmica, do mesmo modo que é autônoma em relação à liberdade de pesquisa e investigação.

Inicialmente, quanto à dimensão subjetiva do direito à liberdade de ação e elocução extramuros, verifica-se que ela faculta ao seu titular a liberdade de escrever ou falar enquanto cidadão, sendo livre de censura institucional. É a liberdade que o professor possui de falar em público exercendo a sua função de cidadão de forma que não haja uma vinculação da sua fala com a sua experiência profissional²³².

Dessa forma, o aludido direito garante ao docente o direito de propagar suas opiniões doutrinárias e científicas, sem restringir a propagação de suas opiniões apenas à sua área de atuação dentro da Universidade²³³. Assim sendo, protege-se a possibilidade de o professor expor suas ideias e

²²⁸SHAFFER. Frederick P. **A guide to academic freedom**.2012. Disponível em: <http://www1.cuny.edu/mu/vc_la/2012/01/02/a-guide-to-academic-freedom/>. Acesso em: 20 jul.2017, p.12.

²²⁹U.S.A. **Statement of principles on academic freedom and tenure**. Op. Cit. p.294.

²³⁰BRONSTEIN, Daniel J. et al. O caso Bertrand Russell.In: CAPALDI, Nicholas (Org.). **Da liberdade de expressão: uma antologia de Stuart Mill a Marcuse**.Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1974, p.180.

²³¹EMERSON, Thomas L.; HABER, David. **Academic freedom of the faculty member as citizen**.Yale: Yale Law School Faculty Scholarship, 1963, p. 527.

²³²POST, Robert C. **The structure of academic freedom**.2005. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/12/>>. Acesso em: 10 jul. 2017, p. 36.

²³³KRÜGER, Harmut. **La libertad de cátedra en Alemania**Op. Cit.p. 165.

convicções em relação à matéria objeto do seu ensino²³⁴, bem como as alheias a ele, consubstanciando um direito amplo de liberdade de expressão docente²³⁵.

Nessa perspectiva, ao desempenhar a liberdade de ação e elocução extramuros, o seu titular, distintamente do que ocorre com a liberdade de pesquisa e de ensino, não está no exercício de suas funções oficiais, ou seja, aquelas que devem ser observadas no deslinde de sua profissão dentro do contexto universitário. De outro modo, na ação e elocução extramuros englobam-se atos externos da Universidade, ficando o seu exercício a critério do professor, de desempenhá-lo ou não²³⁶.

Importa mencionar que pela interpretação da Declaração de 1915, a dimensão subjetiva da ação e elocução extramuros resguarda ao docente a expressão enquanto cidadão, exteriorizada pela fala ou escrita. Não se garantindo ações ostensivas ou qualquer outra comunicação mista, na qual esteja presente a fala e/ou escrita conjuntamente com outras ações²³⁷.

A principal diferença entre a liberdade de ensino e ação e elocução extramuros está na vinculação entre a experiência profissional do docente e as posições juridicamente protegidas por cada um deles. Na liberdade de ensino, as posições juridicamente protegidas podem ser usufruídas pelo professor quando estiver no exercício da sua experiência profissional. Distintamente, as posições juridicamente protegidas pela ação e elocução extramuros não estão vinculadas à experiência profissional do corpo docente, sendo elas exercidas para além dos muros da Universidade. Desse modo, as próprias ações permissivas desse direito são dotadas de generalidade, apenas tendo por parâmetro que devem ser declarações escritas ou orais fora do contexto universitário e cumprindo com a responsabilidade acadêmica.

Já a liberdade de ensino configura uma função oficial do docente, qual seja a de transmitir o conhecimento. Não é facultada ao professor a

²³⁴ SANJUÁN, Teresa Freixes. **Derecho a la educación y libertad de enseñanza en la universidad**, 1996. Disponível em: <<http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1331>>. Acesso em: 10 jul. 2017, p. 182.

²³⁵ GARCÍA, Aurelio de Prada. **La libertad de cátedra y el "iusexaminandi": sentencias 358, 359 y 361 del Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid, sentencia nº 328/98 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid.** Op. Cit. p.436.

²³⁶ SHAFFER. Frederick P. **A guide to academic freedom.** Op. Cit, p.13.

²³⁷ EMERSON, Thomas I.; HABER, David. **Academic freedom of the faculty member as citizen.** Yale: Yale Law School Faculty Scholarship, 1963, p. 527.

possibilidade de exercê-la ou não, pois a liberdade de ensino não ampara a liberdade de não ensinar²³⁸. Nota-se que o docente, ao ministrar a sua disciplina, estará, consequentemente, exercendo a sua liberdade, o que pode variar é o grau de exercício desse direito, se mais amplo ou mais restrito, que dependerá do perfil da Universidade a qual ele estará inserido.

Ademais, mesmo que o exercício de ambos os direitos possibilitem a transmissão de conhecimento, distinguem-se na extensão do conteúdo transmitido. Enquanto na liberdade de ensino o conteúdo deve-se relacionar, ainda que indiretamente, com o objeto de estudo do professor. Na liberdade de ação e elocução extramuros não há essa restrição, podendo o docente transmitir conhecimentos sem qualquer relação com o objeto o qual estuda, mas sendo guiado pelos padrões de confiabilidade e verificabilidade.

No que tange a dimensão objetiva dos mencionados direitos, tem-se que se a liberdade de ensino possui por base os valores da promoção da educação e do pluralismo, a ação e elocução extramuros foca-se em outra função primordial da liberdade acadêmica, sendo ela: aprimorar a opinião pública através de conhecimento competente.

O direito à ação e elocução extramuros baseia-se na premissa de que, no processo democrático, cada cidadão carece ter acesso completo a todos os fatos, opiniões e argumentos dentro de um mercado de ideias ao mesmo tempo em que precisam saber distinguir entre as opiniões relevantes e confiáveis daquelas que não são. De toda sorte, essa distinção não se torna fácil no âmbito do discurso público, o qual é permeado pela persuasão e argumentação. Desta feita, o direito à ação e elocução extramuros surge como um mecanismo facilitador de tal distinção, visto que as opiniões emitidas pelos professores tendem a ser classificadas como relevantes e confiáveis, em virtude da função que ocupam: a de profissional do ensino²³⁹.

Com base no exposto e à luz da Constituição Federal Brasileira de 1988, evocando-se o disposto no artigo 1º, inciso II, o qual dispõe que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a cidadania, afirma-se que a dimensão objetiva do direito à ação e elocução

²³⁸LÓPEZ, María Luisa Simón; TÓBARRA, Juan Andrés Selva. *Los límites del derecho de libertad de cátedra*. Op. Cit. p.123.

²³⁹EMERSON, Thomas I.; HABER, David. *Academic freedom of the faculty member as citizen*. Op. Cit.p.549.

extramuros assenta-se no valor da promoção da cidadania sob dois aspectos: o exercício da cidadania pelos próprios docentes que possuem competência para exercer sua cidadania e contribuir para a mudança social, como, por exemplo, através da livre expressão da sua opinião técnica sobre as políticas públicas promovidas pelo Estado²⁴⁰ e, promovendo a cidadania, instruindo os demais cidadãos e contribuindo para formação de opinião pública robusta e crítica.

Nota-se que o direito à ação e elocução extramuros, assim como a liberdade de pesquisa, pode ser extraído sob outros termos do artigo 5º, inciso IX da CF, ao se falar sobre a “livre expressão da atividade intelectual”. Ora, se o docente se expressa enquanto cidadão, guiado por padrões acadêmicos, ele não está fazendo mais do que manifestar livremente a sua atividade intelectual.

Além disso, o aludido direito está inscrito no artigo 206, inciso II conjuntamente com a liberdade de pesquisa e ensino, vindo para reforçar o que foi inserido no artigo 5º e fortalecer o seu exercício pelos profissionais do ensino superior. Vale aqui as mesmas considerações feitas à liberdade de pesquisa, quanto à natureza da sua fundamentalidade na ordem constitucional brasileira, a qual corrobora com a autonomia da liberdade de ensino em relação não só a liberdade de pesquisa, mas também em relação a ação e elocução extramuros.

Quanto à legislação infraconstitucional, esta corrobora com a autonomia da liberdade de ensino e da liberdade de ação e elocução extramuros ao diferenciar a transmissão do conhecimento por cada uma delas. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação expõe no seu artigo 43, inciso IV, que o saber pode ser comunicado através do ensino ou pode ser transmitido por publicações ou outras formas de comunicação, expondo a transmissão pela ação e elocução extramuros, seja escrito, pelas publicações, seja oral por outras formas de comunicação.

²⁴⁰UNESCO. *Recomendação relativa à condição do pessoal docente do ensino superior*. Op. Cit. p. 8.

2.3 RELAÇÕES DA LIBERDADE DE ENSINAR COM OUTROS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

2.3.1 Relação com o direito fundamental à liberdade de aprender

Inicialmente far-se-á uma leitura da relação entre a liberdade de ensino com a liberdade de aprender. Parte-se da concepção que o corpo docente deve reconhecer que o exercício dos seus direitos vem acompanhado de deveres e responsabilidades específicas, incluindo-se nessa seara a obrigação de respeitar as demais liberdades pertencentes aos outros membros da comunidade acadêmica, dentre elas a liberdade de aprender dos alunos²⁴¹.

Por outro lado, se é certo que a liberdade acadêmica é um pré-requisito para uma educação superior de excelência, não somente os docentes, como também os estudantes devem estar preocupados com a manutenção efetiva dessa liberdade. Para os alunos, a liberdade acadêmica significa a capacidade de ter acesso a diversas fontes e correntes da atividade científica²⁴².

Nesse diapasão, é extrema relevância focar-se na relação entre liberdade de ensino e liberdade de aprender, visto que de todas as dimensões da liberdade acadêmica essa é a que está intimamente vinculada ao aprendizado dos alunos. Como bem enunciado na Declaração de 1915, uma das funções da Universidade é a instrução dos alunos, que por sua vez é possível através do exercício da liberdade de ensino.

Partindo das premissas da educação moderna, concebe-se que a relação entre liberdade de ensino de aprender, nos moldes da Declaração de 1915. Tal Declaração dispõe que no processo de instrução dos alunos não se deve fornecer conclusões prontas, mas treiná-los a pensar por si mesmos, proporcionando-lhes o acesso a materiais que eles irão precisar para que possam pensar de forma inteligente e independente²⁴³. Para tanto, é necessário que os professores desfrutem da sua liberdade de ensinar, a qual

²⁴¹UNESCO. **Recomendação relativa à condição do pessoal docente do ensino superior.** Op. Cit. p. 9.

²⁴²BORON, Atilio. **La libertad académica en América Latina.** Melbourne: CLACSO, 2005 Disponível em: <[http://old.ei-ie.org/highereducation/file/\(2005\)%20Study%20on%20the%20situation%20of%20academic%20freedom%20in%20Latin%20America%20es.pdf](http://old.ei-ie.org/highereducation/file/(2005)%20Study%20on%20the%20situation%20of%20academic%20freedom%20in%20Latin%20America%20es.pdf)>.

Acesso em: 10 jun. 2017, p.8.

²⁴³POST, Robert C. **The structure of academic freedom.** 2005. Op. Cit. p.33.

possibilita que o ensino seja ministrado com base em uma pluralidade de ideias e argumentos, ajudando os estudantes a encontrar sua própria voz enquanto estudiosos da Universidade²⁴⁴.

Considera-se que, através do exercício da liberdade de ensino, o docente satisfaz as funções primordiais da Universidade, sendo certo que essa liberdade se intensifica e aprimora-se cotidianamente quando os alunos se predisponham a aprender, possibilitando a ampliação de novos métodos e concepções pedagógicas. Por outro lado, a liberdade de aprender é efetivamente exercida quando o estudante, além de se predispor a aprender, se comporta de modo ativo na Universidade, compreendendo que ele, assim como o corpo docente, é um estudioso e produtor de conhecimento.

Ressalta-se, neste contexto, que há um reconhecimento de que os estudantes têm o direito a uma educação liberal a qual permita se tornarem independentes e pensadores críticos do mesmo modo que possam desempenhar um papel importante enquanto cidadãos.

Destarte, deve-se quebrar o paradigma que estudantes aprendem sentados e passivamente em salas de aula. É imprescindível que os alunos tenham responsabilidade de promover as condições do seu próprio aprendizado, sendo possível um intercâmbio livre de conhecimento entre eles e os professores²⁴⁵. Assim sendo, o docente deve encorajar a livre permuta das suas ideias com os estudantes e estarem à disposição deles para os guiar nos seus estudos²⁴⁶.

Essa quebra de paradigma só é viabilizada através de um relacionamento de confiança entre professores e alunos, fazendo com que o estudante não tenha receio em exercer sua liberdade de aprender²⁴⁷. Nessa acepção, baseada na Declaração de 1915, parte-se da ideia de que, naturalmente, os alunos se sentem intelectualmente inferiores em face do

²⁴⁴ MACFARLANE, Bruce. **Re-framing student academic freedom:** a capability perspective, 2011. Disponível em: <<http://link.springer.com/article/10.1007/s10734-011-9473-4>>. Acesso em: 01 jun. 2017, p.723.

²⁴⁵ NASH, Paul. **Autoridade e liberdade na educação:** uma introdução à filosofia da educação. Rio de Janeiro: Bloch, 1968, p.112.

²⁴⁶ UNESCO. **Recomendação relativa à condição do pessoal docente do ensino superior.** Op. Cit. p. 9.

²⁴⁷ NASH, Paul. **Autoridade e liberdade na educação:** uma introdução à filosofia da educação. Op. Cit. p. 113.

professor, pois consideraram que este é dotado de um conhecimento o qual eles não possuem e querem adquirir.

Assim, o professor deve passar confiança sobre o que está ensinando, sendo que tal confiança só é possível se ele for fiel aos seus pontos de vista metodológicos e científicos, exercendo sua liberdade de ensino²⁴⁸. Caso contrário, no mínimo, não se espera outra conduta do aluno que não a de ser passivo no processo de aprendizado. Ora, se no ambiente educacional os professores não possuem a liberdade de ensinar, obviamente a liberdade de aprender não se faz presente, tem-se que não há liberdade de aprender sem a liberdade de ensinar²⁴⁹.

Tem-se que o aludido entendimento não é vislumbrado na esfera educacional brasileira. Ao esmiuçar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, verifica-se que ela está pautada na máxima de que a finalidade precípua da educação é o aprendizado do aluno. Deste modo, o texto da lei está imbuído de grande interesse pela flexibilização da organização dos sistemas educacionais, visando chegar ao fim maior que é a aprendizagem dos estudantes²⁵⁰.

Neste sentido, concebe-se que os interesses dos professores devem se subordinar aos interesses de aprendizado do aluno²⁵¹. A referida legislação tem por escopo promover a educação como sendo um processo essencialmente formativo, no sentido reconstrutivo humano, e esse processo toma o aluno como ponto de partida e de chegada, desconsiderando a importância da liberdade de ensino no processo de ensino-aprendizado²⁵².

Por consequência, entende-se que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação carece passar por uma reformulação para atribuir a importância ao direito à liberdade de ensino no processo de aprendizagem, não só como mero mecanismo a serviço da liberdade de aprender, mas como um direito que serve ao conhecimento.

²⁴⁸U.S.A. **Statement of principles on academic freedom and tenure.** *Op. Cit.* p.295.

²⁴⁹HOOK, Sidney. As revoltas estudantis poderiam destruir a liberdade universitária. In: CAPALDI, Nicholas (Org.). **Da liberdade de expressão:** uma antologia de Stuart Mill a Marcuse. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1974, p.202.

²⁵⁰DEMO, Pedro. **A nova LDB:** ranços e avanços. 23. ed. Campinas, SP: Papirus, 2012, p.20.

²⁵¹SÁNCHEZ, Ismael Quiles. **Princípios básicos da liberdade de ensino.** Trad. Braulio Sánchez Sàez. Rio de Janeiro: AEC do Brasil, 1957, p.28.

²⁵²DEMO, Pedro. **A nova LDB:** ranços e avanços. *Op. Cit.* p. 45.

2.3.2 Relações entre direito à liberdade de ensino e autonomia universitária

A Constituição de 1988 estabeleceu no seu artigo 207 que “as Universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

Vale esclarecer que a autonomia universitária possui um caráter plurissignificativo, dotada de várias dimensões, de aplicação, sendo elas políticas, jurídico- administrativas ou didático-científicas. Quanto à dimensão política, essa corresponde à capacidade de elaborar suas próprias normas, dispor sobre a administração de seus serviços, assim como sobre os seus membros²⁵³.

No que tange à dimensão jurídica- administrativa da autonomia universitária, essa corresponde à submissão e execução técnica às diretrizes educacionais do ensino universitário consagradas na Constituição e nas leis, tais como: a liberdade acadêmica, pluralismos de ideias entre outros. Destarte, tanto a autonomia administrativa quanto a financeira compõe a aludida dimensão e ambas, por sua vez, são exercidas dentro dos parâmetros fixados pelos diplomas legais²⁵⁴.

Partindo deste pressuposto, tem-se que tanto a autonomia administrativa quanto a financeira são vistas como instrumentos para o exercício da autonomia científica que engloba as diretrizes constitucionais e infraconstitucionais basilares do ensino universitário²⁵⁵.

No tocante à autonomia didática- científica, frisa-se que ela pode ser concebida de dois modos: o primeiro modo considera a permissão dos gestores das Instituições de contratarem professores, técnicos e cientistas

²⁵³ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A liberdade de cátedra universitária face à interpretação do conceito de autonomia didático- científica. In: DINIZ, Debora; BUGLIONE, Samantha; RIOS, Roger Raupp (Org.). **Entre a dúvida e o dogma:** liberdade de cátedra e universidades confessionais no Brasil. Brasília: Letras Livres; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 155.

²⁵⁴ *Id. Ibidem.*

²⁵⁵ BOAVENTURA, Edvaldo M. A constitucionalização da autonomia universitária. **R. inf. Legis**, n. 108, out.-dez, 1990.p.301.

estrangeiros, nos moldes do parágrafo 1º, do artigo 207 da CF²⁵⁶, consubstanciando a faculdade direcionada às Universidades de selecionarem professores e programas educacionais, observando os limites postos em lei²⁵⁷. O segundo modo parte-se da premissa que a autonomia universitária deriva da liberdade acadêmica, tendo por objetivo a não interferência indevida das atividades dos profissionais do ensino, protegendo a efetiva produção e transmissão do conhecimento²⁵⁸.

Nesta perspectiva, a autonomia didático-científica é destinada aos professores, atrelada ao avanço do conhecimento e sua divulgação, por meio do ensino, da pesquisa e da extensão, sendo este o tripé do ensino superior. Através dessa autonomia desenvolvem-se novas teorias, concepções científicas e novas tecnologias, os quais estão inseridos na esfera de competência do docente e não dos gestores das Universidades²⁵⁹, ao que parece ser a melhor concepção de tal autonomia.

Tecidas estas considerações, nota-se que a autonomia universitária tem por fundamento possibilitar o exercício da liberdade acadêmica e, especificadamente, da liberdade de ensino, sendo uma condição garantidora de tais liberdades²⁶⁰. Avaliando-se as dimensões da autonomia universitária, confirma-se que todas se fundam em um mesmo ponto, qual seja a de resguardar o exercício das liberdades dos membros da comunidade acadêmica, corroborando com tal acepção que a autonomia política das Universidades é restrita, a fim de não cercear as aludidas liberdades, já que as mesmas compõem as diretrizes gerais do ensino superior.

Destarte, atribui-se autonomia para as Universidades para propiciar uma zona de liberdade sem interferências de pressões externas no domínio da sua missão acadêmica, deixando os docentes livres para prosseguir com a sua pesquisa e ensino, estando sujeitos apenas ao julgamento acadêmico quanto à competência do conhecimento transmitido e criado, em termos de

²⁵⁶ LELLIS, Lélio Maximino. **Princípios constitucionais do ensino.** São Paulo: Lexia, 2011, p.190.

²⁵⁷ BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno P. **Autonomia universitária como instrumento de garantia do pluralismo de ideias.** Op. Cit. p.138.

²⁵⁸ LELLIS, Lélio Maximino. **Princípios constitucionais do ensino.** Op. Cit.p.190.

²⁵⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A liberdade de cátedra universitária face à interpretação do conceito de autonomia didático- científica.** Op. Cit.p. 155.

²⁶⁰ BOAVENTURA. Edvaldo M. **A constitucionalização da autonomia universitária.** Op. Cit. p.302.

confiabilidade e verificabilidade²⁶¹. Deste modo, a zona de liberdade da esfera acadêmica abriga o debate de ideias relevantes que são avaliadas pelo seu mérito acadêmico e não por serem aderidas pela maioria democrática²⁶².

Com base no exposto, construiu-se, na doutrina norte-americana, o entendimento de que a autonomia universitária corresponde à liberdade acadêmica institucional²⁶³. E de fato pode ser compreendida assim, pois corresponde à condição no contexto institucional necessária para que os professores exerçam as funções que lhes se são incumbidas²⁶⁴.

A Declaração de 1915 se inclina nesse sentido, dispondo que se qualquer Universidade anular a liberdade intelectual de seus professores configurará uma Instituição de ensino superior imprópria, não merecendo apoio ou respeito perante a população²⁶⁵. Tem-se que a autonomia universitária não pode ser invocada pelos estabelecimentos do Ensino Superior para prejudicar os direitos inerentes ao corpo docente²⁶⁶.

Nesta perspectiva, é desejável que a Universidade, ao exercer sua autonomia, decidindo sobre os cursos a serem ofertados, os projetos educativos, as normas profissionais que tratam de padrões acadêmicos entre outros aspectos, possibilite que os professores participem dessas decisões²⁶⁷.

²⁶¹ SHAFFER. Frederick P. *A guide to academic freedom*. Op. Cit. p. 10.

²⁶² RABBAN. David M. *A functional analysis of "individual" and "institutional" academic freedom under the first amendment*. 1990. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol53/iss3/8/>>. Acesso em: 11 jul. 2014, p.267.

²⁶³ POST, Robert C. *Democracy, expertise and academic freedom*. Op. Cit.p.77.

²⁶⁴ UNESCO. *Recomendação relativa à condição do pessoal docente do ensino superior*. Op. Cit. p. 5.

²⁶⁵ U.S.A. *Statement of principles on academic freedom and tenure*. Op. Cit. p.293.

²⁶⁶ UNESCO. *Recomendação relativa à condição do pessoal docente do ensino superior*. Op. Cit. p. 5.

²⁶⁷ SHAFFER. Frederick P. *A guide to academic freedom*. Op. Cit. p. 9.

3 CONCLUSÃO

O direito à liberdade acadêmica, embora não esteja diretamente previsto na Constituição Federal, está ao certo previsto indiretamente ao se dispor sobre as dimensões de tal liberdade como princípios norteadores da educação. Assim, se é certo que normas de direitos fundamentais são dotadas de uma estrutura principiológica, o fato da liberdade de ensino, liberdade de pesquisa e liberdade de ação e elocução extramuros estarem previstas como princípios do ensino, não obsta o fato delas serem consideradas como direitos fundamentais autônomos.

Nada obstante, ao que parece a doutrina constitucional brasileira ainda é um pouco tímida ao tratar do direito à liberdade de ensino como um direito fundamental autônomo, talvez em virtude do caráter da norma de direito fundamental que institui a liberdade acadêmica, sendo classificada como norma programática, vinculando a liberdade acadêmica à promoção do direito à educação. Ocorre, que se a liberdade de pesquisa e a liberdade de ação e elocução extramuros podem ter seu exercício visualizado em um ambiente distinto que o educacional, o mesmo não acontece com a liberdade de ensino, levando a uma conclusão equivocada, a qual parte da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que tal liberdade consubstancia uma faculdade que compõe a dimensão negativa do direito à educação.

Esse entendimento desconsidera que o conteúdo de um direito fundamental é composto de uma dimensão objetiva e subjetiva, sendo necessário conceber ambas as dimensões para atestar o caráter autônomo de um direito fundamental. Sob esta perspectiva, importa considerar que o exercício da liberdade de ensino facilita posições jurídicas ao docente, as quais permitem que o mesmo esteja em um processo contínuo de construção da sua personalidade humana, atualizando-se enquanto profissional e aprimorando-se como cidadão.

Nota-se, portanto, que o exercício da liberdade de ensino torna-se importante ao docente não por desencadear na promoção da educação, mas por finalidades distintas, as quais se relacionam com outros direitos e princípios fundamentais, tais como: o direito ao trabalho, princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da cidadania.

Considera-se, ainda, que o direito à liberdade de ensino convive concomitantemente com outras liberdades do ensino superior, quais sejam a liberdade de aprender e a autonomia universitária, sendo necessário que o docente comprehenda a importância que a liberdade de aprender possui aos alunos, os quais vislumbram por meio dela desenvolver os mesmos princípios e direitos, que aquele desenvolve no exercício da sua liberdade de ensino. Tendo por certo, que ao haver respeito e confiança entre professores e alunos, efetivamente terá um adequado ensino superior.

Quanto à autonomia universitária é importante não tratá-la como algo distinto da liberdade acadêmica, visto que a mesma decorre de tal liberdade, atribuindo-se autonomia às Universidades para que professores possam pesquisar e ensinar sem ingerências externas da sociedade e do poder público. Assim, a relação entre autonomia universitária e liberdade de ensino, a despeito do que considera parte dos constitucionalistas, não deve ser de conflito. Tem-se que o exercício da autonomia universitária pelos gestores para produzir conhecimento competente, exige que as Instituições de Ensino garantem as condições básicas para o exercício da liberdade de ensino.

BALANÇO DOS 30 ANOS DA “GESTÃO DE RESULTADOS” NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Juliano Ribeiro Santos Veloso²⁶⁸

A contradição entre o potencial econômico, político e social, a realidade de desigualdade e as promessas constitucionais legais é evidente no cenário brasileiro. Causa angústia a qualquer cidadão, após a leitura da Constituição Cidadã, tentar entender como uma das maiores economias do mundo tem estatísticas de violência piores do que a de países em guerra, favelas nos centros urbanos, estradas esburacadas, falta de leito em hospitais, insegurança pública, só para ficar em poucos exemplos.

A angústia se transforma em perplexidade, quando se percebe que a Constituição brasileira não é somente uma carta de desejos, como tantas constituições de outros países. Além de determinar os objetivos²⁶⁹ em torno de direitos fundamentais, estabelece o caminho para a mudança. O art. 74, I e II, da CRFB/88, estabelece a “gestão de resultados” como um meio jurídico gerencial de atuação do Estado brasileiro. Todavia, passados mais de 30 anos, é possível afirmar que ainda é desconhecida sua aplicação no ordenamento brasileiro.

A “gestão por resultados” é um modelo gerencial de larga utilização e de comprovada efetividade em organizações públicas e privadas do mundo inteiro. Se cada Poder precisa manter um controle interno (art. 74, I e II) para avaliar a eficiência e a eficácia dos resultados, então o Estado brasileiro, como

²⁶⁸ Procurador Federal - AGU. Professor da Escola da Advocacia Geral da União (Direito e Gestão). Doutor em Direito Público (Puc/Minas - 2018). Mestre em Direito Público (Puc/Minas 2013). Graduação em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro (Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental -1998). Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2000). MBA em Finanças/Banking pela Fundação Dom Cabral (Programa Novos Talentos/Santander). Pós Graduado em Direito Processual Civil. Pós graduado em Advocacia Pública (iDDE/AGU/COIMBRA). Experiência em diversas áreas (mercado financeiro, administração pública e privada, contencioso judicial, consultoria) com ênfase em temas relacionados a Direito e Gestão. Membro do IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Processual. E-mail: julianoveloso@hotmail.com. Site: <https://julianoveloso.academia.edu/> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4781657816997008>.

²⁶⁹ É importante consignar que na Constituição não há metas. Metas são objetivos específicos, mensuráveis, em um determinado prazo. Na Constituição há objetivos, que são gerais por natureza.

um todo, precisa ser avaliado quanto a eficiência e eficácia do resultado produzido. Logo, a Constituição Federal estabelece a gestão de resultados como um “modus operandi” constitucional do Estado brasileiro. É um dever do Estado e um direito do cidadão a utilização desse modelo gerencial para geração de resultados.

Mesmo havendo a garantia constitucional de um instrumento tão poderoso de gestão na Carta Maior, as deficiências em torno dos direitos fundamentais aumentam, como comprovado pelos indicadores de educação, competitividade e desenvolvimento humano. É comum, hodiernamente, o Judiciário brasileiro ser acionado para solucionar várias crises do Estado. Só para ficar em dois exemplos recentes, pode-se citar a crise do setor penitenciário brasileiro (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347 (BRASIL, 2016) que declarou a inconstitucionalidade do sistema prisional brasileiro) e a crise financeira dos Estados (Ação Cível Originária – ACO 2972 (BRASIL, 2017) na qual o Estado do Rio de Janeiro questiona o bloqueio de recursos pelo governo federal). A constatação de falta/geração de resultados é uma forma de desvelar/desconstruir²⁷⁰ ou até de escancarar problemas históricos ou modernos do Estado brasileiro. As ações judiciais representam um sinal de alarme (ABRAMOVICH, PAUTASSI, 2009) e a constatação de uma realidade extrema de falta de resultados em torno dos direitos fundamentais.

As possíveis causas do problema da deficiência de resultados no contexto brasileiro são diversas. Sob o aspecto cultural, antropológico e sociológico, há justificativas como o patriarcalismo (FREYRE, 2003), o patrimonialismo (FAORO, 2000), a Cordialidade (HOLANDA, 1995), a ausência de nexo moral em função de discrepâncias da colonização, ou os acordos sociais que levam a Invisibilidade da desigualdade (SOUZA, 2006 e 2009). Do ponto de vista jurídico, o formalismo que distancia o Direito da realidade, o idealismo em torno de instrumentos como a análise econômica do direito, e a própria falta de identidade atual do Direito Administrativo (CASSESE, 2014), contribuem para a falta de efetividade. Do ângulo gerencial da Administração

²⁷⁰ “Desvelar” é utilizado no sentido Heideggeriano. E “desconstruir”, a partir da perspectiva derridiana.

Pública não é diferente, os controles interno e externo²⁷¹ dos tribunais de contas só recentemente começam a se preocupar com a avaliação da efetividade. As práticas gerenciais na Administração tendem a ser um fim em si mesmo. Apesar do mandamento constitucional, não há uma cultura de gestão de resultados na Administração Pública brasileira, as iniciativas são episódicas e esparsas.

Partindo dessa realidade complexa, percebe-se, ao analisar a história do constitucionalismo em torno dos direitos fundamentais, que a estratégia de atribuição e concretização de direitos por meio de instituições não pode ser ignorada, como querem economistas (DELFIM NETTO, 2017), gestores (MURICI, 2013; NOGUEIRA, 2014) e políticos. A reforma gerencial de 1998, por exemplo, falhou ao querer tratar o particular como cliente, esquecendo a dimensão da cidadania (NOHARA, 2012).

A Organização das Nações Unidas reconhece a estratégia de empoderamento social como bem-sucedida na história de vários países (ABRAMOVICH, PAUTASSI, 2009). O reconhecimento histórico dos direitos

²⁷¹ Em pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal de Contas da União, em todas as bases de jurisprudência, realizada no dia 04 de novembro de 2017, com o termo “gestão por resultados”, foram encontrados 32 acórdãos. O acórdão TCU de nº 948 de 13 de abril de 2016 (BRASIL, 2016) determinou que o Ministério do Planejamento, por meio do Plano Plurianual, implementasse o planejamento e a gestão de resultados. “261. Em relação ao monitoramento da execução orçamentária e avaliação de resultados, as análises empreendidas permitiram concluir que faltam indicadores de efetividade no PPA; os objetivos do plano não possuem indicadores e tampouco metas anuais; não há definição clara dos responsáveis pela realização dos objetivos do PPA, mormente aqueles decorrentes de agendas transversais sem planos nacionais; o monitoramento semestral revela-se intempestivo para auxiliar a gestão; a atual estrutura do orçamento dificulta a associação entre custos incorridos e o resultado das políticas; falta uma instância de coordenação, responsável pela supervisão da execução orçamentária e cobrança mais efetiva por resultados; e os processos de monitoramento e avaliação são formais e nem sempre retroalimentam o sistema de planejamento. Ressalte-se que esse assunto está sendo tratado no TC 023.984/2015-5 e que, por este motivo, não será objeto de recomendações e/ou determinações neste trabalho. 262. Desse modo, verifica-se que a Administração Pública Federal ainda não está aderente ao princípio da boa governança orçamentária que trata do ‘desempenho, avaliação e custo-benefício’. No caso, além dos problemas metodológicos, percebe-se a falta de uma instância de coordenação, responsável pela supervisão da execução orçamentária e cobrança mais efetiva por resultados. Muitas vezes, o MP se comporta como mero definidor de cronogramas e consolidador de informações, ao invés de exercer o papel de protagonista dos processos de planejamento e orçamento federal, supervisionando e monitorando a execução dos orçamentos e do Plano, bem como avaliando os impactos das intervenções governamentais” Observa-se da decisão, que o art. 74 da CF/88 só foi lembrado, sem qualquer análise sobre a sua centralidade no contexto constitucional. A Tomada de Contas se deu exclusivamente em função de demandas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e do Fundo Monetário Internacional (FMI). A discussão da gestão jurídica de resultados pode ajudar a incrementar o trabalho do controle externo pelo Tribunal de Contas que, como mostrado, ainda é incipiente. (BRASIL, 2017)

fundamentais ajudou a promover a igualdade material, a proteção das minorias, assegurou o pluralismo, garantiu a tolerância no meio social e a própria efetividade do Estado de Direito (SAMPAIO, 2013). Em suma, a história comprova que a implementação da “gestão de resultados” no Estado brasileiro terá maior probabilidade de êxito, se devidamente alinhada ao reconhecimento jurídico de direitos. A gestão é reconhecida como bem jurídico dentro do novo constitucionalismo latino americano (CARNOTA, 2017).

O “Constitucionalismo de Efetividade”²⁷² foi a tentativa jurídica brasileira de maior repercussão para lidar com o problema da efetivação de direitos fundamentais. São contribuições desse movimento: o reconhecimento da necessidade de eficácia social da lei, do caráter democrático do controle de legalidade, do enfrentamento da insinceridade normativa, da redefinição da ideia de supremacia do interesse público, da transformação da legalidade em juridicidade, e da possibilidade de controle de mérito dos atos da Administração.

Esse espírito de efetividade, em torno dos direitos fundamentais, também foi identificado em autores estrangeiros e nacionais de Direito Administrativo, de Direito Administrativo Global e de Direito Processual. Os primeiros pregam um Direito Administrativo da ação pública (CAILOSSE, 2008); uma reformulação do Direito Administrativo em geral e especial (VERA, 2009), a partir de novos institutos jurídicos como o planejamento (VELOSO, 2014); a centralidade do conceito de política pública (BUCCI, 2002); o reconhecimento da influência do “*New Public Management*” e da governança (TANDA, 2012). Os segundos, do chamado “Direito Administrativo Global” (CHITI; MATTARELLA, 2011), reconhecem o papel das Cortes Internacionais na efetivação dos direitos humanos/fundamentais. E os terceiros, do chamado “Processualismo Estrutural” (GRINOVER, 2016), defendem uma forma de controle judicial de política pública mais apegada à realidade e o combate a um

²⁷² Souza Neto (2017, p. 10/15) explica que o “constitucionalismo brasileiro de efetividade” é um movimento político (ideias e ações e não só acadêmico por isso não é só teoria) de produção dogmática jurídica progressista que tem como objetivo atribuir a maior efetividade possível ao texto constitucional. Por isso, busca uma concepção material de legitimidade e não somente procedural. Contrapõe-se às teorias anteriores que admitiam a inefetividade de algumas normas constitucionais, como a proposta por Rui Barbosa, que classificava as normas em autoaplicáveis e não autoaplicáveis.

direito processual civil míope utilitarista²⁷³. Todas essas linhas de pensamento agregam, de alguma forma, a discussão sobre a efetividade do Estado constitucional brasileiro pela gestão de resultados.

A partir dessas correntes, percebe-se que a preocupação com a efetivação dos direitos Humanos/fundamentais, certamente com intensidades diferentes, é também um tema global multidisciplinar, e a “gestão por resultados” constitucional brasileira não pode ignorar essa realidade. O próprio reconhecimento do Direito Administrativo Global e do Ativismo Judicial em vários países reforça a necessidade de reinvenção do Direito Administrativo/Processual Constitucional para dar conta dos desafios da realidade.

Há consenso no sentido de que o aproveitamento dos conhecimentos metajurídicos não é uma opção, mas uma necessidade. Mas os poucos trabalhos que discutem o tema partem de premissas idealizadoras, e ignoram as diferentes formas de “*mindset*”²⁷⁴ do direito e da gestão.

Diante dessa realidade multidisciplinar, percebe-se a incongruência entre a gestão de resultados, que trabalha com uma lógica de incerteza e experimentalismos, e o Direito, que idealiza um mundo de certezas jurídicas. Se a realidade é complexa, ambígua, dinâmica, incerta e cheia de riscos, direito e gestão precisam trabalhar na mesma sintonia.

A segurança jurídica ocorre pelo reconhecimento da realidade complexa da política pública. A certeza jurídica acontece por meio do desvelamento e desconstrução contínua da gramática profunda (CORREA; CRUZ, 2015). O raciocínio do desvelamento e da desconstrução dialoga com o ciclo do processo administrativo de resultado da política pública previsto no art. 74 da CF/88. Ambos estão em constante movimento para desvelar a farsa de um Estado que não produz resultados para o cidadão, de modo a reconstruí-lo de acordo com os desejos constitucionais.

²⁷³ O “direito processual de resultados” que não visa a satisfação do cidadão, se contrapõe aos objetivos desse trabalho. Indicadores como número de sentenças não necessariamente garantem a efetividade da saúde, educação e infraestrutura. Os resultados internos devem levar a geração de resultados externos. Se isso não ocorre, não há resultados efetivos. Há, na verdade, um velamento da verdade.

²⁷⁴ “Mindset” pode ser entendido como a forma predominante de como vemos, compreendemos e julgamos as coisas.

O processo administrativo de resultado da política pública, descrito no art. 74, I e II da CF/88, pode ser descrito por quatro fases: “Planejamento, execução, controle e avaliação”. O equivalente na Ciência Política, utilizado pelo STF na ADPF 347 (BRASIL, 2016), é o processo de “formulação, implantação, monitoramento e avaliação”. Já na gestão pública, as mesmas fases são descritas por PDCA: “*Plan, Do, Check and Act*”. Essas fases constantemente se retroalimentam até o alcance do objetivo final, por meio do resultado concreto esperado. Enquanto houver falta de resultado, haverá necessidade de desvelamento/ desconstrução, retroalimentação do processo, e busca de solução do problema.

Mas o alinhamento não termina na constatação de correlação entre o raciocínio jurídico do desvelamento/deslocamento e o raciocínio gerencial do processo administrativo de resultado da política pública. É importante também reconhecer outros “calcanhares de Aquiles” do Direito, para permitir a adequada interação entre o Direito e a geração constitucional de resultados. O operador do direito não é um observador isento (CRUZ; DUARTE, 2013). Realidade facilmente comprovável pelos jogos de percepção da psicologia, os estudos de neurociência e de vieses cognitivos (BENSON, 2017). Por outro lado, as constantes idealizações do raciocínio jurídico em nada ajudam no diálogo com a gestão de resultados, que parte da realidade. Fatos jurídicos são todos acontecimentos sociais em que se cria, perpetua, modifica ou extingue direitos. Qualquer análise que se pretenda jurídica deve partir da observação dos fatos jurídicos. Não se pode dizer que algo não é jurídico simplesmente por não ter uma explicação à luz do intérprete, apesar de estar na legislação. Os argumentos da política, economia e sociologia podem ser utilizados na análise jurídica, porque são faces da mesma moeda, e sustentam a geração de resultados. Princípios e regras são postulados criados para dar lógica ao sistema. A “resposta correta” sempre será contingente. Os conceitos jurídicos são determináveis em um jogo de linguagem. A legalidade deve ser entendida no sentido amplo ou juridicidade. Os argumentos de justificação e aplicação induzirão a dinâmica de efetivação do direito por meio do processo administrativo de política pública, que gera o progressivo reconhecimento dos direitos.

Na Constituição brasileira de 1988, o modelo de gestão de resultados está insculpido no art. 74, I e II, e impõe essa forma de atuação para o Estado. O processo administrativo de resultado da política pública está representado na leitura do caput em conjunto com o inciso primeiro. As palavras “Planejamento, Execução, Controle e Avaliação” estão expressas e utilizadas dentro da lógica da política pública. A soma com o inciso II, gera o modelo de gestão de resultados quanto a eficiência, eficácia e legalidade.

Usualmente o art. 74, I e II, da CRFB/88, é lido de forma literal e formalista, atribuindo somente ao controle interno a responsabilidade pelo controle de resultados. Mas essa leitura é impossível, porque o controle de resultados depende de ação com intenção de alcançar resultado. A avaliação do cumprimento das metas dos planos, programas e orçamentos, quanto a legalidade, eficiência e eficácia só ocorre se há uma ação voltada para o resultado. Não há como fazer controle de resultados de ação tecnicista formalista. Resultado é ato ou efeito de resultar. Resultar é consequência de um fato ou ação. Logicamente, não havendo fato ou ação voltada para resultar em algo, não há como avaliar o resultado. Se não há resultados concretos, há um problema. O problema deve gerar metas a partir dos objetivos legais.

O controle de resultados constitucional é operação para verificar se o resultado esperado (planejado) foi alcançado, ou não. Eficiência é fazer certas as coisas. Eficácia é fazer as coisas certas. Efetividade é fazer certas as coisas certas. Só há efetividade se houver eficiência e eficácia. A eficácia prepondera sobre a eficiência, porque se for feita a coisa errada, não adianta qualquer nível de eficiência. Os programas de integridade e compliance, tão em moda atualmente, tem seu fundamento no art. 74 da CRFB/88, porque impõe a observâncias às normas e o aperfeiçoamento da gestão por resultados. O programa de compliance e de integridade real é o cumprimento do texto constitucional.

Outro mecanismo implícito importante para a gestão constitucional de resultados é o desdobramento de metas quando da elaboração dos planos. Cada servidor público, ato e processo, deve ter suas metas alinhadas com as metas do Estado como um todo, para permitir a efetividade para a sociedade. Se o objetivo é realizar o direito à saúde, e a meta para aquele ano é a construção de um hospital, então a meta de construção deve ser desdoblada

para cada órgão, processo e agente público. Todas essas metas devem estar previstas no plano ou nos planos de cada servidor, setor e órgão envolvido no projeto. É essa orquestração afinada que permitirá a concretização dos direitos fundamentais pelo Estado. A Constituição é o plano mestre, os planos de políticas públicas específicas (Ex: PNE-Plano Nacional de Educação) são setoriais, e os outros planos como os editais de licitação e as ordens de serviço, são os planos operacionais (VELOSO, 2014). Os planos de metas são desdobláveis em função do prazo, em curto, médio e longo prazo. São também desdobláveis no território nos níveis nacional, regional, estadual, metropolitano e municipal.

Decorre do texto constitucional o direito a um resultado (direito ao resultado). Um dos obstáculos que impedem a efetivação da gestão de resultados como instrumento de garantia constitucional é a importação de doutrinas alienígenas afastadas de nossa realidade. O dever da “boa administração”, por exemplo, tem conotação de contraditório e ampla defesa (CASSESSSE, 2017), o que não ajuda na explicação da gestão jurídica de resultados. Um discurso ideológico míope também é uma barreira. A única ideologia²⁷⁵ do art. 74 da CF/88 é a geração de resultados eficientes e eficazes para o cidadão. Não há como atribuir a gestão de resultados a um determinado governo, porquanto é um bem jurídico constitucional brasileiro.

²⁷⁵ Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, p. 585) alerta pela possibilidade de significados que o termo pode adquirir. Mas para esses autores, ideologia teria um significado fraco e outro forte. *Tanto na linguagem política prática, como na linguagem filosófica, sociológica e político-científica, não existe talvez nenhuma outra palavra que possa ser comparada à Ideologia pela freqüência com a qual é empregada e, sobretudo, pela gama de significados diferentes que lhe são atribuídos. No intrincado e múltiplo uso do termo, pode-se delinejar, entretanto, duas tendências gerais ou dois tipos gerais de significado que Norberto Bobbio se propôs a chamar de "significado fraco" e de "significado forte" da Ideologia. No seu significado fraco, Ideologia designa o genus, ou a species diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas: um conjunto de idéias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos. O significado forte tem origem no conceito de Ideologia de Marx, entendido como falsa consciência das relações de domínio entre as classes, e se diferencia claramente do primeiro porque mantém, no próprio centro, diversamente modificada, corrigida ou alterada pelos vários autores, a noção da falsidade: a Ideologia é uma crença falsa. No significado fraco, Ideologia é um conceito neutro, que prescinde do caráter eventual e mistificante das crenças políticas. No significado forte, Ideologia é um conceito negativo que denota precisamente o caráter mistificante de falsa consciência de uma crença política".* A utilização que ser quer dar nesse trabalho é a do significado fraco. A “gestão de resultados” não é uma falsa consciência de uma crença política. É simplesmente um instrumento gerencial, que pode ser usado para o bem ou para o mal.

A gestão jurídica de resultados dialoga com outros instrumentos jurídicos de conotação também gerencial do ordenamento. A gestão jurídica de resultados ganha sustentação em diversos institutos jurídicos gerenciais previstos na doutrina, legislação e jurisprudência. Não é difícil encontrar na legislação brasileira termos como: diagnóstico, planejamento, diretrizes, objetivos, metas, estratégias, programas, projetos, ações, sistemas de informação, avaliação de impacto, riscos, indicadores de desempenho, *accountability*, gestão, função social, sustentabilidade e desenvolvimento.

A gestão pode ser considerada um verdadeiro bem jurídico presente em diversos textos constitucionais do chamado “novo constitucionalismo latino americano”, bem como de outros continentes. A ADPF 347 (BRASIL, 2016), que parte do pressuposto da teoria do Estado da Coisa Inconstitucional, claramente utiliza o processo administrativo de resultado na sua versão para a ciência política (formulação, implantação, monitoramento e avaliação), além de outros institutos jurídicos gerenciais como metas, objetivos e planos. O Direito Administrativo Ambiental é um bom exemplo de utilização disseminada dos instrumentos gerenciais na literatura jurídica e legislação.

O Direito Administrativo pode ser um obstáculo à efetivação do modelo constitucional de gestão de resultados, e, por isso, é importante alinhá-lo às premissas constitucionais. Atualmente, há consenso quanto a existência de uma crise (CASSESSSE, 2014), mas não há acordo quanto a saída da crise do Direito Administrativo. Existem três correntes (SILVA, 2016): A primeira corrente defende a reforma e reconstrução do Direito Administrativo baseada ainda na centralidade do ato administrativo. A segunda entende que deve haver uma dualidade de regime, a depender da Administração agressiva ou prestadora, abandonando a dogmática tradicional. E a terceira, discute se o conceito central seria a relação jurídica ou o procedimento. Percebe-se que nenhuma leva em consideração o resultado. A proposta Constitucional brasileira é diferente de todas as outras porque entende que a saída é o Direito Administrativo utilizar seus mecanismos (ato ou processo) para atender os anseios do cidadão. Se a causa para a crise são as demandas sociais democráticas, a geração de resultados para o cidadão é uma solução. Discutir

a importância do ato, processo ou relação jurídica perpetua “a vida dos outros” e o formalismo jurídico.

No Estado Democrático de Direito é repudiado qualquer tipo de autoritarismo. Mas as atividades exclusivas (poder: de polícia, regulamentador, fiscalizador e de intervenção direta ou indireta) exigem prerrogativas para a Administração, que devem estar atreladas à prestação de contas (accountability). As funções legislativas (planejar), executivas (implementar) e jurisdicionais (Controlar) devem ser vistas de acordo os mecanismos de freios e contrapesos na geração de resultados do Estado como um todo para o cidadão. O Estado só se justifica nas atividades que gera resultados para a sociedade, por isso, natural a defesa de um Estado necessário. A separação de poderes não pode obstaculizar a sinergia organizacional dentro do Estado.

A *accountability* (responsividade) é inerente ao raciocínio da gestão de resultados. A ação administrativa é realizada, do ponto de vista jurídico, pelo ato e processo administrativo, que devem estar alinhados com o resultado final do Estado. O regime jurídico administrativo deve estar pautado na prestação de contas, e não em uma ideia jusnaturalista de interesse público precedente.

A teoria da nulidade do ato administrativo prevista no art. 2º da Lei de Ação Popular (Lei 4717/65) não responde ao momento entre a legalidade e a falta de efetividade. Há uma situação de irregularidade, que nem torna o ato nulo e nem anulável, mesmo não havendo geração de resultados, e que permite o reinício do ciclo do processo administrativo. A teoria do ato administrativo precisa ser repensada de forma a atender a efetividade. O resultado pode ser considerado um elemento do ato administrativo. Logicamente, o ato administrativo precisa ser visto de uma maneira dinâmica, de acordo com um novo “mindset” jurídico voltado para o resultado. A perspectiva formalista e idealizadora do Direito Administrativo é incompatível com as premissas constitucionais.

O processo administrativo de resultado da política pública (planejamento, execução, controle e avaliação) previsto no art. 74, I e II, da CF/88 é formalmente jurídico porque está na Constituição Federal e na legislação. É materialmente jurídico, porque cria, extingue, perpetua e modifica direitos. É o instrumento, por natureza, da gestão de resultados em organizações públicas e privadas do mundo inteiro.

O primeiro passo então é a compreensão do “direito ao planejamento”. O texto constitucional brasileiro é o plano mestre ou projeto de futuro do país. A legislação federal brasileira de políticas pública trata dos planejamentos setoriais. E os editais, portarias e ordem de serviço, só para ficar em três exemplos, são planejamentos operacionais. O planejamento é um direito e um dever (VELOSO, 2014). Há decisões judiciais determinando a elaboração e execução de planos para efetivação de direitos fundamentais. O direito ao planejamento é, então, o direito à elaboração e execução de planos. O planejamento é um processo de definição de metas e resultados a partir dos objetivos previstos no ordenamento. No direito ao planejamento está o direito à participação na elaboração do plano. O plano que não é elaborado de forma democrática, pode ser questionado. O planejamento pode ser para a execução direta ou indireta (regulação). O Plano deve ser claro, consistente, prospectivo, contentável e estável. Os membros da sociedade devem ser capazes de prever a ação dos agentes oficiais de modo a organizar suas vidas efetivamente. Os Planos devem proteger os indivíduos de eventuais abusos. Devem gerar economia de energia cognitiva na medida em que não há gasto para a reflexão sobre o melhor caminho para regular a sociedade. Há, ainda, economia de esforços para convencimento sobre a assertividade dos julgamentos (SHAPIRO, 2011). O planejamento (elaboração e execução do plano) é um direito fundamental porque é uma premissa da entrega do resultado final para o cidadão.

As leis sozinhas nada fazem. A experiência também mostra que mesmo em um cenário de abundância de recursos, se os gestores/operadores do direito forem ruins, não haverá resultados ou ficarão aquém do esperado. A mudança em qualquer lugar do mundo depende da liderança, da educação/treinamento e da atribuição/exequibilidade de direitos/deveres. A liderança é a capacidade de conduzir as pessoas. Albie Sachs (2016), “Justice” da Corte Constitucional da África do Sul, assim como Nelson Mandela (Executivo), são exemplos de liderança transformadora em seu país. Planos de carreiras e avaliação de desempenho são mecanismos que geram comprometimento em torno dos resultados. O recrutamento e seleção por concurso público, seja para ingresso ou remoção, deve atentar para as qualificações da pessoa e a atribuição dos cargos.

A organização, descentralização, coordenação e desconcentração podem também ser empecilhos à geração de resultados. Os processos, as pessoas, as organizações e os direitos precisam estar alinhados para a geração de resultados. As compras²⁷⁶, por exemplo, previstas na Lei 8666/93, devem estar atreladas ao resultado final da organização e do Estado. O ciclo do processo administrativo permite o incremento e inovação tecnológica. A desconcentração, descentralização, concessão, delegação e autorização são formas de organização inseridas no conceito de execução (2^a etapa do processo administrativo de resultados da política pública).

Os recursos financeiros podem ser classificados em receitas e despesas. As receitas devem estar em correlação com as despesas para evitar desequilíbrio. Diminuindo o gasto público, em tese, a tributação deveria diminuir. Do ponto de vista da despesa, a qualidade do gasto público pode ser aprimorada para gerar resultados.

Apesar da Constituição expressamente deferir o controle por resultado da Administração, seu funcionamento ainda é incipiente. O controle externo do Legislativo, auxiliando pelo Tribunal de Contas União só recentemente recomendou ao Ministério do Planejamento a realização de gestão de resultados, como se faculdade fosse (Acórdão TCU 948/2016). Desconhece-se iniciativas consistentes do controle interno federal na gestão de resultados, apesar de ser sua missão institucional constitucional.

Em função da falta de resultados, o Judiciário é acionado frequentemente. Recentes trabalhos em Direito Administrativo vêm questionando a discricionariedade e defendendo o controle judicial da conveniência e oportunidade. O controle de mérito é confirmado por Faria (2016), Pires (2013), Madalena (2016), Jordão (2016), Abboud (2014) e Ferraz (2013). Esses autores afirmam que a discricionariedade não pode ser limite ao controle porque gera distorções. Jordão (2016) denuncia o oportunismo das decisões judiciais que tendem à deferência da Administração, salvo questões sensíveis. O controle baseado na gestão jurídica de resultados vem atender justamente a demanda por controles menos formalistas, baseados em informações metajurídicas de natureza social, econômica, financeira e

²⁷⁶ Como todos os processos/procedimentos organizacionais descritos em leis.

conjuntural, como desejado por Ferraz (2013), Jordão (2016) e Abboud (2014), devendo só haver deferência à Administração se os direitos fundamentais estiverem sendo concretizados (COLANTUONO, 2009). Para fins de gestão jurídica de resultados, os controles externos (Legislativo e Judiciário) e interno (de resultado de cada Poder) estão inseridos no ciclo das políticas públicas e devem trabalhar para a consecução dos fins de resultados de Estado, que será avaliado, por fim, pelo cidadão.

As cortes, no mundo inteiro, desempenham papel fundamental na implementação de direitos fundamentais, como demonstra os estudos sobre o ativismo (Ex: KINGSBURY, 2009 e CHITI; MATTARELLA, 2011). Quem milita na advocacia pública brasileira pode atestar que o mérito, quando lembrado, tem prestado serviço para a omissão. Os juízes recorrentemente interferem nas políticas públicas, sem qualquer tentativa prévia de delimitação da conveniência ou oportunidade. Essa interferência no seio da política pública é facilmente comprovável em pesquisa nos Tribunais brasileiros (Ex: desaposentação - RE 661256²⁷⁷). Questões técnicas e de política complexas tendem a ter um juízo de deferência à Administração, enquanto a intervenção pelo Judiciário é realizada quando há questões jurídicas sensíveis (Ex: remédios). Apesar de tantos controles (interno, externo pelo Legislativo com o auxílio dos tribunais de contas, e externo pelo Judiciário), nenhum observa o controle jurídico gerencial por resultados, como determina a Constituição.

A avaliação, última etapa do processo administrativo de resultado da política pública, permite a retroalimentação do ciclo da política pública em busca dos objetivos. A avaliação pode ser qualitativa e quantitativa de diversas variáveis. A jurimetria, a avaliação do impacto legislativo, a avaliação do impacto regulatório e a governança por indicadores são exemplos de

²⁷⁷ A “desaposentação”, julgada no RE 661256/SC (BRASIL, 2016), é um bom exemplo de criação de normas pelo Judiciário, só para ficar em um único exemplo, dentro de uma só política pública. O STF assim decidiu: “[n]o âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), **somente lei** pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8213/91” (grifos nossos). Negar simplesmente a possibilidade de se discutir a desaposentação por meio do Judiciário não parece ser o caminho mais democrático. Espera-se que o sistema jurídico, a partir da geração jurídica de resultados, galgue patamares mais responsáveis de reconhecimento de direitos nas políticas públicas. No exemplo, o Judiciário poderia, antes de deferir milhares de benefícios ilegalmente, ter intimado o INSS para elaborar um plano para lidar com a demanda social.

instrumentos disponíveis catalisadores do modelo constitucional brasileiro de gestão de resultados.

A jurimetria procura desenvolver métricas dos fenômenos jurídicos. Utiliza-se estatística para mensurar fatos e processos jurídicos. O relatório Justiça em Números (2017), do Conselho Nacional de Justiça, é um estudo de jurimetria. Todavia, é falho, pois faltam informações e dados sobre a possível correlação dos indicadores externos com os indicadores internos. A atuação do Judiciário deve ser mensurada também pela sua contribuição no IDH – Índice de Desenvolvimento Humano, e não pela quantidade de julgados. O Judiciário gera resultados quando alcança a segurança jurídica, e não pelo número de decisões estatísticas descompassadas com a realidade.

Há também a avaliação do impacto legislativo (REYDER, 2016), que é estratégia para refutar ou corroborar argumentos em torno da elaboração, aperfeiçoamento e revogação de leis. Os Estados Unidos e a União Europeia institucionalizaram a avaliação do impacto legislativo para aperfeiçoar suas legislações, que são verdadeiros planos.

A avaliação de impacto regulatório (SALGADO; HOLPERIN, 2010) é outra alternativa nesse momento final do ciclo da política pública. É prática incipiente junto às agências reguladoras brasileiras. É também um trabalho de longo prazo, que exige o acompanhamento e suporte de todos os níveis hierárquicos. Procura-se, por essa metodologia, avaliar os custos e benefícios da intervenção governamental.

A governança por indicadores (DAVIS, 2012) é outra forma de avaliar juridicamente o desempenho do Estado para o cidadão. Os indicadores têm o poder de direcionar, controlar, recompensar, mobilizar e entender os fatos. Evidenciam a falta de resultados e direcionam a ação do Estado para o atingimento de patamares melhores. Em uma situação ideal, cada servidor deveria saber como seu trabalho gera resultado para o Estado melhorar seu desempenho, por meio de indicadores como o IDH- Índice de Desenvolvimento Humano.

A tutela jurisdicional deve ser também avaliada quantitativamente e qualitativamente. Um indicador de ativismo judicial pode ser utilizado, por exemplo, para demonstrar o quanto as decisões judiciais são relevantes para a geração de segurança jurídica. A corrupção e pobreza são variáveis externas

correlacionadas com um hipotético índice de ativismo, o que pode ajudar a resolver problemas reais do Estado. Onde há maior institucionalidade, o indicador de ativismo deve se manter estável em um patamar considerado saudável, e as variáveis pobreza e corrupção devem melhorar ao longo do tempo. Em um país em que a pobreza e corrupção são maiores, as dificuldades de atendimento das demandas sociais também são maiores, e haverá, outrossim, um aumento do índice. A segurança jurídica surge com a cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade dos direitos, caso mantido o patamar saudável de ativismo.

O próprio mecanismo de freios e contrapesos ou separação de poderes representa o processo administrativo de resultados da política pública. As leis podem ser consideradas planos, e são elaboradas em um processo de planejamento pelo Legislativo. O Executivo implementa as leis. E o Judiciário controla mediante provocação. As três funções no sistema de freios e contrapesos são avaliadas pela sociedade. Quando a sociedade aciona o Judiciário, esse sistema tem que ser alimentado e aperfeiçoado de acordo com a realidade na perspectiva do controle, e não como substituto das capacidades institucionais.

De nada adianta o gerenciamento jurídico de resultados se o Judiciário não atuar de forma a contribuir positivamente. O Judiciário é um risco para a gestão jurídica de resultados porque pode se tornar um obstáculo. Os professores Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2002), por exemplo, advertiram para o problema de interpretações descontextualizadas das capacidades institucionais:

Nosso principal objetivo aqui não foi, no entanto, argumentar em nome de qualquer abordagem particular de interpretação. Nossa ambição foi ao mesmo tempo mais estreita e mais crítica: mostrar que a teoria interpretativa, elaborada por seus praticantes mais capazes, tem sido notoriamente indiferente às questões institucionais, procedendo como se os juízes

fossem confiáveis e como se sua escolha de abordagem careça de consequências sistêmicas. Pensamos que essa indiferença é uma espécie de patologia, produzida, em grande parte, pela persistente insistência da cultura jurídica em enquadrar a questão da interpretação como: "O que você faria quando confrontado com um problema desse tipo?" Esperamos ter demonstrado que esta é uma pergunta enganosa a ser perguntada e que tem consequências bastante prejudiciais, não só para o estudo acadêmico da lei, mas também para as instituições jurídicas. Uma vez que a questão seja adequadamente redimensionada, deve ser possível ver questões interpretativas em uma nova e melhor luz, e talvez também adotar novas e melhores respostas²⁷⁸. (SUNSTEIN; VERMEULE. 2002, p. 48)

É uma patologia do Judiciário acreditar que suas interpretações não trarão consequências para as instituições. O Poder Judiciário não deve tentar “reinventar a roda”, mas fazer cumprir os objetivos constitucionais legais previstos no ordenamento, aproveitando das capacidades institucionais dos diversos órgãos da Administração, como decidido na ADPF 347 (BRASIL, 2016).

²⁷⁸Our major goal here has not, however, been to argue on behalf of any particular approach to interpretation. Our ambition has been at once narrower and more critical-- to show that interpretive theory, as elaborated by its most able practitioners, has been remarkably indifferent to institutional issues, proceeding as if judges are reliable and as if their choice of approach lacks systemic consequences. We think that this indifference is a kind of pathology, produced, in large part, by the legal culture's continuing insistence on framing the question of interpretation as, "What would you do, when faced with a problem of this sort?" We hope to have shown that this is a misleading question to ask, and one that has quite damaging consequences not only for the academic study of law, but for legal institutions as well. Once the question is properly reframed, it should be possible to see interpretive questions in a new and better light, and perhaps to adopt new and better answers as well. (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 48)

O papel do Judiciário, no ciclo do processo administrativo de resultado da política pública, é verificar a elaboração e o cumprimento ao plano, nas linhas traçadas pelo STF na ADPF 347 (BRASIL, 2016). O Judiciário deve ser um mediador e catalisador das capacidades institucionais dos órgãos. O processo civil também deve ser democrático para permitir a participação de outras partes interessadas. É vedado ao magistrado agir de maneira individualista protagonista, porque mesmo se fosse a pessoa melhor preparada do mundo para lidar com as questões complexas das políticas públicas, precisaria da ajuda de todo o sistema, por meio das pessoas.

O mecanismo de atuação do Judiciário é o Processo Estrutural, que é adaptado à litigância de interesse público. O objeto do processo estrutural é a reforma da burocracia estatal. Ele permite a reconstrução da realidade, por ser experimentalista, de aprendizado contínuo, flexível e gradual. O processo estrutural possibilita o tratamento das causas do problema, impedindo a proliferação de ações judiciais. O diálogo processual é uma condição para evitar decisões de acordo com as preferências dos juízes. Da leitura dos autores²⁷⁹ que escrevem sobre a estruturalidade do processo, percebe-se de forma inconsciente a utilização do processo administrativo de resultado da política pública. Fala-se em diagnóstico, plano, implementação, cronograma, controle, avaliação. Em outras palavras, o processo estrutural brasileiro deve observar o processo administrativo de resultado da política pública. No controle judicial da política pública é desejável um mecanismo de olhar profundo “*hard look*”, de modo a evitar intervenções desastrosas. O PL 8058/14 (TEIXEIRA, 2014), que propõe a regulamentação do controle judicial da política pública, peca justamente por não ser tão flexível, e por conter elementos como o “mínimo existencial”, que podem tirar o foco do resultado, servindo para tumultuar o processo em função do grau de sua abstração e idealização.

Por último, mas não menos importante, a geração de resultados depende do *know how* da parte especial do Direito Administrativo, que versa sobre as políticas públicas em espécie. Pouco foi desenvolvido sobre o tema no país.

²⁷⁹ Vide livros: GRINOVER; WATANABE; COSTA (org), 2017 e ARENHART; JOBIM (org), 2017.

A gestão de resultados propõe a mesma abordagem de tratamento para todos os problemas. Realizado o diagnóstico das possíveis causas de falta de resultados (problemas), devem ser fixadas metas para a solução a partir de um planejamento. A meta é uma ação (ato e processo) direcionada ao problema a ser solucionado. A meta deve ser específica, mensurável, atingível, atribuível em um prazo específico. Se o patrimonialismo, por exemplo, é a causa do problema de falta de resultados, devem ser fixadas metas para direcionar os esforços da Administração (Por exemplo: implementação de critérios de rotatividade nos cargos de gestão. Aferição das qualidades do servidor em relação às características exigidas para o cargo. Transparência das informações gerenciais). Se os resultados ainda assim não apareceram, então um novo ciclo de planejamento, execução, controle e avaliação deve ser reiniciado. A busca pelo resultado deve ser uma obstinação da Administração Pública. O modelo gerencial exclusivista tende ao sucesso episódico e esparso. A história do constitucionalismo permite concluir que a estratégia de empoderamento por meio de direitos é exitosa. No caso da gestão jurídica de resultados, o *mindset* deve levar em consideração o risco, a incerteza e a ambiguidade. O diálogo entre o processo administrativo de resultado e o desvelamento/deslocamento contínuo para afastar aparências permite o alinhamento entre direito e gestão. Na Constituição brasileira, no art. 74, I e II, o modelo de “gestão de resultados” ganha a roupagem jurídica de dever/direito. Esse mesmo artigo prevê o processo administrativo de resultado da política pública, também chamado de formulação, implementação, monitoramento e avaliação pelos cientistas políticos e PDCA (Plan, Do, Check and Act), pelos gestores. A gestão de resultados constitucional é reforçada pelos instrumentos gerenciais de resultados previstos na legislação, como os sistemas de informação, os projetos, a qualificação e a accountability, para ficar em quatro exemplos. A ação (ato e processo) sofre inflexões do resultado gerando a ressignificação desses institutos. O controle judicial pode ser feito pelo processo estrutural de acordo com o processo administrativo de resultados da política pública, por meio de um “*Hard look*” (GARRY, 2017). Isto é, a deferência à Administração só ocorre se houver a constatação da efetividade em torno dos direitos fundamentais, e a intervenção, qualquer que ela seja, deve ser responsável. O PL 8058/14 (TEIXEIRA, 2014) falha pela falta de

flexibilidade, e pela utilização de conceitos como o “mínimo existencial”, que em função da sua abstração, podem tumultuar os casos na prática. A separação de poderes é um mecanismo de freios e contrapesos em busca de resultado, e não pode gerar perda de sinergia. A reserva do possível precisa ser confrontada com o planejamento, no sentido de programação de efetivação de direitos. A vedação de retrocesso ou progressividade dos direitos é uma decorrência natural da gestão de resultados.

Enfim, não há nenhuma pretensão de se apresentar uma solução acabada para os problemas brasileiros. Pelo contrário, o que se tentou demonstrar é que o gerenciamento jurídico de resultados talvez possa ser considerado um avanço justamente porque reconhece a falibilidade humana, deixa de lado premissas idealizadoras e permite o contínuo aprimoramento.

A história do direito demonstra que o caminho do aperfeiçoamento nunca foi linear. Sempre foi de avanços e retrocessos. O direito como instrumento de evolução da sociedade sempre foi obrigado a se adaptar e se reinventar. A gestão jurídica de resultados se insere nessa dinâmica.

A realidade objetiva da (falta de) geração concreta de resultados é capaz de evidenciar as farsas e direcionar a construção do futuro previsto no ordenamento jurídico brasileiro. O “outro” levinasiano é o cidadão brasileiro, que é invisível à luz do Estado. Essa invisibilidade é perceptível nas favelas, nas ruas esburacadas, na falta de hospital, na impossibilidade de lazer por falta de planejamento urbano, só para ficar em poucos exemplos. O cidadão precisa se tornar visível novamente. O Estado tem que servir e não ser servido. E a melhor maneira de constatar a superação da invisibilidade é a concretização dos direitos fundamentais garantidos no ordenamento jurídico. A efetivação do texto constitucional ocorrerá por meio do desvelamento²⁸⁰/(des)construção²⁸¹/processo administrativo de resultado

²⁸⁰ Desvelar é um esforço continuo de desencobrir a verdade que está escondida. A falta de resultado evidencia a verdade encoberta. O cidadão precisa arrancar do Estado a verdade para permitir a geração de resultados. “Desta forma, a presença pode estar na verdade e na não-verdade, ou seja, ela pode estar revelada ou escondida; **a verdade para os gregos enquanto aletheia é um esforço de desvelar o que permanece velado**. Porém este desvelamento é um exercício que se dá na própria presença **eliminando-se assim a idealização** de uma forma mais pura de ser, ou da forma mais Bela de estar: A palavra

contínuo e constante, em favor dessa sociedade brasileira invisível. O reconhecimento da “eficácia social” pelo constitucionalismo de efetividade foi um grande passo. A partir dessa contribuição, espera-se que a gestão jurídica por resultados possa contribuir para o avanço na efetivação do texto constitucional brasileiro.

A gestão jurídica de resultados é um bem jurídico constitucional brasileiro previsto no art. 74, I e II (VELOSO, 2018). O constitucionalismo de efetividade contribuiu para a reflexão em torno da eficácia social. Todavia, é possível catalisar a efetivação dos direitos humanos/fundamentais por meio contribuição do modelo brasileiro de gestão jurídica de resultados. Esse modelo é sustentado pelos institutos jurídico gerenciais afins como sistemas de informação, governança, concurso público, entre outros. Nesse sentido, é necessária a ressignificação da ação jurídica estatal (resultado como sexto elemento do ato, processo administrativo de resultado da política pública e parte especial do Direito Administrativo). O controle judicial precisa estar

grega para “ser-verdade” η significa descobrir quando compreendida corretamente e literalmente (o sentido estrito da palavra), no sentido de desvelar alguma coisa, removendo o escondido de alguma coisa. (HEIDEGGER) (BAGGIO LORENZ,2013, p. 47)

Heidegger, em consistência com a analítica existencial, parte do próprio Dasein e de sua condição de ser-no-mundo e ser-com-o-outro, circunscritos na história compartilhada pelo dizer (Rede) mas também pelo falatório (Gerede), pela ambiguidade, pela curiosidade, em sua decadência de estar-lançado. Por isso mesmo que para **Heidegger o desvelamento é violência (Gewalt), é arrancar o que insiste em permanecer velado como condição de ser**. Vejamos: O desvelamento deve ser arrancado ao velamento, de certo modo deve ser roubado. E, visto que para os gregos, inicialmente, o velamento perpassa e domina a essência do ser como um velar-se, determinando, assim, também o ente em sua presença e acessibilidade (“verdade), por isto a palavra que os gregos usam para aquilo que os romanos chamam de “veritas” e nós chamamos de “verdade”, vem caracterizada pelo α-privativo (α-α). Verdade significa, de início, aquilo que foi arrancado ao velamento. Verdade é portanto, esta conquista pela luta, a cada vez sob a forma do desencobrimento. (HEIDEGGER,) (BAGGIO LORENZ,2013, p. 26, grifos nossos)

²⁸¹ Desconstrução é a Justiça, que difere do ideal Kantiano de uma ideia fixa. Justiça é algo que está por vir: The “idea of justice” would be the possibility, the “there is” of the undeconstructable. It is immediately apparent that this **definition is consciously circular**, specifically with respect to the procedure with which the undeconstructable is exposed, that is, deconstruction itself. And indeed, Derrida writes: “**La déconstruction est la justice / Deconstruction is justice,**” and this provocative sentence caused quite a stir. I shall return to its implications later. This “idea of justice” becomes apparent in the pure negativity of the failure of a logic in the opening of legal discourse (in the practice of its opening); but beyond this Derrida makes a more precise determination of justice; and this is the point which I shall now dwell on. He calls it “infinite” (with Levinas) – in the sense of an ethical requirement which can never be satisfied. **The idea of justice is not quite similar to the idea in the Kantian sense of a fixed regulative idea;** rather, it is temporally determined, it is something that remains “in coming”: “La justice reste à-venir, elle a, elle est à-venir / Justice remains, is yet, to come, à-venir, it has an, it is à-venir,” Derrida writes, it transcends the now in the mode of “peut-être / perhaps.” (GEHRING, 2017, grifos nossos)

alinhado ao processo estrutural baseado no processo administrativo de resultado, em face da litigância de interesse público.

Passados 30 anos, a implementação do modelo constitucional de gestão de resultados brasileiro é ainda incipiente. O primeiro passo para superação dessa realidade é o reconhecimento da omissão histórica da literatura jurídica nacional sobre este tema tão relevante. Espera-se, no balanço de 40 anos da Constituição, notícias mais alvissareiras para o cidadão brasileiro.

O ABORTO SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Natália Oliveira Marcolino Gomes²⁸²

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, uma das questões mais controvertidas no mundo é o tratamento jurídico conferido ao aborto, uma vez que coloca em pontos opostos os defensores do direito à escolha da mulher e os que pugnam pelo direito à vida do nascituro. Os conflitos de opiniões não tratam apenas de argumentos jurídicos, morais ou de saúde pública, envolvendo também crenças religiosas. Da mesma, a interrupção voluntária da gravidez no Brasil, é um tema muito polêmico e hoje, é tratado no âmbito do Direito Penal, e está tipificado no Código Penal, editado em 1940, que optou pela criminalização do aborto nos seus arts. 124 a 128²⁸³.

Diante disso, se torna oportuna a discussão constitucional sobre a viabilidade da descriminalização e legalização da interrupção da gravidez, no Brasil, na fase inicial da gestação, dentro da linha defendida pelo movimento feminista brasileiro²⁸⁴.

O ponto de partida desse projeto, foi a constatação empírica de que a criminalização do aborto contribui para a busca por centenas de milhares de mulheres no Brasil, sobretudo as mais humildes, a procedimentos clandestinos e perigosos, realizados sem as mínimas condições de segurança e higiene²⁸⁵. Em detrimento disso, a cada dois dias, uma mulher morre no país, vítima de

²⁸² Advogada e aluna do curso de pós-graduação lato sensu em Direitos ambientais, sociais e do consumidor do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

²⁸³ BRASIL. Código Penal Brasileiro (1940). *Código Penal*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1940. 292 p.

²⁸⁴ A proposta do movimento feminista está traduzida pela posição assumida pelas Jornadas Brasileiras para o Aborto Legal e Seguro, que defende a legalização da interrupção voluntária da gestação nas primeiras 12 semanas de gestação, com ampliação do prazo para 20 semanas, em caso de gravidez resultante de violência sexual, e em qualquer momento, nas hipóteses de risco à vida ou grave risco à saúde da gestante, ou de grave anomalia fetal incompatível com a vida extra-uterina.

²⁸⁵ Cf. *Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis*. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.

aborto clandestino, sendo que mais de 1 milhão de mulheres no país se submetem a abortos clandestinos anualmente²⁸⁶. O resultado desses procedimentos representa a quinta maior causa de mortalidade materna no país, o que significa que todo ano milhares de mulheres jovens perdem suas vidas, sendo que poderiam ser poupadadas se pudessem contar com o devido apoio do Estado²⁸⁷.

Além disso, a valoração do papel da mulher na sociedade contemporânea diante dos novos valores sociais, contribuem para um novo cenário axiológico, aliado a isso, o reconhecimento da igualdade de gênero e a mudança de paradigma em relação à sexualidade feminina, com a superação da ótica que circunscrevia a legitimidade do seu exercício às finalidades reprodutivas mostram um paradigma absolutamente contrário àquele que versava na sociedade em que foi editada a legislação repressiva do Código Penal, o que deveria levar a uma revisão dessa matéria²⁸⁸.

Nas perspectivas e parâmetros que vivemos hoje, não há mais como tratar da interrupção voluntária da gravidez sem considerar o direito à autonomia reprodutiva da mulher, uma questão que não seria levantada pela sociedade machista e patriarcal do início da década de 40 do século passado, quando foi editado o Código Penal. Mesmo essa autonomia não sendo absoluta não tem como negligenciar esse direito para se buscar uma solução adequada para a problemática do aborto, seja ela seja sob o ponto de vista moral ou estritamente jurídica.

Com base nestas premissas, o presente estudo foi elaborado com o intuito de abordar o tema do aborto sob a perspectiva jurídico-constitucional, mas também delineada pelas orientações da Ética, da Saúde Pública e da Sociologia.

²⁸⁶ BERTH, Joice. Mortes por aborto no Brasil: a legitimação da nossa ignorância. Disponível na Internet: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/28/mortes-por-aborto-no-brasil-legitimacao-da-nossa-ignorancia/>. Acesso em 04 de julho de 2018.

²⁸⁷ BERTH, Joice. Mortes por aborto no Brasil: a legitimação da nossa ignorância. Disponível na Internet: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/28/mortes-por-aborto-no-brasil-legitimacao-da-nossa-ignorancia/>. Acesso em 04 de julho de 2018.

²⁸⁸ Cf. BOZON, Michel. *Sociologia da Sexualidade*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004; e GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1992.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E O ABORTO

A questão da interrupção voluntária da gravidez, apesar de não tratada de maneira expressa pela Constituição Federal de 1988, nem autorizando nem proibindo, é um tema extremamente controverso e incutido de conteúdo constitucional, uma vez que envolve princípios e valores consagrados pela nossa Constituição. Daniel Sarmento explica que o reconhecimento da força normativa da Constituição, o caráter vinculante dos seus princípios e o fortalecimento da jurisdição constitucional são ingredientes fundamentais do fenômeno da constitucionalização do Direito²⁸⁹.

Esse fenômeno de constitucionalização do Direito envolve a ideia de que todos os institutos jurídicos devem ser lidos a partir dos valores constitucionais, não se limitando a ideia de que as constituições contemporâneas devam regular matérias que no passado eram de esfera exclusiva do legislador ordinário²⁹⁰. Ou seja, todos os ramos do Direito devem passar pelas lentes constitucionais para que se conformem à tábua axiológica subjacente à Carta Magna²⁹¹. Nas palavras de Daniel Sarmento:

Trata-se de um imperativo decorrente do reconhecimento da supremacia formal e material da Constituição sobre o direito infraconstitucional, mas também de uma tomada de posição no sentido da mobilização do potencial emancipatório da Constituição em prol da efetiva transformação da sociedade²⁹².

No Brasil, esse processo se intensificou com a promulgação da Constituição de 1988, que inaugurou uma fase inteiramente nova em nosso

²⁸⁹ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04 de julho de 2018.

²⁹⁰ Cf. CLÈVE, Clemerson Merlin. “A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo”. In: Uma vida dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: RT, 1995, pp. 34-55; SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio fabris, 1999.

²⁹¹ Cf. CLÈVE, Clemerson Merlin. “A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo”. In: Uma vida dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: RT, 1995, pp. 34-55; SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio fabris, 1999.

²⁹² SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04 de julho de 2018.

constitucionalismo. De forma inovadora na história brasileira, pode-se dizer que uma Constituição incorporou o cotidiano dos tribunais e, apesar de não alcançar a efetividade em assuntos como a garantia dos direitos sociais, a CF/88 trouxe um novo parâmetro, afastando a ideia de que seria uma mera proclamação simbólica de princípios políticos desvestidos de força cogente²⁹³. Pelo contrário, cada vez mais podemos perceber a tendência de se buscar soluções amparadas pelos princípios e valores constitucionais, desenvolvendo um “sentimento constitucional entre o povo”²⁹⁴, como descreveria Daniel Sarmento, empregando os parâmetros constitucionais diretamente na resolução das mais variadas questões²⁹⁵.

Além disso, trata-se de uma Constituição com características singulares e traz uma preocupação central com a proteção dos direitos humanos. Essa essência fica clara desde a escolha do legislador na estruturação do texto constitucional, onde, diferente das constituições anteriores, que primeiro tratava-se da organização do Estado, e só ao fim eram consagrados os direitos, há a prevalência da normatização dos direitos, uma vez que eles passam a ser afirmados antes, como uma espécie de testemunho da sua prioridade axiológica²⁹⁶. Dessa forma a Constituição acolheu além dos direitos fundamentais os direitos individuais, políticos, sociais e difusos, como também atribuiu a eles aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º)²⁹⁷, e protegeu-os, ainda, diante do próprio poder constituinte derivado (art. 60, § 4º)²⁹⁸.

Diante disso, é claro que a questão referente à interrupção voluntária da gravidez deve ser delineada de acordo com os parâmetros e diretrizes constitucionais. Cumpre ressaltar que dentro de uma democracia, há o espaço do legislador para que ele, como representante do povo, decida sobre questões

²⁹³ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04 de julho de 2018.

²⁹⁴ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04 de julho de 2018.

²⁹⁵ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04 de julho de 2018.

²⁹⁶ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04 de julho de 2018

²⁹⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

²⁹⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

controvertidas como o aborto. Porém, há limitações para a atuação do legislador, delineadas pela Constituição, principalmente pelos direitos fundamentais que esta garante. Essa observação, justifica a opção metodológica do presente estudo, que tratou da questão do aborto dentro de uma perspectiva constitucional.

Logo, apesar da prerrogativa do legislador para a regulamentação da matéria, existem limites constitucionais que devem ser observados, que abrangem não só os direitos fundamentais da mulher, como também à proteção do feto.

3 DIREITO À LIBERDADE, À PRIVACIDADE E A AUTONOMIA REPRODUTIVA

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana perpassa também pelo respeito da autodeterminação de cada mulher ou homem, que devem ter o direito de tomar as decisões fundamentais sobre suas vidas privadas e de viverem conforme seus princípios sem a interferências do Estado ou de terceiros. Essa ideia parte do pressuposto de cada pessoa humana é um agente moral e social dotado de razão, com capacidade de decisão sobre o que é bom ou ruim para si, de fazer suas escolhas inerentes à sua existência e de traçar planos de vida, de forma que, em princípio, seja livre para se guiar de acordo com sua vontade²⁹⁹.

Nesse sentido, Canotilho nos ensina que “a dignidade da pessoa humana baseia-se no princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da dignitas-homini (Pico della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu projeto espiritual”³⁰⁰. Ou seja, cada um tem o livre direito de se determinar e fazer escolhas para sua vida pessoal, com a ressalva de causar prejuízo a terceiro. Para Canotilho, a livre escolha está pautada na diferença moral entre as pessoas e a convivência com diversos pensamentos, que apesar de construtiva, não pode interferir na escolha pessoal de cada um: “a dignidade da pessoa humana exprime a

²⁹⁹ Cf. NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos*. 2^a ed., Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, pp.199-265.

³⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed., 4. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225.

abertura da República à ideia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico”³⁰¹.

Dentro desse contexto, temos que uma das escolhas mais importantes na vida de uma mulher é referente a ter ou não um filho. Faz-se necessário ressaltar o impacto que a gestação e a maternidade, causam na vida de cada mulher. Dentro da realidade e da experiência de cada um, a gravidez pode tanto trazer um novo significado à vida como podem obstar projetos e inviabilizar certas escolhas fundamentais. Além disso, o corpo da mulher onde os fetos são gestados, sofre diversas mudanças, que quando indesejadas ferem aquilo que lhe é mais íntimo. Aliado a isso, apesar das mudanças que temos vivenciado, ainda recai sobre as mães que o maior peso na criação dos seus filhos. Em razão disso, a questão da interrupção voluntária da gravidez, tem uma forte ligação com a ideia de autonomia reprodutiva³⁰², direito esse que pode ser fundamentado cujo fundamento na ideia de dignidade humana da mulher (art. 1º, II, CF)³⁰³, bem como nos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade (art. 5º, caput e inciso X, CF)³⁰⁴.

A autonomia reprodutiva, além de uma questão constitucional, é um instituto protegido também na esfera internacional, conforme dispõe o parágrafo 95 da Plataforma da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, que afirma:

95. Levando em conta a definição anterior, os direitos de reprodução abarcam certos direitos humanos que já estão reconhecidos nas legislações nacionais, em documentos internacionais relativos aos direitos humanos e em outros documentos e consensos. Tais direitos têm por base o reconhecimento do direito fundamental de todos os casais e indivíduos a decidir livre e responsavelmente o número de seus filhos, o momento de seu nascimento e o intervalo entre eles, a dispor de informação sobre os meios para isso e a alcançar o mais alto nível de saúde sexual e reprodutiva. Também inclui seu direito de adotar decisões relativas à reprodução sem

³⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed., 4. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225.

³⁰² PIOVESAN, Flávia. “Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos”. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: Uma Questão de Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, pp. 61-79, p. 76.

³⁰³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

³⁰⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

sofrer discriminação, coações nem violências, em conformidade com o que estabelecem os documentos relativos aos direitos humanos. No exercício desse direito, os casais e os indivíduos devem ter em conta as necessidades de seus filhos nascidos e por nascer e suas obrigações para com a comunidade. A promoção do exercício responsável desses direitos por todos os indivíduos deve ser a base primordial das políticas e programas estatais e comunitários na área da saúde reprodutiva, inclusive planejamento da família. Como parte desse compromisso, deve-se prestar plena atenção à promoção de relações de respeito mútuo e igualdade entre os homens e mulheres e, particularmente, às necessidades dos adolescentes em matéria de informação e de serviços, a fim de que possam assumir sua sexualidade de modo positivo e responsável. A saúde reprodutiva está fora do alcance de muitas pessoas em todo o mundo, por força de fatores como conhecimentos insuficientes sobre a sexualidade humana e informação e serviços também insuficientes; persistência de comportamentos sexuais de alto risco; práticas sociais discriminatórias; atitudes negativas em relação às mulheres e meninas e o poder limitado que muitas delas têm sobre sua vida sexual e reprodutiva. Na maioria dos países, os adolescentes são particularmente vulneráveis, por causa de sua falta de informação e de acesso aos serviços pertinentes. As mulheres e os homens de mais idade têm problemas especiais em matéria de saúde reprodutiva e sexual, que nem sempre merece a devida atenção³⁰⁵.

Por outro lado, temos também a questão de que a gestação se desenvolve no interior do corpo feminino, sendo esse um aspecto que deve ser analisado por sua relevância, afinal trata da disposição do corpo da mulher e da sua privacidade. O direito à privacidade está ligado a permissão ou não, de intervenções na vida privada, dentro desse cenário, temos que a imposição à gestante de que mantenha uma gravidez, por nove meses, contra a vontade, é inconcebível, uma vez que refere-se a uma invasão grave uma usurpação do corpo de alguém³⁰⁶.

Nessa situação, em que uma mulher é privada de tomar as decisões sobre seu próprio corpo, há uma clara violação à vida íntima e a sua privacidade, uma vez que há uma imposição por terceiros de que seu corpo esteja à disposição para a gestação, sendo que mais tarde, é apenas a mulher que terá que lidar com as consequências, psicológicas e fisiológicas, que essa

³⁰⁵Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher. Pequim, 1995. Disponível na Internet: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf. Acesso em 04 de julho de 2018.

³⁰⁶SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04 de julho de 2018.

intrusão pode gerar ao seu corpo e à sua vida pessoal. Em consonância com esse entendimento, Ronald Dworkin explica que “uma mulher que seja forçada pela sua comunidade a carregar um feto que ela não deseja não tem mais o controle do seu próprio corpo. Ele lhe foi retirado para objetivos que ela não compartilha. Isto é uma escravização parcial, uma privação de liberdade”³⁰⁷

Nos Estados Unidos, em 1973, no caso Roe v. Wade³⁰⁸, a Suprema Corte Americana entendeu que o direito da mulher de interromper voluntariamente a gravidez ou decidir pela continuidade da gestação estaria relacionado ao direito à privacidade. Tendo como exemplo esse julgado, podemos trazer para a realidade brasileira e dizer que é possível a afirmação de que “o direito à privacidade é amplo o suficiente para compreender o direito da mulher sobre interromper ou não sua gravidez”³⁰⁹, como explicou o professor Daniel Sarmento. Dessa forma, tem-se que a mulher possui o poder individual e autônomo para escolher autonomamente os rumos da própria vida, a partir da liberdade de decidir sobre seu próprio corpo.

A questão da autonomia reprodutiva e da liberdade e privacidade da mulher, em matéria de aborto foi discutida no julgamento do Habeas Corpus nº 124.306/RJ no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que após abrir a divergência, e ser seguido pelos demais da turma, concedeu de ofício a ordem para afastar a prisão preventiva dos pacientes e restou como Relator para a elaboração do acórdão. O caso tratava da decretação da prisão preventiva para os pacientes acusados de supostamente praticar os crimes descritos nos arts. 1261 (aborto) e 2882 (formação de quadrilha) do Código Penal³¹⁰, em concurso material por quatro vezes, por terem provocado “*aborto na gestante/denunciada (...) com o consentimento desta*”³¹¹. A prisão preventiva

³⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão. Revisão Técnica de Alberto Afonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

³⁰⁸ XAVIER, Luciana Pedroso. Lucchesi, Guilherme Brenner. *O Caso Roe vs. Wade e o sistema de litígio estratégico nos Estados Unidos*. Revista **Consultor Jurídico**, 23 de abril de 2018, 8h05. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-23/direito-civil-atual-roe-vs-wade-sistema-litigio-estrategico-eua>. Acesso em 04 de julho de 2018.

³⁰⁹ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04 de julho de 2018.

³¹⁰ BRASIL. Código Penal Brasileiro (1940). Código Penal. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1940. 292 p

³¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Recurso em Sentido Estrito nº 0065502-27.2013.8.19.0000. Recorrente: Ministério Público do Rio de Janeiro. Recorrido: Carlos Eduardo de Souza Pinto e outros. Relator: Desembargador Antônio Eduardo Ferreira

foi fundamentada na garantia da ordem pública e na necessidade de assegurar a aplicação penal.

A defesa dos pacientes impetrou HC no STJ, que não foi concedido e em razão disso impetraram novo HC dessa vez no STF alegando que não estariam presentes os requisitos necessários para a decretação de prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, sustentam que: (i) os pacientes são primários, com bons antecedentes e têm trabalho e residência fixa no distrito da culpa; (ii) a custódia cautelar é desproporcional, já que eventual condenação poderá ser cumprida em regime aberto; e (iii) não houve qualquer tentativa de fuga dos pacientes durante o flagrante. Daí o pedido de revogação da prisão preventiva, com expedição do alvará de soltura.

Após o voto do Ministro Marco Aurélio, que era o relator, votou pela admissão do habeas corpus e no mérito, pelo deferimento da ordem para afastar a prisão preventiva. O Ministro Marco Aurélio, não conheceu da impetracão, mas por se tratar de uma questão que versa sobre direitos fundamentais e o conflito entre eles, o Ministro concedeu de ofício a ordem e justificou não apenas pela falta de requisitos para a decretação da prisão preventiva, como fez uma ampla análise do direito à liberdade, dignidade e autonomia reprodutiva da mulher, além de criticar a tipificação do aborto pelo Código Penal:

(...)3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os *direitos sexuais e reprodutivos da mulher*, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a *autonomia* da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a *integridade física e psíquica* da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a *igualdade* da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios(...).³¹²

Isto posto, pode-se afirmar que a questão relativa ao aborto é sim uma questão constitucional, uma vez que se refere à autonomia reprodutiva da mulher, e, conforme demonstrado, está diretamente ligada ao direito à privacidade e à liberdade, direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal. Cumpre ressaltar que a intenção não é tornar absoluta a autonomia em detrimento de outros direitos, como por exemplo a vida do feto. Ao contrário, a finalidade é demonstrar que existem outros direitos a serem observados e que, ao contrário do que se tem hoje, é necessária uma ponderação, para que os direitos da mulher não sejam por completo suprimidos transformando-a em um mero objeto de reprodução. Há a necessidade de avaliar não só as questões atinentes à vida do feto, mas também a dignidade da mulher para que se resolva a delicada questão do aborto dentro de parâmetros constitucionais e éticos da nossa sociedade atual.

³¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306/RJ. Paciente: Edilson dos Santos e Rosemère Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, julgado em 29/11/2016, publicado no Dje em 17/03/2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=52&dataPublicacaoDj=17/03/2017&incidente=4637878&codCapitulo=5&numMateria=31&codMateria=2>. Acesso em 04 de julho de 2018.

3 CONCLUSÃO

No presente trabalho, buscou-se fazer uma análise da questão do aborto a partir dos parâmetros dos direitos individuais e constitucionais da mulher. Para isso, foi feito um estudo entre a relação da autonomia reprodutiva da mulher e o seu direito à privacidade e autonomia. Foi delineado que a escolha pela interrupção da gravidez perpassa não só por questões relativas ao feto, mas que deve ser considerado todo o impacto psicológico e fisiológico que uma gestação não desejada causa na vida da mulher. Além disso, é necessário levar em conta as milhares de vidas que todos os anos são perdidas, principalmente de mulheres marginalizadas, por conta dos procedimentos clandestinos que não se preocupa com a higiene e saúde das pacientes, mortes que poderiam ser evitadas se houvesse o apoio do Estado.

O intuito não foi tornar o direito da mulher como absoluto em detrimento a outros direitos fundamentais, como o direito à vida do feto, trata-se de buscar outros componentes para que a mulher e seus direitos não sejam completamente excluído na solução da questão do aborto. Não seria sensato negligenciar os outros aspectos que compõe essa equação, como o que ocorreu na edição do Código Penal, onde o legislador optou por ignorar completamente a autonomia reprodutiva da mulher no tratamento conferido ao aborto. Apesar de o Código Penal ser de 1940, em um contexto de uma sociedade extremamente machista, e que o Brasil vivia um momento político autoritário, onde não se dava o devido tratamento ao direito à liberdade, questão inclusive muito menosprezada, a grande questão trata da manutenção desse código nos dias de hoje, sendo que o mesmo não corresponde mais com os princípios e valores morais dos dias de hoje. Além disso, a Constituição de 1988 trouxe um novo cenário axiológico e trata a liberdade como um dos valores máximos, portanto é necessária uma revisão da matéria e normatização penal no Brasil para se adequar à realidade do século XXI.

Neste contexto, é necessária a revisão da legislação sobre aborto, que no século passado foi elaborada sem qualquer atenção aos direitos humanos básicos da mulher, caso contrário, passa a ser um instrumento meramente político do legislador. Assim, na esfera jurídica, a questão do aborto

envolve a hipótese de ponderação de valores constitucionais, onde se busca um ponto de equilíbrio entre os direitos tutelados para que o sacrifício de a cada um dos bens jurídicos envolvidos seja o menor possível, sem excluir nenhuma peça e sem excluir como sujeito de direito nenhum sujeito da equação.

Em síntese, na busca par garantir os direitos fundamentais à liberdade e à privacidade da mulher, faz-se necessário analisar a questão da interrupção voluntária do aborto com uma questão constitucional a partir da autonomia reprodutiva, sendo assegurada assim a dignidade e o reconhecimento da mulher como livre para dispor e decidir sobre sua vida e seu corpo.

A FUNÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO FEDERALISMO FISCAL

Rafael Campos Soares da Fonseca³¹³

1. INTRODUÇÃO

É lugar comum nas três décadas de constitucionalismo brasileiro, fundado na Constituição da República de 1988, a afirmação de um relacionamento insatisfatório e litigioso entre os diversos centros de poder coexistentes no Estado brasileiro, os quais se associaram na forma de Federação, o que tem reflexos na atividade financeira do Estado e na efetividade do federalismo fiscal cooperativo.

Nesses termos, é também consensual a identificação do Supremo Tribunal Federal (STF) como arena decisória com vistas ao equilíbrio das relações institucionais entre União e Estados, desde que a controvérsia seja expressa em categorias jurídicas depreendidas da gramática da jurisdição constitucional.

A título de ilustração, noticia-se que em 13 de setembro de 2016 deu-se a primeira reunião oficial da Ministra Cármem Lúcia após sua posse na Presidência do STF, conjuntamente a 25 governadores de entes federados, cujo objetivo era a construção de uma agenda de resolução de conflitos federativos e providenciar respostas concretas a interesses do povo e da nação relativos ao pacto federativo. Na ótica de alguns dos governadores presentes, tratou-se de evento histórico em decorrência da abertura de canal dialógico com vistas à melhora do ambiente econômico e ao deslinde de conflitos federativos.³¹⁴

Menos de um mês depois, em sessão comemorativa realizada no

³¹³ Doutorando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público. Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

³¹⁴ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325223>>. Acesso em 04.10.2017.

Tribunal Pleno do STF dedicada ao vigésimo oitavo aniversário da Constituição da República de 1988, o Presidente da República Michel Temer discursou em prol da construção conjunta por parte dos Poderes da República de novos pactos federativos, haja vista que a federação não é praticada efetivamente no país, por conta da tendência centralizadora da União.³¹⁵

Nesse sentido, na qualidade de ideário comum entre os mandatários máximos dos respectivos poderes, depreende-se um relacionamento insatisfatório e litigioso entre os diversos centros de poder coexistentes no Estado brasileiro, os quais se associaram na forma de Federação (*foedus, foederis*) em momento constituinte, com a finalidade de coordenação de responsabilidades administrativas, legislativas e financeiras, assim como de harmonização de diferenças regionais, pressuposta a autonomia recíproca e a igualdade jurídica entre os entes governamentais.

Na própria arquitetura constitucional, tem-se o problema da repartição das atribuições, encargos e rendas como elemento central e persistente nas escolhas institucionais da formação do Estado brasileiro. Nada obstante ocorram movimentos oscilantes de deslocamento dos centros decisórios, o federalismo brasileiro é marcado pela centralização da vida política nacional, inclusive em matérias de interesse local, denotando a supremacia historicamente construída da União sobre os demais entes federados.³¹⁶

No particular, adotada como premissa que o objetivo do federalismo é a cooperação entre entes federativos com a integração econômica nacional. Em termos de atividade financeira do Estado, o federalismo fiscal cooperativo cinge-se à cooperação financeira, por sua vez desenvolvida mediante a transferência de recursos públicos entre as jurisdições, à luz do princípio da solidariedade, de modo a compreender a responsabilidade conjunta entre os governos centrais e locais em prol da realização de políticas públicas de interesse nacional.

Nesses termos, as falas oficiais dos citados agentes políticos

³¹⁵ Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326706>>. Acesso em 04.10.2017.

³¹⁶ ARRECTHE, Marta. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV/Fiocruz, 2012, pp. 12-17.

apontam para a ausência de êxito no cumprimento do objetivo precípuo da cooperação financeira federativa, isto é, “a execução uniforme e adequada de serviços públicos equivalentes em toda a Federação, de acordo com os princípios da solidariedade e da igualação das condições sociais de vida.”³¹⁷

De fato, é comum na dogmática jurídica a afirmação de uma suprema corte ou corte constitucional de natureza nacional como característica essencial do Estado federal, justamente para o arbitramento de contendas federativas e controle da repartição de competências, com respeito à autonomia política dos litigantes.³¹⁸

O tema desta proposta de pesquisa diz respeito à ação institucional comissiva e omissiva do STF em seu mister jurisdicional no tocante ao federalismo fiscal brasileiro, sob a égide da Constituição da República de 1988, sobretudo no tocante às demandas de controle abstrato de constitucionalidade em que se pleiteiem a asserção de inconstitucionalidade ou a integração de omissão imputada ao Poder Público, por sua vez veiculadas mediante ações de controle objetivo de constitucionalidade.

Nesse contexto, o objetivo precípuo desta investigação é compreender a função do STF no desenvolvimento evolucionista (institucional e cultural) da dimensão fiscal do pacto federativo brasileiro, bem como a dinâmica de interação dialógica ou não em matéria de federalismo fiscal da cúpula judicial com os Poderes eleitos, em todos os níveis de governo.

2. O FEDERALISMO FISCAL NA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA

De saída, impende considerar que a preocupação de um projeto normativo é a criação de uma vida pública por meio da engenharia de instituições e normas. “Sob um certo ponto de vista, já existe uma conexão

³¹⁷ BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59.

³¹⁸ V.g. ARAUJO, Luiz Alberto David. O federalismo brasileiro, seus característicos e a vedação material contida no art. 60, §4º, alínea I. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 5, n. 18, jan./mar. 1997, p. 145-153, p. 151; HORTA, Raul Machado. As novas tendências do federalismo e seus reflexos na Constituição brasileira de 1988. *Revista do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 25, jan./mar. 1999, p. 14-25, p. 14; ATALIBA, Geraldo. Federação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 20, n. 81, jan./mar. 1987, p. 172-181, p. 175-176.

próxima entre os projetos normativo e positivo na teoria política. Quem prescreve uma ação deve ser capaz de antecipar suas consequências relevantes em termos normativos.”³¹⁹

Por outro lado, a assunção do paradigma metodológico da Teoria da Constituição Financeira demanda a revisitação dos postulados da instrumentalidade e da heterogeneidade do direito financeiro. Em relação ao primeiro, é comum na doutrina afirmar-se o direito financeiro como instrumental de necessidades coletivas primárias, contudo o Estado Democrática do Direito exige fins diretos e objetivos por parte da atividade financeira.

Portanto, o direito financeiro não se reduz à dinâmica intestina do Estado, mas abarca também os interesses máximos da sociedade, como a formação de riquezas, a gestão de patrimônio e o controle das contas públicas, atividades por si só fundamentais. Igualmente, não há correlação cronológica entre despesa e receita, seja qual for a ordem, uma vez que a realidade das finanças públicas apresenta situação dinâmica.

Além disso, o direito financeiro não pode ser considerado heterogêneo, porquanto o seu método é estritamente jurídico, sem confusões com ciências diversas, ou justaposição de competências. Isso porque o conteúdo do direito financeiro é bem segmentado da realidade e ostenta um fim em si mesmo.

Outro corolário da adoção de uma Teoria da Constituição Financeira como paradigma reside na renovação metodológica do direito financeiro, pois a escolha do método deve ser adequada à formulação teórica do direito.

Sendo assim, constata-se que a atividade financeira do Estado acomoda princípios e critérios comuns, em relação permanente, como é o caso das receitas, tributárias ou patrimoniais, com as despesas públicas, e estas com o orçamento, além do débito público e outros tantos, todos coordenados pela Constituição Financeira. Demais, o Estado centra-se como principal destinatário da Constituição Financeira, tendo em conta que o poder financeiro estatal e consequentes competências decorrem exclusivamente da Constituição.

³¹⁹ FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. A teoria da escolha racional na ciência política: conceitos de racionalidade em teoria política. Trad. Eduardo Cesar Marques. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 45, fev. 2001.

Nesse modelo normativo, tem-se o embasamento da atividade financeira do Estado nos ideais de realização da democracia deliberativa no processo orçamentário e a assunção da substancialidade do orçamento público a partir do destaque de sua dimensão constitucional.

Quanto ao primeiro aspecto, verifica-se que o ideal de democracia deliberativa possui os seguintes elementos: a inclusão, a deliberação e a igualdade. O primeiro se expressa na presença discursiva de todos os possíveis afetados no processo de deliberação e na tomada de decisão. O elemento deliberativo se entende como a expressão argumentativa do que servirá como fundamento da decisão e teste de correção material do ajustado. Por fim, a dimensão igualitária se dá na situação de igualdade deliberativa de todos os partícipes e co-autores da decisão.³²⁰

Nas palavras de Heleno Taveira Torres, o ideal democrático condiciona a atividade financeira do Estado, porquanto a observância ao procedimento democrático se revela fonte de legitimidade permanente dos atos públicos. Assim, há uma complementaridade entre o Estado fiscal e a espacialidade participativa da esfera pública, “ao facilitar e compor interesses, no todo ou parte conflituantes quanto à forma de aplicação dos recursos, escolhas dos gastos públicos ou controle da atividade financeira.”³²¹

Por sua vez, Luís Roberto Barroso e Eduardo Mendonça argumentam por uma concepção do orçamento público como ambiente de realização da democracia deliberativa no âmbito das finanças públicas, uma vez que o Parlamento é o fórum público por excelência para a veiculação do devido processo orçamentário, no qual se compõem os interesses conflitantes decorrentes do pluralismo político traduzível no binômio governo-oposição.³²²

Então, na dialogalidade da esfera pública, as decisões orçamentárias são processos compartilhados entre governantes e governados acerca de interesses por meio de consensos democráticos. Revela-se, portanto, “o imperativo de oitiva da sociedade para a formulação de escolhas

³²⁰ GARGARELLA, Roberto. *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 167.

³²¹ TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: RT, 2014, p. 138.

³²² BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. O Sistema Constitucional Orçamentário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Financeiro*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 262-267.

das ações, metas e processos governativos, bem como do estabelecimento dos recursos necessários.”³²³

Portanto, há uma íntima relação entre a democracia e a Constituição Financeira para fins de promoção dos direitos fundamentais, à luz da soberania popular, uma vez que é a comunidade política quem deve ser co-autora da decisão financeira por meio da cidadania fiscal, assim como é aquela o referencial para a prestação de promessas civilizatórias pelo ente estatal.

Por outro lado, tem-se em termos históricos o orçamento como invenção social pela qual são mediadas lutas políticas das representações populares em torno do fenômeno financeiro, notadamente pelo direito de fiscalizar e controlar o exercício do poder financeiro, por sua vez traduzível na arrecadação de receitas públicas e na administração dos gastos públicos.³²⁴

Assim, o orçamento público, na qualidade de produto do constitucionalismo liberal, pode ser definido como uma previsão de receitas e de gastos, preocupando-se com a racionalidade econômica da administração pública e a defesa dos direitos e garantias individuais. Para António de Sousa Franco, orçamento público é “uma previsão, em regra anual, das despesas a realizar pelo Estado e dos processos de as cobrir, incorporando a autorização concedida à administração para realizar despesas e cobrar receitas e limitando os poderes financeiros da administração a cada ano.”³²⁵

Nesse sentido estrito, a lei orçamentária veicularia apenas uma aprovação, porquanto removeria um limite jurídico ao exercício legítimo de um poder-dever ou de um direito reconhecido aos órgãos da administração pelas leis em vigor, em particular voltadas à arrecadação de receitas e obrigação de despesas.³²⁶

A despeito da subteorização de novas categorias jurídicas vis-à-vis à

³²³ JUCÁ, Francisco Pedro; ISHIKAWA, Lauro. Orçamento Participativo e Democracia Representativa. In: GOMES, Marcus Lívio; ABRAHAM, Marcus; TORRES, Heleno Taveira (coords.). *Direito Financeiro na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: homenagem ao Ministro Marco Aurélio*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 192.

³²⁴ LEITE, Harrison Ferreira. *Autoridade da Lei Orçamentária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 20.

³²⁵ FRANCO, António Luciano de Sousa. *Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro*. v. 1. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1974, p. 626, grifos no original.

³²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A Lei do Orçamento na Teoria da Lei. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro II, Coimbra-PT, número especial, 1979, pp. 543-583, pp. 560-564.

crise do direito financeiro tradicional³²⁷ e respectiva ideologia, pode-se afirmar que “a característica essencial dos orçamentos públicos, hoje em dia, é a que o define como um programa, como um instrumento de planejamento, de direção e de controle da administração pública.”³²⁸ Por conseguinte, caracteriza-se o plano orçamentário como ato de direção política do Estado.

Em relação a uma Teoria da Constituição Financeira, verifica-se a articulação acadêmica de distinções entre as “subconstituições” no quadro de uma Constituição total com o publicista alemão Klaus Stern.³²⁹ No direito brasileiro, coube a Ricardo Lobo Torres argumentar por uma relação equilibrada entre as Constituições Financeira, Econômica e Política no âmbito da CR/88. Por sua vez, a Constituição Financeira se subdividira nas modalidades orçamentária, tributária e financeira propriamente dita.³³⁰

Posteriormente, na seara de sua tese de titularidade, Heleno Taveira Torres desenvolveu a “Teoria da Constituição Financeira”, na qual apresentou a seguinte definição conceitual:

A Constituição Financeira consiste na parcela material de normas jurídicas integrantes do texto constitucional, composta pelos princípios fundamentais, as competências e os valores que regem a atividade financeira do Estado, na unidade entre obtenção de receitas, orçamento, realização de despesas, gestão do patrimônio estatal e controles internos e externos, bem como a intervenção do Estado, na relação com as Constituições Econômica ou Social.

A Constituição Financeira visa a garantir a certeza do direito a estabilidade sistemática ao longo de toda a aplicabilidade das competências do direito financeiro, segundo princípios e valores uniformes, nos limites dos direitos e liberdades fundamentais, com máxima efetividade das Constituições Econômica, Político-Federativa e Social.³³¹

³²⁷ “Também deve-se, antes, recordar que o direito positivo que disciplina o Orçamento Público sofre, atualmente, de tão profunda crise que as regras jurídicas e princípios financeiros tradicionais do Orçamento Público estão em ruínas e quebram-se todos os anos, em todos os Estados.” (BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3 ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 226, grifos originais)

³²⁸ SILVA, José Afonso da. *Orçamento-Programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, pp. 38-39.

³²⁹ Cf. STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Trad. Javier Pérez Rojo e Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

³³⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 1.

³³¹ TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 75.

Nesses termos, pretende o jurista pernambucano a assunção de três pressupostos como índices determinantes para tratar o direito financeiro pela Teoria da Constituição Financeira: a prevalência do princípio do Estado Democrático de Direito; os fins constitucionais como definidores dos objetivos da Constituição Financeira; e a abertura sistêmica da Constituição Financeira para a realidade mediante os encontros de valores na relação interna de interconstitucionalidade no quadro da Constituição total.³³²

Com referência à hodierna experiência de redemocratização do Brasil, a Constituição Financeira constitui o Estado Fiscal em seus aspectos formais e materiais. Na dimensão formal, a Constituição financeira coincide com os arts. 145 a 169 da CR/88 (Título VI - Da Tributação e do Orçamento). Noutra banda, é a perspectiva material que transforma o sistema financeiro em um problema político, espalhando-se para outros dispositivos constitucionais, topograficamente deslocados do Título VI da CR/88, como, por exemplo, as competências administrativas e políticas dos entes federativos e dos Poderes da União, a Seguridade Social e o ADCT.

No âmbito dessas ideias nucleares, o federalismo fiscal deve ser concebido como um conceito político-jurídico lastreado por fundamentação crítico-reflexiva depreendida da moralidade política e passível de explicitação em um critério de justiça, à luz da Teoria da Constituição Financeira.

Nesse ponto, a própria dimensão contrafactual da ordem jurídica incentiva, ou pelo menos facilita, a produção de parâmetros ideais, positivados ou não, de correção da conduta das instituições. No entanto, “[n]o que se refere ao federalismo fiscal (...) dá-se prioridade ao estudo empírico, segundo critérios de eficiência, relegando a segundo plano considerações principiológicas e de cunho moral.”³³³ Nesse ponto, o desenho institucional de, por exemplo, políticas públicas pode ser depreciado, por conta da ausência de indicadores e diagnósticos confiáveis.

³³² TORRES, Héleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 76-77.

³³³ ALVES JÚNIOR, Onofre Batista; OLIVEIRA, Ludmila Mara Monteiro de; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. Que pacto federativo? Em busca de uma teoria normativa adequada ao federalismo fiscal brasileiro. DERZI, Misabel Abreu Machado; ALVES JÚNIOR, Onofre Batista; MOREIRA, André Mendes. *Estado Federal e Tributação: das origines à crise atual*. v. 1. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

Para isso, há um sistema de financiamento o qual no plano vertical distribui renda pela competência tributária e no horizontal autoriza meios funcionais de financiamento recíproco, à luz do desenvolvimento equilibrado e da redução das desigualdades locais e regionais. Igualmente, busca-se “implantar um federalismo de equilíbrio, na correlação entre fortalecimento da União para planejamento e ordenação das políticas públicas e aprimoramento das competências das unidades periféricas.”³³⁴

Portanto, o modelo normativo em questão funda-se no ideal de equilíbrio financeiro consistente em uma série de mecanismos legislativos e regulamentares pelos quais a divisão dos recursos públicos e respectivas despesas são critérios relevantes ao grau de autonomia e interdependência política dos entes federados, com sustentabilidade financeira, estabilidade econômica e satisfação do interesse público.³³⁵

A autonomia dos entes político-administrativos garante-lhes a possibilidade de administração dos recursos públicos atribuídos constitucionalmente para a consecução das atividades próprias. Nessa tarefa, caberá ao orçamento de cada ente federado a definição de sua despesa em decorrência da eleição de prioridades e programas que pretende atingir/executar, e, bem assim, a opção do grau e a modalidade de endividamento necessário ao desenvolvimento das atividades e/ou financiamento de investimento. Cada ente federativo tem a tarefa de estabelecer seu próprio orçamento, respeitando o princípio da legalidade e a autonomia de cada unidade política, sem a supervisão ou responsabilização da outra.³³⁶

Assim, o “federalismo fiscal é o tema do direito financeiro de maior expressão na atualidade e que dominará a pauta política e jurídica dos próximos anos, a envolver a reforma do pacto federativo e do seu financiamento”.³³⁷ Nesse quadrante, justifica-se a necessidade de engajamento acadêmico e cívico em temática jurídica fundamental.

³³⁴ TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro – teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 262.

³³⁵ SCAFF, Fernando Facury; ROCHA, Francisco Sergio Silva. Princípios, elementos e conceitos do estado federal. RAMOS, Dircêo Torrecillas (coord.). *O Federalista Atual: teoria do federalismo*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 74.

³³⁶ SCAFF, Fernando Facury; ROCHA, Francisco Sergio Silva. Princípios, elementos e conceitos do estado federal. RAMOS, Dircêo Torrecillas (coord.). *O Federalista Atual: teoria do federalismo*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 74.

³³⁷ TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro – teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 245.

Enfim, almeja-se à análise da forma como o Estado brasileiro estabeleceu o rateio dos valores arrecadados entre os entes federados, bem como examinar as propostas para seu aperfeiçoamento e as disputas interfederativas atualmente colocadas perante o Poder Judiciário.

Posta essa consideração, assume-se a Teoria da Constituição Financeira como marco normativo para a dicção de condutas ideais ao federalismo fiscal. A propósito, a metodologia jurídica em tela pugna pela guarda constitucional de um federalismo fiscal cooperativo e equilibrado, fundado no princípio legitimador da solidariedade financeira, em que se dê um processo de descentralização administrativa e financeira movido por cooperação e controle entre os entes federativos, sem olvidar-se da unidade econômica nacional.³³⁸

3. O FEDERALISMO FISCAL NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987/1988 E SEU DESENVOLVIMENTO EM TRÊS DÉCADAS DE CONSTITUCIONALISMO

A condição de existência do Estado federal é a descentralização da autoridade política em múltiplos níveis de governança, de modo que cada centro decisório detenha capacidade de auto-organização simultaneamente ao compromisso com a unidade associativa. Dentro desse espectro dialético entre unidade e diferença, inserem-se os arranjos federativos simétricos e assimétricos, cuja resultante é uma pluralidade das soluções federais.³³⁹

Nesse contexto, torna-se conveniente em momento preliminar e contextual de revisão de literatura tecer breves considerações a respeito do arranjo federativo concertado na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, com ênfase nas soluções de federalismo cooperativo e fiscal adotadas. Após, subdividir o esforço acadêmico de acordo com setores de conhecimento, com a finalidade de estabelecer paralelos relativos ao tema da pesquisa, notadamente as ciências jurídicas, econômicas e políticas. Por fim,

³³⁸ TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro – teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 260 e ss.

³³⁹ HORTA, Raul Machado. Formas simétrica e assimétrica do federalismo no estado moderno. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 26, n. 1, jan./mar. 1998, p. 85-102, p. 90.

promover uma releitura dos estudos de ciências sociais aplicadas já realizados acerca da correlação entre o STF e o desenvolvimento do federalismo brasileiro, sob a égide da Constituição da República de 1988.

A adoção da forma federal surge quase como uma obviedade nos estudos jurídicos, como se depreende do escólio de Geraldo Ataliba segundo o qual “[n]o Brasil, a Federação nasce ou surge até como imperativo da administração racional, por evidências geográficas, ao lado de imperativos sociológicos e políticos”.³⁴⁰ De fato, a contribuição dos juristas à institucionalização do pacto federativo está atrelada à indissociabilidade entre República e Federação, desde o período imperial e sagrado no Decreto 1, de 15 de novembro de 1889, em que se constituiu os Estados Unidos do Brasil, marcando o início do período republicano-federal.³⁴¹

No entanto, pugnando por um federalismo das regiões, Paulo Bonavides articula crítica sobre a erosão fática subjacente à suposta imutabilidade da forma do Estado brasileiro:

As cinco Constituições republicanas que reproduzem o surrado chavão segundo o qual em nosso Texto Magno tudo pode ser objeto de emenda, menos o regime republicano e a Federação, oferecem, ironicamente, ao cabo de oitenta anos de existência republicana, essa dolorosa e paradoxal verdade política, escoltada do irrefutável argumento dos fatos: nada, com efeito, padeceu mudanças sensíveis na Constituição do que, precisamente, o sistema federativo (...) Mas não há juiz que declare essa inconstitucionalidade produzida em nossa história pelo próprio costume constitucional, auxiliado das contradições acumuladas nos últimos textos constitucionais, decorrentes da ampliação das prerrogativas presidenciais e unionistas, que sepultaram, na prática, as instituições federativas.³⁴²

Em relação ao processo de elaboração da Constituição da República vigente, pode-se afirmar que os dois anos de funcionamento da Constituinte representaram um dos mais interessantes experimentos sociopolíticos da

³⁴⁰ ATALIBA, Geraldo. Federação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 20, n. 81, jan./mar. 1987, p. 172-181, p. 176.

³⁴¹ ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 298.

³⁴² BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 399.

história brasileira, caracterizado pela abertura às instâncias sociais, a publicidade mediante o acompanhamento midiático e social e pela riqueza de argumentos, matizes ideológicas e movimentos sociais cicamente engajados no processo de elaboração do texto da CR/88.³⁴³

Por outro lado, enxerga-se o processo constituinte como expressão de uma crise de hegemonia localizada historicamente na redemocratização, pois o bloco de apoio político da ditadura militar se desagregou a ponto de não controlar a transição para a democracia, ao passo que não houve a formação de um bloco alternativo com aptidão para dirigir o processo. Por conseguinte, a Constituinte foi um processo descentralizado e policêntrico, no qual as diversas forças políticas buscaram a posição hegemônica sem êxito. Assim, “o processo constituinte fez com que todas as forças políticas passassem a recorrer ao direito para conquistar e preservar espaços na luta por direitos e por fundos públicos”.³⁴⁴ Conclui-se que foram justamente as contradições da CR/88 que permitiram sua legitimidade e vitalidade, na medida em que diferentes grupos e movimentos buscam a fundamentação de suas ações e objetivos políticos no texto constitucional positivo.

Em relação ao federalismo fiscal, as desigualdades regionais e o equilíbrio financeiro entre as três esferas de governo da federação foram os temas que mais polarizaram os trabalhos da Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, presidida por Francisco Dornelles, cuja relatoria coube a José Serra e foi composta por 62 (sessenta e dois) deputados e senadores constituintes. Igualmente, o tema foi tratado na Comissão de Organização do Estado. Nesse sentido, o regionalismo e respectiva busca por recursos públicos e poder representaram relevante fator de clivagem entre os constituintes, para além de quaisquer considerações de índole partidária ou ideológica,³⁴⁵ ou seja, agentes eminentemente institucionais, ao passo que a pauta federativa não foi marcada por mobilização social, de maneira a concluir-

³⁴³ PINTO, Marcos Barbosa. *Constituição e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 79-85.

³⁴⁴ NOBRE, Marcos. Indeterminação e estabilidade. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 82, nov. 2008, p. 97-106, p. 101.

³⁴⁵ Cf. DORNELLES, Francisco. O sistema tributário da Constituição de 1988. In: DANTAS, Bruno et al. *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, 2008.

se ser agenda restrita às elites políticas.³⁴⁶

Decerto, com esteio no consenso de necessidade de uma Reforma Tributária em bases constitucionais em prol da consolidação das bases do federalismo no Brasil, desde a criação da Comissão de Reforma Tributária e Descentralização Administrativa (CRETAD)³⁴⁷ no âmbito da Secretaria de Planejamento da Presidência da República em 1987 ou das recomendações do “Projeto IPEA”³⁴⁸ divulgadas em fevereiro de 1987, as propostas de reformulação da sistemática estabelecida pelo Código Tributário Nacional cingiam-se, em síntese, à autonomia fiscal dos entes subnacionais e à transferência de competências financeiras.

No entanto, o resultado da Assembleia Nacional Constituinte traduziu-se em um “novo federalismo” marcado por uma descentralização baseada em premissas normativas, e não propriamente empíricas ou socialmente consensuais. Segundo Celina Souza, essa decisão constituinte na reformulação da forma do Estado decorreu de fatores endógenos e exógenos: a ausência de preocupações nacionais, como a promoção de serviços públicos uniformes ou o controle do endividamento estadual, na pauta da agenda de transição democrática; a clivagem entre o Legislativo e o Executivo, marcado pela ausência de legitimidade e resistência às perdas fiscais por parte do governo federal e a visão superestimada dos constituintes acerca da capacidade financeira da União; e idiossincrasias da Assembleia Nacional Constituinte, tendo em vista o baixo grau de instrução dos parlamentares em geral no que tange às questões fiscais, incentivos à predileção de interesses eleitorais paroquiais e biografias ligadas a cargos políticos da estrutura regional ou local.³⁴⁹

A descentralização torna-se, ainda, passível de compreensão mediante tensões acerca da visão dos partidos sobre papel do governo central,

³⁴⁶ GOULART, Jefferson O. Processo constituinte e arranjo federativo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, 2013, pp. 185-215, p. 200-202.

³⁴⁷ CRETAD – Comissão de Reforma Tributária e Administrativa. Proposta para a reformulação do Sistema Tributário Brasileiro. *Texto para Discussão n. 104*, IPEA, Brasília, 1987.

³⁴⁸ Cf. REZENDE, Fernando; AFONSO, José Roberto R. A reforma fiscal no processo de elaboração da nova constituição. *Texto para Discussão n. 121*, IPEA, Brasília, 1987.

³⁴⁹ SOUZA, Celina. Federalismo e Descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 33, 2001, p. 513-560, p. 546.

de competições inter e suprapartidária e das clivagens regionais.³⁵⁰ Ademais, a manutenção da unidade, sem riscos disruptivos, na presença de desigualdades regionais que denotem uma clivagem entre unidades constituintes pobres e ricas é componente central do desenho das instituições políticas brasileiras, cuja garantia de equilíbrio emana tanto de um sentimento consolidado e comunitário de nação, quanto da desconfiança no compromisso das elites políticas locais com os direitos dos cidadãos.³⁵¹

Sendo assim, sob o ponto de vista fiscal, esses dados levaram a uma engenharia constitucional brasileira em que confrontos regionais foram evitados no processo constituinte, mediante alocações de recursos favoráveis aos entes locais pobres e ricos, em desfavor da unidade federada central. Isso porque se gerou um sistema tributário no qual houve aumento da base de cálculo do ICMS, mantendo a maior parcela da arrecadação no Estado produtor, o que atendia as jurisdições ricas, ao passo que a sustentabilidade financeira dos entes federados fundou-se mais nas transferências constitucionais e obrigatórias de recursos, via fundos contábeis, do que na arrecadação de receitas próprias, satisfazendo as jurisdições pobres, haja vista a escassez da atividade econômica nos respectivos territórios e temor dos constituintes em relação à ausência de força política de prefeitos e governadores para garantir a cobrança de tributos em patamares adequados.³⁵²

Garantiu-se, ainda, autonomia política e fiscal às municipalidades e ao Distrito Federal, transformaram-se territórios em estados-membro, como Roraima e Amapá, e criaram-se novos – Tocantins. Em síntese, a reação da redemocratização à tentativa unionista do regime militar foi promover um processo de descentralização política e financeira sem precedentes na história brasileira, com maior divisão das receitas, embora as responsabilidades administrativas tenham remanescido comuns a todos integrantes consorciativos, sob a forma do federalismo cooperativo.

³⁵⁰ SOUZA, Celina. Federalismo e Descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 33, 2001, p. 513-560, p. 529.

³⁵¹ ARRECTHE, Marta. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV/Fiocruz, 2012, p. 15-16.

³⁵² SOUZA, Celina. Federalismo e Descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 33, 2001, p. 513-560, p. 537.

Enfim, pode-se sumariar, na qualidade de item prioritário da agenda constituinte, a questão da descentralização como mais poder e mais recursos para estados e municípios. “Nesse sentido, no plano financeiro, contava com o apoio de governadores, prefeitos, vereadores e de boa parte dos deputados, preocupados em garantir mais recursos para suas regiões e Estados.”³⁵³

Por outro lado, sabe-se que o federalismo fiscal é um sistema que permite o rateio de responsabilidades fiscais no tempo e no espaço. Neste último, compartilham-se receitas, despesas e competências em eixos horizontal (entre governos locais) e vertical (entre o governo central e os governos locais), de forma geograficamente considerada. No critério temporal, projeta-se o uso das verbas públicas de maneira intergeracional.³⁵⁴

Nos estudos de finanças públicas, o planejamento eficiente da política fiscal possui três objetivos basilares: a alocação de recursos; a distribuição de riquezas e rendas; e a estabilidade macroeconômica.³⁵⁵ Ao dispersar ou concentrar o poder político em unidades territoriais autônomas, escolhe-se o grau de compartilhamento e solidaderiedade na persecução dessas metas.

Os Estados nacionais que adotam a forma federativa, como regra, assinalam a competência alocativa de recursos ao ente subnacional, ao passo que as funções de distribuição de rendas e de estabilidade macroeconômica são reservadas ao governo central. É esse o caso brasileiro, como posto na Constituição da República.

Porém, conjugados o processo histórico de descentralização e a política fiscal depreendida da teoria positiva do federalismo fiscal, as avaliações qualitativas a respeito do desenvolvimento institucional do pacto federativo brasileiro são destoantes do propósito constituinte.

Pouco após a promulgação da nova ordem jurídica, Anwar Shah compreendeu na engenharia constitucional brasileira uma inviabilidade de governo nacional, com acentuada propensão a desequilíbrios fiscais nos planos

³⁵³ LEME, Heládio José de Campos. *O Federalismo na Constituição de 1988: representação política e a distribuição de recursos tributários*. 202 f. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1992, p. 49.

³⁵⁴ SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. São Paulo: RT, 2014, p. 342.

³⁵⁵ MUSGRAVE, Richard A. *Teoría de la hacienda publica*. Tradução Jose María Lozano Irueste. Madri: Aguilar, 1968, p. 5.

federativos verticais (dependência financeira) e horizontais (desigualdade regional), assim como significativos incentivos à gestão fiscal irresponsável e ao endividamento por parte dos entes locais.³⁵⁶

Por sua vez, Jonathan Rodden³⁵⁷ tece crítica mais analítica, ao se centrar nas dimensões das despesas, receitas e dívida públicas. No âmbito dos gastos, embora estejam em níveis constitucionais salvaguardas aos entes federativos em relação à autonomia orçamentária, competência tributária e transferências obrigatórias, há baixa especificidade das responsabilidades e respectivos custeios, gerando-se sobreposição ineficiente na prestação de serviços públicos e, muitas vezes, “descentralização por ausência”³⁵⁸, caracterizada por restrições fiscais e ausência de planejamento, coordenação e cooperação na transferência de encargos de políticas públicas.

No escopo das receitas, a materialidade e a repartição dos tributos em espécie foram tratadas com semelhante minudência às limitações constitucionais ao poder de tributar, ao passo que diversas transferências intergovernamentais foram constitucionalizadas. De fato, em perspectiva latino-americana, Diaz-Cayeros reconhece na experiência brasileira o único caso de retenção da autoridade fiscal e respectiva barganha federativa nas unidades subnacionais, tendo em vista a evolução dos arranjos fiscais com base no regionalismo.³⁵⁹ No entanto, o novo federalismo brasileiro não se mostrou capaz de reduzir as desigualdades sociais e inter-regionais, haja vista a ausência empírica de progressividade tributária e da sustentabilidade financeira das instituições.

Na Assembleia Nacional Constituinte, a temática do crédito público travou-se mediante uma interação instável entre os governadores estaduais e as autoridades econômicas federais, notável desde a crise econômica da década de 1980. Na prática, o texto constitucional originário permitiu o descontrole da relação entre fluxo e estoque do crédito público com a capacidade de pagamento dos governos estaduais, pois estes possuíam a

³⁵⁶ Cf. SHAH, Anwar. *The New Fiscal Federalism in Brazil*. World Bank PRE Working Papers, n. 557, dez. 1990.

³⁵⁷ RODDEN, Jonathan A. *Hamilton's Paradox: the promise and peril of fiscal federalism*. Nova York: Cambridge University Press, 2006, p. 190-196.

³⁵⁸ BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 67.

³⁵⁹ DIAZ-CAYEROS, Alberto. *Federalism, Fiscal Authority, and Centralization in Latin America*. Nova York: Cambridge University Press, 2006, p. 210-214.

capacidade de “alavancagem financeira” mediante bancos e empresas estatais, assim como o recurso a alternativas não fiscais de financiamento do aparato estatal e respectivos gastos.³⁶⁰

Por conseguinte, gerou-se como principal problema da descentralização no curso da redemocratização a compartimentalização do federalismo, em que não há incentivos à atuação consorciada ou ao compartilhamento de tarefas, bem como cada nível de governo adquiriu papel autárquico. Segundo Fernando Abrucio, de 1982 a 1994, vigorou no país um federalismo estadualista, não-cooperativo e de índole predatória, sobretudo em razão do enfraquecimento do polo nacional, influência de caciques regionais e de governos estaduais na via pública nacional e padrão de competição não-cooperativa por recursos que predominava nas relações dos estados com a União e deles entre si.³⁶¹

No entanto, é identificado o primeiro mandato do Governo FHC como ponto de inflexão em direção à situação de centralização descrita na apresentação da pesquisa. De fato, “[o] tema central da agenda federativa de FHC foi a questão financeiro-fiscal”³⁶², a pretexto de significativa alteração da conjuntura econômica relacionada à federação, o que possibilitou maior protagonismo da União na seara nacional.

No âmbito das receitas públicas, houve a criação ou majoração de impostos e contribuições sociais não sujeitos a repartição federativa da arrecadação, assim como uma política de renúncias e incentivos fiscais em relação aos tributos compartilhados.³⁶³ Além disso, houve a desvinculação das receitas da União com ganho de flexibilização fiscal e participação dos tributos federais na carga tributária brasileira.³⁶⁴

³⁶⁰ LOPREATO, Francisco Luiz Cazeiro. *O colapso das finanças estaduais e a crise da federação*. São Paulo: UNESP, 2002, p. 215-217.

³⁶¹ ABRUCIO, Fernando. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. *Revista de Sociologia e Política*, São Paulo, n. 24, jun. 2005, p. 41-46, p. 47-49.

³⁶² ABRUCIO, Fernando. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. *Revista de Sociologia e Política*, São Paulo, n. 24, jun. 2005, p. 41-46, p. 55.

³⁶³ SCAFF, Fernando Facury. Federalismo fiscal cooperativo en Brasil. *Federalismi.it – Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, n. 1, Focus América Latina, 2015, p. 2-20, p. 17.

³⁶⁴ A título de exemplo, no exercício financeiro de 2014, a Secretaria da Receita Federal noticiou que a União deteve 68,47% da arrecadação, ao passo que os Estados restaram com 25,35% e os Municípios, 6,19% do total (BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. SECRETARIA

Por outro lado, a sujeição dos assuntos de maior relevância da competência tributária dos entes subnacionais à reserva de lei complementar nacional, como nos casos das Leis Complementares 87/1996 (ICMS) e 101/1000 (ISS), ao fim e ao cabo, implicou em condicionamento do exercício das competências de tributos estaduais e municipais (*policy-making*) à regulação uniforme emanada do Congresso Nacional (*policy decision-making*).³⁶⁵

No plano horizontal, a despeito da própria dinâmica federativa envolver um esforço dialético entre cooperação e competitividade, ocorre o desvirtuamento do federalismo fiscal na hipótese de guerra fiscal consistente na competição por investimentos e arrecadação de recursos públicos em condições de “corrida ao fundo do poço” (*race to the bottom*), muitas vezes ao arrepio da normatividade constitucional.

Ademais, a União valeu-se de sua amplitude jurisdicional para vincular as despesas públicas dos governos locais, reduzindo-lhes a autonomia decisória originariamente posta em momento constituinte.

A partir de 1995, a legislação federal passou a regular em detalhe os patamares de gasto com educação, saúde, pessoal, legislativos municipais e regimes previdenciários; além disso, normatizou o pagamento dos precatórios, obrigou a criação de Fundos de Combate à Pobreza e estabeleceu limites para a expansão de gastos e endividamento, definindo-se como crime de responsabilidade fiscal.³⁶⁶

A respeito do crédito público e respectivo descontrole nas finanças públicas estaduais, a solução da política econômica federal consistiu na concatenação dos Programas de Apoio à Reestruturação e Ajuste fiscal dos Estados, Programa Estadual de Desestatização e do Programa de Incentivo à

DA RECEITA FEDERAL. *Carga Tributária no Brasil – 2014: análise por tributo e bases de incidência*. Brasília: Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros, 2015, p. 5)

³⁶⁵ “Entretanto, para a classificação, foi agregada ainda a dimensão da autonomia decisória dos governos territoriais. O pressuposto nesse caso é de que a distribuição de competências (*policy-making*) e a autonomia decisória (*policy decision-making*) não são conceitos equivalentes. A distinção conceitual é importante porque tanto a competência de arrecadar impostos quanto a autonomia para definir as regras dessa arrecadação são componentes igualmente centrais da distribuição de autoridade da Federação. Os interesses dos entes federativos são afetados tanto quando uma dada legislação envolve ‘quem’ arrecada quanto ‘quem decide’ as regras dessa arrecadação.” (ARRECTHE, Marta. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV/Fiocruz, 2012, p. 82-83)

³⁶⁶ ARRECTHE, Marta. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV/Fiocruz, 2012, p. 103.

Redução da Presença do Setor Público Estadual na Atividade Financeira Bancária. Nesse quadro, as duas renegociações das dívidas ocorridas na década de 1990 permitiram (i) o ajuste da relação entre fluxo e estoque do crédito público com a capacidade de pagamento dos governos estaduais, puramente limitada à via fiscal e (ii) a indução da reforma neoliberal do Estado e novas formas de articulações estatais cujos controles recaem sobre a União. Por conta desse arranjo, limitou-se a ação financeira estadual, na medida em que os encargos do crédito público das unidades subnacionais com o governo central culminaram no comprometimento máximo da receita corrente líquida daqueles entes com o pagamento dos encargos de suas dívidas.³⁶⁷

Em suma, embora o intuito do Poder Constituinte tenha sido pela descentralização política e financeira, concretizada na repartição de competências e na auto-organização das unidades federadas, possibilitou-se alteração significativa do *status quo* federativo em decorrência dos amplos poderes legislativos da União, com esteio em presidência da república dotada de força política conjuntural com formação de coalização partidária pouco propensa ao atendimento das demandas estaduais por autonomia. Por conseguinte, os centros de poder locais demonstraram poucas oportunidades de veto de legislações formadas nas arenas decisórias centrais que lhe fossem desfavoráveis (*shared-rule*) e tiveram suas autonomias restrinvidas para decidir sobre suas próprias políticas (*self-rule*).³⁶⁸

Compreendido esse panorama e a noticiada a produção de literatura focada na dinâmica entre governadores, presidente da república e congresso nacional, remanesce uma lacuna na dogmática e práxis jurídicas no que diz respeito à função institucional do Supremo Tribunal Federal na reconstrução do pacto federativo, sobretudo no desenvolvimento do federalismo fiscal brasileiro.

³⁶⁷ LOPREATO, Francisco Luiz Cazeiro. *O colapso das finanças estaduais e a crise da federação*. São Paulo: UNESP, 2002, p. 256.

³⁶⁸ Cf. ARRECTHE, Marta. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV/Fiocruz, 2012.

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDA DA FEDERAÇÃO

Como visto na seção anterior, o Estado federal move-se pela descentralização da autoridade política em múltiplos níveis de governança, de modo que cada centro decisório detenha capacidade de auto-organização simultaneamente ao compromisso com a unidade associativa. Dentro desse espectro dialético entre unidade e diferença, inserem-se os arranjos federativos simétricos e assimétricos, cuja resultante é uma pluralidade das soluções federais.³⁶⁹

Na dinâmica de litígios federativos inexoráveis na realidade complexa do Estado Fiscal, é concebível uma Corte Constitucional que realize um controle procedural e substancial da ordem jurídica, à luz da rigidez e da supremacia constitucionais. Não há o que falar, portanto, em desafio a um Estado de Direito³⁷⁰, uma vez que é justamente a premissa de um governo de leis que fundamenta o discurso judicial sobre a Constituição.

Nesse escopo, no que diz respeito ao caso brasileiro, noticiam-se pesquisas acadêmicas nas áreas das ciências políticas e do Direito nas quais se almejou correlacionar o pacto federativo e o STF. Nesse sentido, pretende-se realizar revisão integrativa de literatura cujo objeto é a produção acadêmica nas ciências sociais aplicadas acerca do desempenho do Supremo Tribunal Federal na função de promoção de segurança jurídica na federação, mediante a pacificação dos conflitos federativos.

No direito constitucional, é comum a preocupação com a avaliação jurisdicional da Suprema Corte acerca dos limites do Poder Constituinte Decorrente e das legislações estaduais. A propósito, a construção do “princípio da simetria” na jurisdição constitucional como conceito endógeno a respeito da necessidade ou possibilidade de reprodução de modelo federal de organização

³⁶⁹ HORTA, Raul Machado. Formas simétrica e assimétrica do federalismo no estado moderno. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 26, n. 1, jan./mar. 1998, p. 85-102, p. 90.

³⁷⁰ “No que tange ao Estado de Direito, as pessoas podem ter, antecipadamente, razoável certeza a respeito das regras e padrões segundo os quais sua conduta será julgada, e sobre os requisitos que elas devem satisfazer para dar validade jurídica às suas transações” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 22).

política em Estado-membro.³⁷¹

Outro tópico de interesse acadêmico consiste na centralização legislativa por ação da jurisdição constitucional, em regra por intermédio do controle objetivo de constitucionalidade, preferencialmente ADI, em razão da afirmação de competências legislativas privativas da União³⁷². Trataram-se, ainda, do ajuizamento de ações de índole objetiva como estratégia dos governadores estaduais, com a finalidade de deduzir em juízo os conflitos sobre a federação nos planos vertical e horizontal.³⁷³

Em relação ao resultado meritório das ADIs, depreende-se do exercício jurisdicional do STF elemento agravante à centralização federativa, seja pela significativa diferença da taxa de sucesso das ações ajuizadas pelos legitimados universais pertencentes à estrutura central da federação³⁷⁴, seja pela compreensão do Supremo Tribunal Federal como *lócus* de voto potencial às iniciativas locais, tendo em vista a celeridade das demandas e a quantidade de leis estaduais invalidadas produzidas³⁷⁵, cujas variantes relevantes são a pertinência do governo estadual à coalização partidária da Presidência da República e a força eleitoral do chefe do governo local.

Ademais, na condição de ator de cunho informacional aos processos decisórios dos entes subnacionais, “quando o Supremo atinge seu ponto máximo de decisões sobre matéria estadual e esclarece suas posições, os atores políticos que buscam a Corte por conta do cálculo de distância entre preferências (...) diminuem sua incerteza sobre como serão as decisões e, por

³⁷¹ Cf. LEONCY, Léo Ferreira. *“Princípio da simetria” e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente*. 189f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *A construção da federação brasileira pela jurisdição constitucional: um estudo sobre a utilização do princípio da simetria na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 242f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008.

³⁷² Cf. ANSELMO, José Roberto. *O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro*. 247 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

³⁷³ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 27, p. 39-85, p. 53 e ss.

³⁷⁴ Cf. OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Poder Judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre estados e união. *Lua Nova*, São Paulo, n. 78, 29, p. 223-250.

³⁷⁵ Cf. CAMARGO, Fernando Santos. *Judiciário e Federalismo: o supremo tribunal federal nos conflitos entre união e estados*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

consequência, ajuízam menos.”³⁷⁶

Sendo assim, o STF tem papel primordial no federalismo brasileiro, julgando conflitos constitucionais entre entes federados, nos quais está em jogo a adjudicação de limites aos poderes da União, estados e municípios. Em resumo, as ações diretas de constitucionalidade expressam não apenas os conflitos federativos em si, no que diz respeito aos temas questionados, mas também a relação de poder entre as esferas de governo envolvidos – no nosso caso – estados e União.³⁷⁷

Por outro lado, ainda no debate acerca da judicialização da política no controle concentrado, tem-se nas ciências jurídicas³⁷⁸ e políticas³⁷⁹ a constatação empírica relativa a uma seletividade estrutural na atuação do STF, a partir de inação sistemática da instituição ou mesmo de seus integrantes individuais³⁸⁰ em determinadas matérias da macro-política da vida pública nacional.³⁸¹

No tocante ao federalismo fiscal, atribui-se ao Tribunal uma espécie de ativismo judicial não positivo (silêncio omissivo), mantendo-se o *status quo* do pacto federativo, sem influência sistemática na tentativa de equilíbrio cooperativo entre receitas próprias, transferências intergovernamentais e necessidades públicas atreladas às despesas. No particular, infere-se do comportamento judicial da Suprema Corte em ações diretas de inconstitucionalidade a estratégia política de inércia, ao não se envolver nos conflitos federativos verticais e horizontais, sendo esse expediente mais

³⁷⁶ CANELLO, Júlio. Judicializando a Federação? O Supremo Tribunal Federal e os atos normativos estaduais. 291 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 228-232.

³⁷⁷ OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Poder Judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre estados e união. *Lua Nova*, São Paulo, n. 78, 29, p. 223-250, p. 225.

³⁷⁸ COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; FARIAS, Felipe Justino de. Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 1, jan./abr 216, pp. 155-187.

³⁷⁹ Cf. SILVA, Jeferson Mariano. *Crítica da judicialização da política*. 99 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

³⁸⁰ ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Timing control without docket control: how individual justices shape the brazilian supreme court's agenda. *Journal of Law and Courts*, v. 5, 2017, p. 105-140.

³⁸¹ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 75, 2006-2007, p. 721-753.

rotineiro na presença processual da União.³⁸²

Por sua vez, no bojo do controle difuso, há exponencial pesquisa quantitativa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, em que se tencionou reconhecer a dinâmica entre Estados-membro e o STF para fins de aferir como as peculiaridades locais impactam diretamente a pauta do Tribunal, de modo a concluir que “o Supremo é um Tribunal diferente conforme o estado do qual originam os processos” e isso importaria para a construção de políticas públicas voltadas ao Poder Judiciário. Na ocasião, pela própria indexação processual dos feitos correntes no STF por ramo jurídico e enfoque do relatório³⁸³, não se investigou o tema da presente proposta de pesquisa.

No mais a mais, mediante a metodologia de estudos de casos, também se tratou do federalismo fiscal em recursos extraordinários julgados no Tribunal Pleno, inclusive sob a sistemática da repercussão geral, *verbi gratia* vejam-se as reflexões doutrinárias sobre juízo de constitucionalidade das políticas desonerativas dos entes federados em tributos compartilhados e respectivos impactos nos fundos de participação (FPE e FPM) no RE 572.762, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski,³⁸⁴ e RE 705.423, de relatoria do Ministro Edson Fachin.³⁸⁵

Em síntese, não há estudos conclusivos ou sequer específicos a respeito do problema de pesquisa, demonstrando a originalidade da temática passível de ser enfrentada mediante robustas pesquisas quantitativas, embora a literatura interdisciplinar passada em revista demonstre tanto interesse da academia quanto aferições causais correlatas à matéria.

Embora os referenciais empíricos existentes não deem conta de responder a hipótese de trabalho desta investigação, sob a ótica da teoria da Constituição Financeira, torna-se ainda cabível realizar esforços normativos

³⁸² BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. *Ativismo judicial e federalismo fiscal: o comportamento do supremo tribunal federal.* 119 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009, p. 110-113.

³⁸³ Cf. FALCÃO, Joaquim et al. II Relatório Supremo em Números: o Supremo e a Federação. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

³⁸⁴ Em um contraponto ao assentado pelo STF: SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. Competência tributária, transferências obrigatórias e incentivos fiscais. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (coords.). *Federalismo Fiscal – Questões Contemporâneas*. Florianópolis, Conceito, 2010.

³⁸⁵ RIBEIRO, Maria de Fátima. A política desonerativa da União e o impacto no orçamento dos entes subnacionais (Tema 653 da repercussão geral – RE 705.423). GOMES, Marcus Lício; ABRAHAM, Marcus; TORRES, Heleno Taveira (coords.). *Direito financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: homenagem ao Ministro Marco Aurélio*. Curitiba: Juruá, 2016.

para repensar o mister jurisdicional e político exercido pelo Supremo Tribunal Federal no tocante ao federalismo fiscal brasileiro, sob a égide da Constituição da República de 1988, sobretudo em razão (i) da ausência de coordenação de competências financeiras, (ii) da centralização de recursos e do processo decisório acerca de políticas públicas comuns e (iii) da persistência das desigualdades regionais. Com isso, espera-se compreender a iteração entre a judicialização da macro-política nacional e a reconstrução de arranjos federativos centrípetos no âmbito fiscal contrários ao intuito constituinte originário.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal deve representar ponto de veto efetivo e sistemático às alterações legislativas de caráter centralizador promovidas pela União as quais influenciem de maneira restritiva a autonomia decisória dos demais entes federados, em termos de perda de arrecadação de receitas, vinculação de recursos a gastos públicos e limitação à contratação de empréstimos ao erário, sem a respectiva autorização constitucionais e a comprovação da persecução dos objetivos republicanos encartados na ordem constitucional.

Ademais, mostra-se necessária a existência de uma agenda federativa fiscal-financeira no STF, por conta de sistemática omissão em decidir de maneira temporalmente oportuna sobre conflitos federativos relacionados à atividade financeira do Estado, bem como a fim de estabilizar as expectativas institucionais dos entes federados em relação ao seu espectro político de atuação

Nesse ponto, a centralização fiscal não pode ser confundida com a condução da política fiscal brasileira, especialmente a promoção da estabilidade macroeconômica, temática particularmente sensível ao “caráter estadista” do desenho institucional do STF, cuja resultante é interação de acomodação e *compliance*, e não confrontação e desobediência judicial, entre os Poderes da União.³⁸⁶

³⁸⁶ KAPISZEWSKI, Diana. *High Courts and Economic Governance in Argentina and Brazil*. Nova York: Cambridge University Press, 2012, p. 61 e ss.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta investigação intencionou-se compreender a função do STF no desenvolvimento institucional e cultural da dimensão fiscal do pacto federativo brasileiro, bem como a dinâmica de interação dialógica em matéria de federalismo fiscal da cúpula judicial com os Poderes eleitos, em todos os níveis de governo.

Para isso, incorporou-se a metodologia da Teoria da Constituição Financeira com a finalidade de perquirir a conformidade constitucional da atividade financeira do Estado. Nesse ponto, enfatizou-se a realização da democracia deliberativa na dinâmica do orçamento público, bem como a dimensão constitucional da peça orçamentária. Nesse escopo, o projeto normativo em questão funda-se no ideal de equilíbrio financeiro consistente em uma série de mecanismos legislativos e regulamentares pelos quais a divisão dos recursos públicos e respectivas despesas são critérios relevantes ao grau de autonomia e interdependência política dos entes federados, com sustentabilidade financeira, estabilidade econômica e satisfação do interesse público.

Posteriormente, abordou-se a adoção da forma federal de Estado e respectivos reflexos na dimensão fiscal da estatalidade, com base na experiência sócio-política da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. De todo modo, concluiu-se que embora o intuito do Poder Constituinte tenha sido pela descentralização política e financeira, concretizada na repartição de competências e na auto-organização das unidades federadas, o mesmo texto constitucional possibilitou alteração significativa do *status quo* federativo em decorrência dos amplos poderes legislativos da União, com esteio em presidência da república dotada de força política conjuntural com formação de coalização partidária pouco propensa ao atendimento das demandas estaduais por autonomia.

Fez-se uma revisão integrativa de literatura acerca do objeto desta investigação, tendo em conta que o Supremo Tribunal Federal tem papel primordial no federalismo brasileiro, julgando conflitos constitucionais entre entes federados, nos quais está em jogo a adjudicação de limites aos poderes da União, estados e municípios. No entanto, não se observou consistência em

estudos oriundos da literatura jurídica ou das ciências sociais com aptidão para compreender a função do STF no desenvolvimento do federalismo fiscal.

Em sentido contrafactual e normativo, pugnou-se pela adoção de um parâmetro institucional no qual o Supremo Tribunal Federal represente ponto de veto efetivo e sistemático às alterações legislativas de caráter centralizador promovidas pela União as quais influenciem de maneira restritiva a autonomia decisória dos demais entes federados.

Por conseguinte, reputa-se atendido, em alguma medida, o esforço de perquirição da ação institucional comissiva e omissiva do STF em seu mister jurisdicional no tocante ao federalismo fiscal brasileiro, sob a égide da Constituição da República de 1988.